

BioLaw Journal

Rivista di BioDiritto



1/2016

EDITORIAL || Biodiritto e pluralismi

FOCUS ON || Jurisdiction and Pluralisms

ESSAYS, PERSPECTIVES and COMMENTARIES

The online Journal about law and life sciences

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

Editor in chief: Carlo Casonato

Steering Committee: Roberto Bin, Antonio D'Aloia

Scientific Committee:

Roberto Andorno, Vittorio Angiolini, Charles H. Baron, Alberto Bondolfi, Paolo Benciolini, Patrizia Borsellino, Roger Brownsword, Massimiano Bucchi, Stefano Canestrari, Cinzia Caporale, Paolo Carrozza, Fabio Cembrani, Lorenzo Chieffi, Ricardo Chueca Rodríguez, Roberto Giovanni Conti, Roberto Dias, Frédérique Dreifuss-Netter, Gilda Ferrando, Francesca Giardina, Stefano Guizzi, Stéphanie Hennette-Vauchez, Sheila McLean, Laura Palazzani, Barbara Pezzini, Cinzia Piciocchi, Alessandra Pioggia, Anna Poggi, Carlo Alberto Redi, Fernando Rey Martinez, Stefano Rodotà, Carlos Maria Romeo Casabona, Amedeo Santosuosso, Stefano Semplici, Paula Siverino Bavio, Mariachiara Tallacchini, Chiara Tripodina, Gianni Tognoni, Paolo Veronesi, Umberto Veronesi, Paolo Zatti.

Associate Editors: Lucia Busatta and Marta Tomasi

Editorial Boards:

Trento: Lucia Busatta, Simone Penasa, Elisabetta Pulice, Marta Tomasi, Antonio Zuccaro.

Ferrara: Lucilla Conte, Patrizio Ivo D'Andrea, Gianmario Demuro, Anna Falcone, Pietro Faraguna, Margherita Fiorentini, Andrea Lollini, Roberto Perrone.

Parma: Stefano Agosta, Giancarlo Anello, Lucia Brusco, Simone Gabbi, Gabriele Maestri, Valeria Marzocco, Erika Ivalù Pampalone, Lucia Scaffardi, Michele Tempesta, Paola Torretta.

Email: biodiritto@gmail.org
Website: www.biodiritto.org/rivista

Peer review system: All academic articles that are submitted to *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* are subject to a double blind peer review. Referees remain anonymous for the author during the review procedure and the author's name is removed from the manuscript under review.

February 2016

ISSN 2284-4503

© Copyright 2016



Università degli Studi di Trento
Via Calepina, 14 – 38122 Trento

Registrazione presso il Tribunale di Trento n. 6 dell'11/04/2014

Front cover: Graphic project based on "Tomba del tuffatore", Paestum, 5th century b.C., on permission nr. 15/2014 by Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo – Soprintendenza per i Beni Archeologici di SA, AV, BN e CE.

Cover design: Marta Tomasi

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

n. 1/2016

Table of contents

Editoriale. Biodiritto e pluralismi. Alla ricerca della sostenibilità.....	1
<i>Carlo Casonato</i>	
FOCUS ON	
JURISDICTION AND PLURALISMS – GIURISDIZIONE E PLURALISMI	
Per la costruzione di un pluralismo sostenibile nel rapporto tra diritto e scienze della vita.....	9
<i>Lucia Busatta</i>	
Le “scientific questions” nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali.....	39
<i>Simone Penasa</i>	
Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo.....	81
<i>Marta Tomasi</i>	
Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto.....	105
<i>Antonio D’Aloia</i>	
Diritto e coscienza: circoscrivere per garantire, in nome del pluralismo.....	115
<i>Cinzia Picocchi</i>	
La deontologia medica tra pluralismo assiologico e pluralità di sedi di giudizio.....	131
<i>Elisabetta Pulice</i>	
Tra deontologie e obiezioni di coscienza: il sempre attuale problema del limite.....	147
<i>Paolo Veronesi</i>	
ESSAYS – SAGGI	
La nouvelle loi française sur la fin de vie. Premiers regards sur la loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.....	157
<i>Camille Bourdair-Mignot, Tatiana Gründler</i>	

Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore	173
<i>Camilla Chini</i>	
The best interests of the child born via cross border surrogacy. A comparison between Greece and Italy	189
<i>Lucia Busatta, Theodora Chortara, Simone Penasa</i>	
Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera	211
<i>Domenico Rosani</i>	
Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica	241
<i>Benedetta Liberali</i>	
PERSPECTIVES – PROSPETTIVE	
Embryo editing: a proposito di una recente autorizzazione dell'HFEA	261
<i>Demetrio Neri</i>	
COMMENTARIES – NOTE E COMMENTI	
Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015	271
<i>Costanza Nardocci</i>	
Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni	283
<i>Carla Maria Reale</i>	
«Funziona! Non vi basta?». A proposito delle conclusioni dell'indagine conoscitiva del Senato della Repubblica sul c.d. caso Stamina	297
<i>Giacomo D'Amico</i>	

Biodiritto e pluralismi. Alla ricerca della sostenibilità

Carlo Casonato

1. I pluralismi

E' facilmente verificabile come tutte le società contemporanee presentino un alto tasso di pluralismo valoriale, il quale investe ogni ambito che non sia neutro o meramente applicativo. Nelle questioni su cui insiste il biodiritto, inoltre, la natura tipicamente sensibile della materia trattata e il continuo incedere delle scoperte scientifiche e delle applicazioni tecnologiche si combinano per moltiplicare le differenti posizioni rivendicate su tematiche sia tradizionali sia fortemente innovative. Oltre a suscitare dibattiti culturali, divisioni politiche, prese di posizione filosofiche e bioetiche contrapposte, tale forma di pluralismo giunge a richiedere il riconoscimento di una serie di valori differenziati a livello giuridico, attraverso i canali della legislazione e della giurisdizione. Tale **pluralismo assiologico**, che coinvolge sia le persone malate che chiedono determinate prestazioni sia – come evidenziato nel contributo di Cinzia Piciocchi in tema di obiezione di coscienza – i professionisti che quelle prestazioni sono chiamati a fornire, preme sul diritto utilizzando diverse strategie.

In primo luogo, ad esempio, esso tenta di basare le sue istanze sia sui tradizionali corpi normativazionali che su altri sistemi ordinamentali. Il mancato riconoscimento di un'istanza a livello statale viene così tipicamente seguito dal ricorso alla giustizia internazionale (tipicamente attraverso l'art. 8 della Cedu) o a quella sovranazionale (nei limiti del suo campo di applicazione). Utilizzando le categorie proposte nell'ambito del progetto di ricerca *Jurisdiction*

and Pluralisms – di cui nella prima parte di questo numero della Rivista si presentano alcuni risultati – si potrà parlare, in questo caso, di **pluralismo normativo**, fenomeno che pare orientarsi complessivamente verso dinamiche di natura integrativa¹.

Visto l'oggetto su cui interviene e la rilevanza della componente professionale nel settore delle scienze della vita, in secondo luogo, il biodiritto è testimone anche del ricorso alla dimensione deontologica e a quella della *professional ethics*. I corpi di norme appartenenti a tale livello – come approfondito nel contributo di Elisabetta Pulice – si strutturano su contenuti e secondo rapporti con il diritto statale assai differenziati sulla base degli ordinamenti di volta in volta presi in esame. In questo senso, il biodiritto assume una valenza particolare, arricchendo il fenomeno riconducibile al **pluralismo legale** della componente riconducibile alla regolazione (e sanzione) disciplinare².

Ancora, a motivo della rilevanza della considerazione dei dati scientifici nel biodiritto e del carattere spiccatamente tecnico che il suo intervento talvolta assume, tale ambito di studio

¹ Si tratta di un progetto PRIN coordinato a livello nazionale dal prof. Roberto Toniatti. Per l'individuazione delle categorie utilizzate, si veda il sito <http://www.jupls.eu/>. Il pluralismo normativo, così, è inteso «with regard to federal and regional models of decentralisation of public power, with special emphasis on compared **integrative pluralism**, namely the interaction between domestic and supranational jurisdictions as experienced with regional human rights courts».

² In riferimento al sito sopra indicato, il pluralismo legale è caratterizzato da «the coexistence, alongside positive national law, of normative bodies and the related jurisdictional structures which belong to different legal traditions – religious, traditional, tribal, indigenous – whose effects are recognised by nation-states as long as they do not conflict with their supreme principles».

presenta elementi particolarmente interessanti anche sul fronte del **pluralismo materiale**³. È in questo senso comune, soprattutto nel diritto comparato – come approfondito nello scritto di Simone Penasa – l'intervento di autorità indipendenti o organi tecnici con funzioni sia di *regulation* che di *adjudication*, i quali, se non escludono la funzione normativa né quella giurisdizionale, sono chiamati a istruirla o integrarla in termini decisivi.

2. La sostenibilità

Le variabili che entrano in gioco nel determinare la direzione della risposta del diritto a tali istanze sono numerosissime e non sempre riconoscibili. Un caso emblematico che ottenga eco mediatica e raggiunga larghi strati della popolazione, ad esempio, può contare più di un principio costituzionale. E le suggestioni provocate da correnti di pensiero militanti possono far parlare di sé e influenzare il dibattito politico e giuridico ben oltre il merito scientifico attribuibile alle posizioni sostenute.

In ogni caso, il diritto, nelle sue diverse componenti, è investito frontalmente da una molteplicità di richieste di vario genere e di differente attendibilità in termini di prospettive di salute e di ricerca clinica. Come dimostrano, ad esempio, il caso Stamina o la campagna anti-vaccini in Italia o le normative statunitensi in tema di *right to try*, la molteplicità delle richieste non può comunque trovare una risposta giuridica in virtù di un automatico e acritico ricorso al principio pluralista. Le logiche di riconoscimento giuridico – come approfondito nello scritto di Marta Tomasi – devono quindi affidarsi alla

³ *Ivi*: «material pluralism, as an expression of the particular nature of the policy fields determining litigation and of the subsequent need to create specialized jurisdictions, including independent authorities, or to provide for the possibility of alternative types of dispute resolution (arbitration, mediation, conciliation)».

combinazione fra principi costituzionali e dati scientifici per svolgere una selezione delle diverse istanze che nella società emergono, al fine di trovare una serie di limiti che assicurino la sostenibilità complessiva del sistema.

Se sia la spinta pluralista che l'esigenza di un suo contenimento sono profili tipici di un fenomeno che investe ormai ogni sistema costituzionale, tali dinamiche assumono nel biodiritto una rilevanza e caratteri particolari a motivo dell'oggetto su cui lo stesso insiste. Come approfondito in altra sede e qui ripreso a più voci, le scienze della vita evocano di per se stesse valori e concezioni del mondo tanto diversificate quanto profondamente radicate nelle strutture morali individuali e collettive; richiedendo al tempo stesso un inquadramento scientifico affidabile, il quale, negli ambiti più avanzati, si presenta però incerto ed in continuo divenire⁴.

3. Il focus

Seguendo tali linee – come anticipato – questo numero della *Rivista* ospita una parte tematica in cui si presentano alcuni dei risultati più significativi di una serie di studi condotti nell'ambito del progetto *Jurisdiction and Pluralisms*. Tale indagine si è rivolta alle caratteristiche peculiari che il riconoscimento normativo del pluralismo assiologico assume all'interno dello studio giuridico della medicina e delle scienze della vita.

Il Focus si apre con un contributo di carattere generale a firma di Lucia Busatta in cui si propongono diversi modelli in grado di assumere una valenza descrittiva del fenomeno. Partendo dalla natura astensionista (inerte), preclusiva o integrativa del formante legislativo, si ricostruiscono i caratteri e i versi dell'intervento

⁴ Si permetta il rinvio a C. CASONATO, *Diritto e scienze della vita: complessità, tentazioni, resilienza*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 2015, 277-302.

giurisdizionale in una serie di tematiche particolarmente significative, dall'inizio al fine vita, concludendo con l'indicazione di alcuni dei tratti di un biodiritto che possa dirsi sostenibile. La misura della sostenibilità del riconoscimento di posizioni minoritarie, al limite dell'eccentrico, è uno dei fili conduttori del contributo di Marta Tomasi, che, prendendo spunto dalle eccezioni all'obbligo vaccinale e dai cortocircuiti del caso Stamina, propone la combinazione fra riconducibilità ai principi costituzionali (salute ed eguaglianza, in particolare) e affidabilità delle risultanze scientifiche quale fondamento su cui individuare i criteri per l'individuazione della generale sostenibilità del pluralismo assiologico. Di taglio complessivo, anche il contributo di Simone Penasa in cui, sempre con esemplificazioni tratte dal diritto comparato delle scienze della vita e con riferimento ai livelli nazionale, internazionale e sovranazionale (non solo europeo), si delineano alcune tendenze nel rapporto fra discrezionalità legislativa e "discrezionalità" giurisdizionale. Il focus – come anticipato – prosegue poi con una serie di contributi che coprono alcune fra le aree in cui i temi del pluralismo assiologico pongono maggiori questioni. Cinzia Picocchi affronta il tema della coscienza, e dell'obiezione che ad essa si rifà, quale canale attraverso cui veicolare all'interno dell'ordinamento scelte individuali che si collegano al rivendicato rispetto per la propria identità religiosa o in senso lato culturale. Ed anche in questo ambito, emerge l'esigenza di contenere entro un limite ragionevole uno strumento di "eccezione alla regola" che altrimenti rischia di pregiudicare i diritti contrapposti. Un altro tipo di pluralismo, quello che si riferisce al rapporto fra diritto statale e ordinamento professionale, in particolare deontologico, caratterizza il contributo di Elisabetta Pulice. Lo scritto descrive alcune

interessanti assonanze fra deontologia e diritto costituzionale e, grazie alla comparazione con una serie di esperienze significative, rileva alcune criticità del modello italiano per cui indica altrettante possibili vie di superamento.

I diversi contributi sono commentati e discussi da un componente del comitato direttivo, Antonio D'Aloia, ed uno del comitato scientifico della Rivista, Paolo Veronesi.

4. L'attualità delle questioni

L'importanza e l'urgenza dello studio dei profili legati al riconoscimento del pluralismo assiologico nel diritto comparato sono testimoniate dal fatto che il dibattito biogiuridico europeo e internazionale delle ultime settimane è stato movimentato da notizie e accadimenti in tema di inizio e di fine vita che rientrano esattamente all'interno dei paradigmi e delle dinamiche analizzate da un punto di vista più generale nei contributi raccolti nel *Focus* qui ospitato.

4.1. La sedazione profonda e continua

Sul fronte delle decisioni da compiere al termine dell'esistenza, anzitutto, va registrato come il parlamento francese, con una maggioranza trasversale che ha unito socialisti e neogollisti, abbia approvato il 27 gennaio la legge sulla sedazione profonda e continua (su cui il contributo di Camille Bourdair e Tatiana Gründler). Nonostante la pratica sia conosciuta in molti paesi e corrisponda ad un'evidente e fondamentale esigenza di lenire un dolore divenuto insopportabile in presenza di una condizione clinica talmente compromessa da essere ritenuta prossima alla morte, la parte più schierata dei commentatori ha colto l'occasione per denunciarne il possibile impiego quale "forma mascherata d'eutanasia". Le parti più criticate della normativa, in questa prospettiva bioetica

che esaspera i caratteri dell'impostazione ontologico-personalista, si riferiscono al riconoscimento di un vero e proprio diritto alla sedazione, all'inclusione di nutrizione e idratazione artificiali fra i trattamenti che possono essere interrotti (e che anzi vanno di norma interrotti per evitare complicazioni cliniche dovute all'incapacità da parte di un fisico ormai stremato di assimilare componenti nutrizionali) ed al valore vincolante delle volontà del malato, espresse anche attraverso una pianificazione anticipata delle cure. In questo senso, la normativa rientra in una cornice di pluralismo assiologico sostenibile riconoscendo, all'interno di una descrizione analitica delle condizioni e del percorso applicativo, la volontà, e quindi l'universo valoriale, della persona morente.

Da tutti questi punti di vista, la normativa francese pare porsi sulla linea più conforme alle garanzie necessarie affinché un processo talmente delicato come quello in prossimità di una morte altrimenti dolorosissima possa essere gestito nel rispetto delle competenze dei professionisti coinvolti e dei diritti e degli interessi del malato e dei suoi cari. La condizione generale prevista per applicare la sedazione profonda e continua si riferisce a una malattia grave e incurabile, con prognosi infausta a breve termine e presenza di una sofferenza insopportabile refrattaria ai trattamenti. Per evitare situazioni altrimenti discriminatorie, la legge precisa che la gravità della situazione che permette l'attivazione di tale pratica può anche essere legata alla volontà del paziente di arrestare un trattamento.

Ogni normativa può evidentemente essere migliorata; quella francese, in ogni caso, pare precisare i termini per rendere sicura e rispettosa delle responsabilità e dei diritti di tutte le persone coinvolte un'attività che ancora oggi è

troppo scarsamente praticata. Motivi riconducibili ad una non piena e specifica formazione professionale, ad una scarsa sensibilizzazione culturale, ai timori di possibili responsabilità penali rendono infatti ancora non frequente un accompagnamento alla morte che possa garantire la sedazione dei dolori più acuti, in linea con le esigenze e il patrimonio valoriale della persona malata.

Anche per questo motivo, va salutata con favore l'approvazione, a maggioranza, di un parere del Comitato Nazionale per la Bioetica italiano che, fra l'altro, conferma la piena legittimità della sedazione profonda e continua legandola alle volontà, anche anticipate, della persona malata⁵. Su questa linea, così, si raccomanda una più diffusa applicazione della legge sull'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore (n. 38 del 2010), una più convinta promozione del diritto fondamentale di non soffrire ed un più profondo rispetto dell'autodeterminazione della persona malata.

4.2. Le "euthanasia Courts" canadesi

Una seconda serie di eventi di rilievo pluralistico in tema di fine vita può ricondursi alle conseguenze della incapacità del governo federale canadese di predisporre una normativa sul suicidio assistito che rispettasse la scadenza, oltre che i principi fissati dalla Corte Suprema di Ottawa nel caso *Carter v. Canada* del 6 febbraio 2015 (2015 SCC 5, d'ora in poi *Carter I*). In tale decisione, i giudici avevano unanimemente dichiarato incostituzionale il reato di assistenza al suicidio nei casi in cui si trattasse di una persona capace, consenziente, affetta da patologia grave e incurabile, fonte di sofferenza insopportabile per il malato. Vista la complessità del

⁵ Si veda il parere riportato al sito del Comitato Nazionale per la Bioetica: <http://presidenza.governo.it/bioetica/pareri.html>.

bilanciamento da attuarsi fra interessi confliggenti, fra cui in particolare il rischio di pregiudicare i diritti di alcune categorie vulnerabili su cui si era espressa la stessa Corte nel caso *Rodriguez*⁶, l'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità veniva rinviata di un anno; termine entro il quale il Parlamento avrebbe dovuto adottare una nuova disciplina rispettosa della Costituzione (in particolare del diritto alla vita, libertà e sicurezza della persona disposto nella *Canadian Charter of Rights and Freedoms*). A causa della complessità della materia, però, tale termine è scaduto invano e il governo federale, nell'udienza dell'11 gennaio 2016, ha chiesto ai giudici della Corte una proroga di sei mesi, ottenendola per quattro.

Quanto merita rilevare riguarda in particolare il periodo transitorio, in cui il reato è incostituzionale ma la nuova legge non è ancora in vigore. La provincia del Quebec, ad esempio, si era già mossa nel dicembre 2014 per approvare una legge di disciplina dell'assistenza al suicidio; legge che, impugnata per contrasto con l'articolo del codice penale (federale) poi dichiarato incostituzionale, è stata dichiarata legittima, il 22 dicembre 2015, dalla Corte d'Appello del Quebec e poi, il 15 gennaio 2016, dalla stessa Corte Suprema federale (*Carter v. Canada, Attorney General*, 2016 SCC 4, d'ora in poi *Carter II*). In termini più generali, tale ultima decisione pare di assoluta rilevanza nella parte in cui la Corte ammette che le persone malate che soddisfino i criteri individuati possano richiedere alle corti superiori delle rispettive Province un'autorizzazione all'assistenza al suicidio.

⁶ *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519 in cui la Corte, con una maggioranza di 5 voti a 4, aveva concluso per la legittimità dell'articolo del codice penale che vietava l'assistenza al suicidio: <http://www.biodiritto.org/index.php/2012-05-15-18-25-36/item/108-1993-09-30-rodriquez>.

Ricorrendo ad uno strumento che potremmo ricostruire in termini di delega di bilanciamento in concreto, la Corte attribuisce quindi, nelle more dell'approvazione della legge federale, un potere autorizzatorio particolarmente ampio ai giudici provinciali: «Requiring judicial authorization during that interim period ensures compliance with the rule of law and provides an effective safeguard against potential risks to vulnerable people» (*Carter II*, p. 6).

In questi termini, e sulla linea di quando descritto in termini di pluralismo normativo di segno integrativo ma anche di pluralismo materiale⁷, si riconosce espressamente come il ritardo dell'intervento legislativo possa essere efficacemente supplito dalla componente giudiziaria, vista come quella più indicata nello svolgere un esame che tenga conto delle particolarità concrete di ogni singolo caso.

4.3. Quindici anni di eutanasia in Olanda

Un terzo elemento che si inserisce all'interno del riconoscimento giuridico dei diversi valori individuali riguarda la celebrazione del quindicennale dall'entrata in vigore della legge olandese sull'eutanasia. Mentre alcune associazioni a favore dell'eutanasia hanno voluto marcare l'evento per proporre un'estensione dei

⁷ I riferimenti vanno alle categorie utilizzate all'interno del citato progetto *Jurisdiction and Pluralisms*: «**normative pluralism**, with regard to federal and regional models of decentralisation of public power, with special emphasis on compared **integrative pluralism**, namely the interaction between domestic and supra-national jurisdictions as experienced with regional human rights courts»; «material pluralism, as an expression of the particular nature of the policy fields determining litigation and of the subsequent need to create specialized jurisdictions, including independent authorities, or to provide for the possibility of alternative types of dispute resolution (arbitration, mediation, conciliation)»: <http://www.jupls.eu/index.php/main-research-tracks>.

requisiti previsti dalla normativa, alcuni studi pubblicati su *Jama Psychiatry* hanno messo in luce determinati profili critici della pratica, fra cui il senso di solitudine e l'isolamento sociale dei malati psichiatrici e un non efficace controllo da parte dei comitati regionali di controllo⁸. Allo stesso tempo, una commissione governativa (la *Schnabel Commission*), ha messo in evidenza i rischi di un allentamento dei requisiti per ottenere l'assistenza al suicidio o l'omicidio del consenziente⁹.

Al momento, quindi, il riconoscimento del pluralismo dei valori individuali e collettivi, in tema di fine vita, sembra aver raggiunto in Olanda una certa stabilità, trovando nei criteri fissati nella legge, pur non sempre applicati, la misura della propria sostenibilità.

4.4. Il gene editing: l'autorizzazione della HFEA

Sul versante dell'inizio della vita, e in particolare della sperimentazione su embrioni umani, si è d'altro canto registrata la prima autorizzazione della *Human Fertilization and Embriology Authority* in tema di gene editing. Nella variante CRISPR Cas9 tale forma di ingegneria genetica pare costituire una promettente tecnica per intervenire in modo puntuale e preciso sul genoma delle cellule viventi.

Il dibattito in materia ha preso particolare vigore a partire dall'aprile del 2015, quando un articolo apparso su *Protein and Cell* (nella versione online, 11 aprile 2015) aveva descritto un esperimento

condotto all'Università cinese di Guangzhou¹⁰. In tale studio, i ricercatori erano intervenuti su 86 embrioni umani non impiantabili, solo una minoranza dei quali, a due giorni dal trattamento, presentava però gli effetti desiderati, associati inoltre a frequenti mutazioni impreviste (off-target). Da allora, la tecnica è stata oggetto di numerosi studi al fine di migliorarne l'affidabilità e la sicurezza. Queste ricerche hanno portato, appunto, all'autorizzazione citata – qui esaminata nel contributo di Demetrio Neri – e grazie alla quale il *Francis Crick Institute* di Londra potrà applicare tale tecnica ad embrioni umani, soprannumerari e sprovvisti della capacità intrinseca di svilupparsi in esseri umani completi, al fine di studiare con maggiore accuratezza le caratteristiche genetiche necessarie ad uno sviluppo embrionale regolare.

Al di là delle prevedibili critiche, legate in particolare all'utilizzo in sé di embrioni umani oltre che all'intervento sulla linea germinale, tale vicenda richiama da vicino le logiche di pluralismo materiale sopra richiamate. Nella procedura prevista dallo *Human Fertilization and Embriology Act*, infatti, l'autorità istituita al riguardo ha funzioni sia di *regulation* che di *adjudication*, costituendo un esempio particolarmente significativo di contaminazione scientifico-normativa¹¹.

5. A Bridge to the Future

A prescindere dal fatto che coinvolgono questioni tradizionali, come l'interruzione volontaria di

⁸ S.J.H. KIM E ALTRI, *Euthanasia and Assisted Suicide of Patients With Psychiatric Disorders in the Netherlands 2011 to 2014*, *JAMA Psychiatry*, pubblicato online il 10 febbraio 2016: <http://archpsyc.jamanetwork.com/article.aspx?articleid=2491354>.

⁹ Si vedano gli aggiornamenti riportati nel sito <http://www.bioedge.org>.

¹⁰ P. LIANG e altri, *CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human tripronuclear zygotes*, in *Protein and Cell*, maggio 2015, vol. 6, 5, 363-372.

¹¹ Al riguardo, in termini generali, S. PENASA, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015.

gravidanza, la procreazione medicalmente assistita o le decisioni al termine dell'esistenza, o fortemente innovative, come il gene editing le neuroscienze cognitive e comportamentali, la medicina e le scienze della vita evocano scenari e significati mai indifferenti, i quali tipicamente veicolano visioni del mondo diverse e confliggenti. Il numero degli strumenti che realizzano o promettono il soddisfacimento delle diverse istanze è destinato a aumentare in progressione geometrica, spinto dal ritmo delle innovazioni scientifiche e delle rispettive applicazioni sull'uomo. Coinvolgendo il destino degli individui che ne fanno uso, ma nelle forme più avanzate anche quello dell'umanità nel suo complesso e dello stesso pianeta terra, è necessario proseguire nel tentativo di orientare il progresso scientifico verso obiettivi di più diffuso e concreto benessere e di complessiva sostenibilità; costruire un ponte, come avrebbe detto Van Rensselaer Potter, per far comunicare le due culture delle società moderne «namely, the sciences and the humanities».

Editorial

Per la costruzione di un pluralismo sostenibile nel rapporto tra diritto e scienze della vita

Lucia Busatta *

FOR THE CREATION OF A SUSTAINABLE PLURALISM TO ADDRESS THE ISSUES AT THE CROSS-ROAD BETWEEN LAW AND LIFE SCIENCES

ABSTRACT: The law focusing on life sciences and on human health is characterised by significant tensions that oppose the need for unity and certainty of the legal order, on the one hand, and pressures for the acknowledgement of different moral values and visions, on the other hand. It is also a field in which the speed of scientific development continuously requires law-makers and judges to “adapt” the legal framework to new needs and possibilities.

Given this context, the paper offers an analysis of the relationship between legislation and jurisdiction organised into three main categories, in which the starting point is represented by the legislative approach. Depending on the level of “rigidity” or “flexibility” of the legislation with respect to the acknowledgement of individual moral values and to the integration of the scientific dimension at a normative level, the role of jurisdiction might significantly vary. In a scheme in which the law-maker tends to deny or refuse pluralism, the jurisdiction is called to guarantee the necessary equilibrium among the different components of the society. Differently, in the case of a “inactive” law-maker (second category), judicial interventions are fundamental in giving an answer to needs and issues arising at a scientific and social level in the absence of a specific regulation. Finally, even if the different levels of pluralisms find legislative protection, courts might open the way to new rights or new individual position that deserve protection by the legal order.

The aim of the paper is to identify the main features of a sustainable model of pluralism, in which both law-makers and judges contribute together to the equal guarantee of constitutionally relevant values and in which the legal order is able to constantly keep the pace with scientific development.

KEYWORDS: Pluralisms; Jurisdiction; Moral values; Scientific development; Biolaw.

SOMMARIO: 1. Introduzione: il pluralismo assiologico e la tensione del diritto. – 2. Perché ragionare per modelli? – 3. Il modello tendenzialmente preclusivo. – 3.1. I limiti organizzativi e procedurali alla garanzia dei diritti: sugli interventi legislativi statunitensi in materia di interruzione volontaria di gravidanza. – 3.2. L'intervento riequilibratore del giudice (non solo) costituzionale: la “saga” giurisprudenziale della legge n. 40/2004. – 3.3.

* *Dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento. Il presente scritto presenta i risultati delle ricerche svolte nell'ambito del progetto Prin-Miur 2010-2011 “Jurisdiction and Pluralisms”. Contributo sottoposto a referaggio.*

Focus on: *PLS*

Tendenze propulsive della giurisdizione e moniti al legislatore: sulla costituzionalità del divieto di assistenza al suicidio. – 3.4. Ulteriori strumenti giurisdizionali per il pluralismo: dal modello “preclusivo” alla tutela dei diritti. – 4. Il modello inerte: la mancata o carente regolamentazione del pluralismo. – 4.1. L’impossibilità di una piena integrazione del pluralismo attraverso la giurisdizione e il monito al legislatore. – 4.2. L’elaborazione di una soluzione sulla base degli strumenti disponibili. – 4.3. Silenzi legislativi e ritardi v. adeguamenti giurisdizionali. – 5. Da un modello integrativo... – 6. ... all’individuazione dei criteri per l’elaborazione di un pluralismo sostenibile.

1. Introduzione: il pluralismo assiologico e la tensione del diritto

Il diritto che si occupa delle scienze della vita e della salute dell’essere umano è caratterizzato da forti tensioni fra l’esigenza di unitarietà e certezza dell’ordinamento, da un lato, e spinte verso un accentuato riconoscimento di assetti di valori differenziati, dall’altro. Tale fenomeno si rende particolarmente evidente (anche se in maniera non esclusiva) negli ordinamenti appartenenti alla *Western Legal Tradition*¹, all’interno dei quali la crescente complessità di società accentuatamente multiculturali o caratterizzate da posizioni individuali diversificate e l’incessante progresso della medicina e della tecnologia determinano il quotidiano insorgere di nuovi conflitti.

Vi è, dunque, un elemento sociale e culturale in continuo mutamento che richiede al diritto «mediatore dei conflitti sociali»² una costante opera di gestione di posizioni potenzialmente contrastanti, soprattutto laddove sia in gioco il riconoscimento di diritti costituzionalmente rilevanti o di posizioni meritevoli di tutela. Accanto a ciò, un ulteriore fattore caratterizza lo svilupparsi dell’articolato rapporto tra diritto e scienze della vita: il rapidissimo sviluppo che ha segnato il mondo scientifico negli ultimi decenni ha rivoluzionato moltissimi settori dell’esperienza e della vita umana, non ultimo quello relativo alla cura della salute. Tale avanzamento non può che costituire un fattore rilevante per un diritto chiamato a rispondere ai bisogni sociali e a disciplinare le nuove esigenze di società sempre più composite, tanto dal punto di vista culturale e valoriale, quanto sotto il profilo dei mezzi e delle possibilità a disposizione dell’uomo per soddisfare i propri bisogni.

Al crocevia tra pluralismo assiologico e sviluppo medico scientifico, al mondo giuridico si richiede di interrogarsi sulle modalità di gestione di problemi sempre più complessi e articolati e sulla possibilità di offrire risposte adeguate e aggiornate alle nuove istanze. In tale contesto, i canali attraverso i quali l’esperienza giuridica affronta questo complesso intreccio sono rappresentati prevalentemente dal formante legislativo e da quello giurisprudenziale. In entrambi i casi, al diritto si richiede di confrontarsi con diverse discipline, di dialogare con altre scienze e di tradurre con strumenti e linguaggi propri della scienza giuridica concetti e nozioni appresi altrove. La dimensione medico-scientifica non è, però, omogeneamente inclusa nel discorso giuridico e il grado della sua integrazione può variare in modo significativo non solo da un formante all’altro, ma anche da un ordinamento all’altro. Come i paragrafi che seguono si propongono di mettere in luce, infine, i termini o la proficuità di tale dialogo

¹ Sulla nozione di *Western Legal Tradition*, ossia di tradizione giuridica occidentale cfr., per tutti, A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2003, 60 ss.

² R. TONIATTI, *Minoranze e minoranze protette: modelli costituzionali comparati*, in T. BONAZZI, M. DUNNE (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994, 279.

possono sensibilmente mutare anche rispetto all'oggetto da disciplinare o alla controversia da risolvere.

Sulla base di queste premesse, il presente contributo si propone di offrire una lettura critica del contesto delineato con l'ausilio di una categorizzazione per modelli che permetta di descrivere i dati raccolti in prospettiva comparata. Lo scopo ultimo è quello di ragionare circa la possibile costruzione di un modello di pluralismo giuridico sostenibile all'interno del quale sia possibile integrare le diverse istanze provenienti dalla complessa compagine sociale con le sempre nuove possibilità offerte dal progresso medico-scientifico, in modo tale che il diritto possa mantenere il passo dei mutamenti che connotano il quadro attuale e sappia offrire soluzioni effettive e rispettose dei diritti di tutti i soggetti coinvolti.

2. Perché ragionare per modelli?

Quando si affronta la comparazione giuridica, il ricorso ad una schematizzazione per modelli può fungere da ausilio al fine di dipanare una complessa mole di dati e per descrivere in modo razionale l'oggetto dell'indagine, per affrontare le questioni in modo più analitico e non lasciarsi trarre in inganno da dettagli superflui. Individuare un modello astratto, attraverso il quale leggere i fenomeni concreti, permette, attraverso un'opera di sussunzione, di classificare e, dunque, di creare una «sintesi della complessità attraverso categorie logiche»³.

Dal punto di vista della tutela costituzionale dei diritti, può essere presa, in particolare, in considerazione una fra le possibili modellistiche elaborate in dottrina. Originariamente creata per fornire una lettura dell'approccio giuridico ai problemi della tutela dei diritti della minoranze nazionali all'interno di società multiculturali, l'impostazione che suddivide in quattro principali modelli i livelli di riconoscimento e protezione dei gruppi minoritari pare potersi tendenzialmente applicare, *mutatis mutandis*, anche al sistema di garanzia dei diritti a livello costituzionale per quanto attiene alle diverse posizioni giuridiche soggettive, rispetto al pluralismo delle impostazioni culturali e morali degli individui e al progresso delle scienze e della medicina⁴. Si hanno, così: (i) un "modello repressivo", caratterizzato dalla negazione espressa di qualsivoglia riconoscimento del pluralismo⁵; (ii) un "modello liberale agnostico", la cui cifra è individuabile nella garanzia dell'eguaglianza *meramente formale*⁶; (iii) un

³ L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Padova, 2013, 87; R. SCARCIGLIA, *Metodo comparatistico*, in L. PEGORARO (a cura di), *Glossario di diritto pubblico comparato*, Roma, 2009, 179; G. TUSSEAU, *Modelli*, in L. PEGORARO (a cura di), *Glossario di diritto pubblico comparato*, cit., 182; G. AJANI, B. PASA, *Diritto comparato*, Torino, 2013, 22 ss.; J.L. CONSTANTINESCO, *La scienza dei diritti comparati*, Torino, 2003, 59 ss.; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 2^a ed., Torino, 2002, 20 ss.

⁴ R. TONIATTI, *Minoranze e minoranze protette: modelli costituzionali comparati*, cit., 273 ss. Per una modellistica relativa al rapporto tra diritto e scienze della vita, si veda, per tutti, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 89 ss.

⁵ R. TONIATTI, *Minoranze e minoranze protette: modelli costituzionali comparati*, cit., 293: «L'elemento nazionale unitario della composizione del popolo viene ideologicamente esasperato [...], al punto da legittimare politiche di negazione ufficiale dell'esistenza ovvero di eliminazione dei segni esteriori della presenza di minoranze nazionali».

⁶ R. TONIATTI, *Minoranze e minoranze protette: modelli costituzionali comparati*, cit., 294. Per uno sviluppo di tale modello con specifico riguardo alla questione delle minoranze cfr. F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto*

“modello pluralista promozionale”, nel quale la finalità principale dello Stato si realizza attraverso la differenziazione garantita dall’applicazione del principio di eguaglianza sostanziale⁷; (iv) infine, un “modello pluralista paritario”, all’interno del quale l’eccezione è la regola ed ogni differenziazione si dissolve nell’eguale grado di riconoscimento che essa ottiene da parte dell’ordinamento⁸.

Se tali modelli, a livello generale e con le specifiche del caso, possono applicarsi ad un’indagine circa il livello di integrazione nel dato costituzionale del pluralismo (morale, sociale, culturale, religioso e scientifico) di una società, la sensazione è che tale classificazione non sia da sola più sufficiente nel momento in cui si passi ad analizzare le singole declinazioni e manifestazioni dello svolgersi dei rapporti fra diritto e scienze della vita⁹. Con il presente contributo si desidera, pertanto, proporre un’ulteriore articolazione che, sulla scia dalla classificazione già proposta nell’ambito del biodiritto, descriva l’intrecciarsi dei rapporti tra diritto e scienze della vita in tutti quei settori in cui la dimensione morale e valoriale dei soggetti coinvolti possa condizionare le decisioni normative e la risposta giurisdizionale alle controversie concrete. La modellistica così individuata, che si sviluppa in (i) modello tendenzialmente preclusivo; (ii) modello inerte; (iii) modello integrativo, prende le mosse dalla valutazione dell’inclusione del pluralismo a livello normativo e, sulla base del dato legislativo di partenza, individua le possibili reazioni del formante giurisprudenziale rispetto alle istanze soggettive, al fine di enucleare i fattori per la realizzazione di un pluralismo pienamente sostenibile, che sappia coniugare le possibilità offerte dallo sviluppo tecnologico con il rispetto del principio pluralista e dell’autodeterminazione individuale, tanto a livello legislativo quanto in termini di risposta giurisdizionale.

Il dato peculiare che, nell’ambito del cd. biodiritto, emerge dall’impiego della modellistica riguarda l’oggetto dello studio: il settore in cui il diritto incrocia le scienze della vita, le tematiche cd. etica-

costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze, Padova, 2011, 51 ss. Rientrano in questo modello ordinamenti quali gli Stati Uniti e la Francia.

⁷ R. TONIATTI, *Minoranze e minoranze protette: modelli costituzionali comparati*, cit., 294: tale modello «si caratterizza per la presenza dominante di un gruppo nazionale (la maggioranza) e di uno o di altri gruppi minoritari il cui riconoscimento e la cui protezione e promozione sono integrati a livello costitutivo [...] dell’ordinamento e dei suoi valori fondamentali». Corrisponde a questo modello, ad esempio, l’ordinamento italiano, nel quale la lettura combinata degli articoli 2 e 3 della Costituzione consente di garantire tutela a una varietà di posizioni individuali, cercando di avvantaggiare quelle che – per la loro natura “minoritaria” – soffrirebbero altrimenti una indebita compressione, rispetto alla posizione – maggioritaria – di vantaggio.

⁸ R. TONIATTI, *Minoranze e minoranze protette: modelli costituzionali comparati*, cit., 295. L’essenza di tale modello consiste nella capacità «di incorporare e riflettere su base paritaria la multinazionalità della propria realtà sociale permanente». Quest’ultimo modello, in particolare, pare attanagliarsi meno alle questioni giuridiche di carattere costituzionale che possano emergere nel settore in cui il diritto incontra le scienze della vita.

⁹ Esistono infatti differenti chiavi di lettura della complessa relazione tra diritto e scienza e, allo stesso modo tra diritto e questioni eticamente sensibili. Fra queste cfr., ad esempio, la contrapposizione tra modello a tendenza impositiva e modello a tendenza repressiva per quanto attiene all’attività normativa in C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit. 112 ss; oppure tra un modello *value oriented* ed uno *procedure oriented*, su cui C. CASONATO ET AL., *Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto*, in A. TORRE (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Torino, 2015, 87 ss.; S. PENASA, *La fragile rigidità della legge italiana in materia di procreazione medicalmente assistita e la solida flessibilità del sistema spagnolo: modello ‘value oriented’ e modello ‘procedure oriented’ a confronto*, in *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo*, 1, 2010, 134 ss.

mente controverse, i problemi giuridici che attengono all'inizio o alla fine dell'esistenza umana, così come quelli inerenti la protezione della salute dell'essere umano reca un notevole potenziale consistente nel permettere di superare la dimensione strettamente statale. In questi ambiti, infatti, il dato concreto (sia esso il *focus* della disciplina normativa o l'oggetto della controversia) consente di effettuare una comparazione particolarmente efficace, anche fra ordinamenti tra loro apparentemente distanti. Può, così, accadere che il raffronto possa condurre ad accostare un ordinamento di *civil law* ad uno di *common law* e, all'opposto, a sottolineare una notevole differenza nelle soluzioni adottate fra Stati che hanno lungamente condiviso la medesima tradizione giuridica.

Inoltre, la sistematizzazione per modelli applicata a questo particolare oggetto di studio mette in luce la non univocità degli schemi elaborati: come si avrà occasione di sottolineare nei paragrafi che seguono, infatti, alcuni ordinamenti potrebbero rientrare contemporaneamente in più di una categoria, a seconda del tema affrontato. Il tasso di variabilità può dipendere da numerosi fattori (che incidono, alternativamente, in positivo o in negativo sul formante preso in considerazione), quali, ad esempio, l'epoca storica in cui una certa disciplina è stata adottata, il livello di conflitto sociale esistente all'interno dell'ordinamento in un dato momento, lo scenario politico esistente, l'impatto del dibattito sull'opinione pubblica o, infine, l'accidentale verificarsi di un particolare episodio che abbia suscitato l'intervento legislativo o giurisdizionale¹⁰.

3. Il modello tendenzialmente preclusivo

Un primo modello, che potremmo denominare "tendenzialmente preclusivo", si caratterizza per una particolare rigidità del dato normativo: a fronte dell'elezione di una specifica posizione morale da parte del legislatore, che "sceglie" di dare prevalenza ad un determinato orientamento all'interno della soluzione normativa elaborata, le differenti istanze assiologiche presenti nella compagine sociale non trovano riconoscimento né, tantomeno, tutela. Gli indicatori per la classificazione di una disciplina in questo primo modello possono essere individuati nella presenza di divieti corredati da severe sanzioni (spesso di carattere penale) oppure in rigide limitazioni di natura soggettiva od organizzativa, che hanno come effetto la limitazione sostanziale del grado di effettività dei diritti dell'individuo¹¹. Alla luce, dunque, dell'emersione di un certo numero di posizioni giuridiche soggettive che – in base al dato costituzionale – sono meritevoli di tutela, è il formante giurisdizionale a giocare un ruolo chiave per riequilibrare tra loro le diverse posizioni, in conformità con i caratteri specifici della forma di stato di derivazione liberale.

All'interno di questo modello, quindi, alla giurisdizione si richiede non soltanto di verificare il rispetto del dato costituzionale da parte di un legislatore che (volutamente o inconsciamente) esclude dal

¹⁰ Le categorie elaborate, infine, potrebbero risultare, in certi termini, non completamente definite oppure potrebbero essere parzialmente sovrapponibili tra loro. A tale proposito cfr. la possibilità di applicare la *fuzzy sets theory* (o teoria degli insiemi sfumati) agli studi comparatistici; in particolare L. Pegoraro, A. RINELLA, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, 81; S. BALDIN, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, in *Revista General de Derecho Publico comparado*, 2012, 10, 1 ss.

¹¹ Si pensi, come ora si vedrà, ai rigidi divieti della legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita.

proprio intervento il riconoscimento e la garanzia del pluralismo, ma anche di offrire la dovuta tutela a situazioni soggettive che risultano scoperte (ad esempio, in confronto ad altre, comunque rilevanti, nel contesto in questione), ripristinando un equilibrio altrimenti compromesso.

Gli esempi maggiormente significativi appaiono essere le novità legislative introdotte negli ultimi anni negli Stati Uniti in materia di interruzione volontaria della gravidanza, la complessa vicenda giurisdizionale della legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita e i recenti approdi della giurisprudenza in riferimento al divieto di suicidio assistito.

Negli esempi prospettati, a fronte della rigidità del formante legislativo, le istanze individuali presentate davanti agli organi giurisdizionali possono condurre a differenti tipologie di soluzione, con l'effetto di rendere il dato legislativo (ancor più) incerto e la giurisprudenza assai frammentaria.

3.1. I limiti organizzativi e procedurali alla garanzia dei diritti: sugli interventi legislativi statunitensi in materia di interruzione volontaria di gravidanza

Negli USA, la forma di Stato federale e le norme costituzionali sul riparto di competenze conducono, sovente, nel campo della salute, all'adozione di discipline profondamente diversificate a livello statale. Le novelle legislative di recente adozione, mirate a incidere più o meno direttamente e dichiaratamente sull'effettività del diritto proclamato dalla Corte Suprema Federale nel 1973¹², dimostrano che il tema dell'aborto negli Stati Uniti, divenuto ormai il manifesto di un conflitto culturale tra le diverse componenti della società americana, continua ad essere ancora al centro di un dibattito politico, giurisprudenziale e sociale ben lontano dall'essere sopito.

Come è noto, negli Stati Uniti, tutt'oggi, il punto di partenza per la definizione dei confini costituzionali del diritto all'interruzione della gravidanza e del corrispondente limite all'intervento statale nella regolazione delle procedure è rappresentato dalla sentenza *Roe v. Wade* e dalle ulteriori specificazioni contenute nelle successive decisioni della Corte Federale¹³. La celebre pronuncia insiste su una dimensione fondamentale della tutela dei diritti costituzionali in quell'ordinamento: si tratta di quanto è stato opportunamente ascritto ad un modello "agnostico", nel quale tutte le posizioni soggettive sono considerate *a priori* equiordinate e il ruolo dei poteri pubblici è primariamente quello di astenersi dall'intervenire nella sfera individuale dei consociati, a meno che ciò non si renda necessario per la protezione di posizioni altrimenti prive di tutela¹⁴.

¹² Dei principali riferimenti normative e giurisprudenziali sugli ultimi approdi di tale dibattito viene dato conto nel *Dossier Abortion Rights negli Stati Uniti*, disponibile all'indirizzo internet <http://www.biodiritto.org/novita/news/item/239-abortion-rights-negli-stati-uniti> (ultima consultazione 30.01.2016).

¹³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Le altre pronunce della Corte suprema federale statunitense rilevanti in tema di aborto sono, ad esempio, *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000); *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

¹⁴ A tale assunto corrisponde lo schema di ragionamento adottato dalla US Supreme Court in *Roe v Wade*: la possibilità di intervento statale per la tutela della vita potenziale è si modula a seconda dello stato d'avanzamento della gravidanza e si articola attraverso il cd. *trimester framework*, che regola le fasi di incremento dell'interesse statale rispetto all'approssimarsi o al raggiungimento della possibilità di vita autonoma per il feto.

Una delle modalità più diffuse di intervento statale sul diritto all'aborto è rappresentata dalla creazione, in capo al personale sanitario delle cliniche abortive, di "particolari" obblighi di informazione, aventi indirettamente l'effetto di dissuadere la donna dall'interruzione di gravidanza¹⁵. Fra questi, in molti Stati, fra cui Arizona, North Carolina, Oklahoma, Texas e Wisconsin¹⁶, si prevede il dovere di sottoporre la donna che desideri abortire ad una ecografia, approfonditamente descritta dal medico che la esegue. Ciò che è interessante osservare, proprio con riguardo alla dinamica della gestione del dibattito e dei conflitti culturali, è che queste leggi, non appena approvate, vengono sistematicamente impugnate dalle associazioni "pro-choice", divengono oggetto di giudizio delle Corti federali distrettuali e vengono, in alcuni casi, dichiarate illegittime per violazione della Costituzione e dei principi stabiliti dalla Corte Suprema a partire da *Roe v. Wade*¹⁷.

Un ulteriore strumento utilizzato per condizionare l'effettività del diritto all'autodeterminazione della donna è rappresentato dai cd. *admitting privileges*, requisito introdotto, ad esempio, in Alabama, Louisiana, Mississippi, North Dakota, Oklahoma, Texas e Wisconsin, in base al quale il personale medico delle cliniche abortive, per poter effettuare gli interventi, deve disporre di una convenzione professionale con una struttura ospedaliera nelle vicinanze¹⁸. L'effetto secondario determinato da tali previsioni è quello di costringere alla chiusura i centri per l'interruzione di gravidanza situati in zone particolarmente periferiche, con il risultato di imporre alle donne di attraversare talvolta anche i confini statali per poter realizzare scelte personali mai facili. Nell'affrontare la legittimità di alcune di

¹⁵ Si tratta di disposizioni legislative che, oltre ad intervenire sulle modalità di acquisizione del consenso informato della donna da parte del medico, stabiliscono anche alcuni precisi contenuti informativi che, in modo più o meno diretto o invasivo, possono condizionare la decisione della donna. Per una panoramica delle legislazioni statali sulla costruzione del consenso informato per la donna che desidera abortire, cfr. il report *The State of Abortion in the United States*, diffuso nel gennaio 2014 dal National Right to Life Committee e disponibile all'indirizzo internet <http://www.nrlc.org/uploads/communications/stateofabortion2014.pdf> (ultima consultazione 30.01.2016). Sulle problematiche anche costituzionali di tali interventi normativi cd. D. LANG, *Truthful But Misleading? The Precarious Balance of Autonomy and State Interests in Casey and Second-Generation Doctor-Patient Regulation*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 16, 2014, 1353 ss.

¹⁶ In Arizona, il Mother's Health and Safety Act 2013 prevede, *inter alia*, l'obbligo per la donna di sottoporsi a un'ecografia 24 ore prima dell'interruzione di gravidanza. Pochi mesi dopo la sua entrata in vigore, la legge è stata dichiarata incostituzionale dalla Court of Appeals for the Ninth Circuit per la violazione del diritto all'autodeterminazione della donna. Inoltre, nel gennaio del 2014, la US District Court for the Middle District of North Carolina ha stabilito l'incostituzionalità di una simile previsione legislativa del North Carolina per violazione del I emendamento (la decisione è stata successivamente confermata anche dalla Corte d'appello federale). Nel 2012, in Oklahoma, un analogo disegno di legge è stato sospeso dalla Corte distrettuale locale prima di entrare in vigore. Anche il Wisconsin, nel 2013, ha adottato una legge (Requirements to perform abortion) che prevede che la donna si sottoponga ad un'ecografia prima di effettuare l'intervento e che il personale sanitario che se ne occupa le illustri dettagliatamente l'immagine e la informi sullo stato di salute del nascituro. Cfr. *Dossier Abortion Rights negli Stati Uniti*, cit.

¹⁷ Cfr. *Dossier Abortion Rights negli Stati Uniti*, cit. Sul ruolo dei cd. *social movements* per il riconoscimento in sede giurisdizionale dei diritti cfr. R.S. Price, T.M. Keck, *Movement litigation and unilateral disarmament: abortion and the right to die*, in *Law & Social Inquiry*, 40, 2015, 880 ss.

¹⁸ La maggior parte delle leggi statali citate, i cui riferimenti sono disponibili nel *Dossier Abortion rights negli Stati Uniti*, cit. prevedono una distanza di non più di 30 miglia. La principale ragione per la quale tali previsioni sono state oggetto di impugnazione riguarda il fatto che, come conseguenza, moltissime cliniche sarebbero state costrette a chiudere, costringendo le donne a viaggiare in un altro Stato per ottenere l'IVG.

queste previsioni, le Corti distrettuali ne hanno spesso dichiarato l'incostituzionalità, osservando che tali norme impongono alle donne un «undue burden» che incide negativamente sul loro diritto ad auto-determinarsi nelle scelte sulla gravidanza¹⁹.

Se in alcuni casi, sulla scorta dei medesimi precedenti, le decisioni giurisdizionali paiono allinearsi e garantire uno standard almeno minimo di effettività dei diritti, pur fra i diversi Stati della federazione, talvolta può capitare che tale unità di vedute non sia assicurata. Ne è un efficace esempio l'articolata saga giurisprudenziale sulla restrittiva legge texana in materia di IVG, sulla cui costituzionalità – è lecito aspettarsi – si pronuncerà in via definitiva la Corte Suprema federale²⁰.

Lo svolgersi di questo complesso dibattito pone in luce i rischi dell'adozione di una specifica posizione valoriale, sia per mezzo di esplicite dichiarazioni di principio sia attraverso meccanismi che, *di fatto*, rendono meno accessibile un diritto. La compromissione degli interessi individuali, anche in un settore “sensibile” quale quello dell'interruzione di gravidanza, non ha solamente un significativo impatto sui diritti delle donne coinvolte, ma presenta anche costi non trascurabili, soprattutto qualora si renda necessario rivolgersi ad un giudice per ripristinare un livello (almeno) accettabile di riconoscimento del pluralismo. Oltre alla dimensione strettamente individuale, interventi legislativi che costituiscono un punto d'arretramento rispetto allo stato attuale del dibattito, tanto dal punto di vista valoriale, quanto sotto il profilo scientifico²¹, sono indicatori di criticità nella gestione dei conflitti e del pluralismo da parte della società, intesa nel suo complesso, e da parte del potere politico-rappresentativo. Il fatto che l'intervento giurisdizionale si renda necessario per “riportare” entro i confini di un quadro costituzionale già consolidato le posizioni soggettive che proprio nella legge dovrebbero trovare la propria fonte di garanzia e protezione, potrebbe in certi termini alterare un proficuo circuito democratico-rappresentativo e può – in alcuni casi – attribuire al formante giurisdizionale un ruolo di gestione dei conflitti molto più ampio rispetto a quello individuabile nella risoluzione del singolo caso concreto²².

¹⁹ Cfr., ad esempio, US District Court for the Middle District of Alabama, sentenza del 4 agosto 2014; US Court of Appeals for the Fifth Circuit, sulla legge del Mississippi, sentenza del 29 luglio 2014. Entrambe le sentenze sono disponibili alla pagina *Dossier Abortion rights negli Stati Uniti*, cit.

²⁰ Per una completa ricostruzione degli interventi normativi e giurisprudenziali relativi all'interruzione volontaria di gravidanza in Texas cf. L.R. PRUITT, M.R. VANEGAS, *Urbanormativity, Spatial Privilege, and Judicial Blind Spots in Abortion Law*, in *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, 30, 2015, 76 ss.; J.T. WILKE, *The Fourth Amendment, a Woman's Right: An Inquiry into Whether State-Implemented Transvaginal Ultrasounds Violate the Fourth Amendment's Reasonable Search Provision*, in *Chapman Law Review*, 18, 2015, 921 ss.

²¹ Ne sono un efficace esempio le leggi statali che vietano «the termination of the life of an unborn human individual whose heartbeat has been detected», come nel caso della legge dell'Arkansas n. 301 (Human Heartbeat Protection Act), dichiarata incostituzionale dalla Eight Circuit Court of Appeal il 27 maggio 2015, perché «A regulation is an undue burden if it has the purpose or effect of placing a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion of a nonviable fetus». Similmente cfr. La proposta di legge HB 1456 del North Dakota che vieta l'IVG in presenza di battito cardiaco del feto. Anche in questo caso la legge è stata dichiarata incostituzionale dalla US District Court for the District of North Dakota il 16 aprile 2014 (MKB Management, Inc. v. Burdick), poiché «[t]he United States Supreme Court has spoken and has unequivocally said no state may deprive a woman of the choice to terminate her pregnancy at a point prior to viability»; inoltre «The State of North Dakota has presented no reliable medical evidence to justify the passage of this troubling law». Cfr. *Dossier Abortion rights negli Stati Uniti*, cit.

²² In questi termini, sono interessanti le osservazioni circa il ruolo delle associazioni, delle *lobbies* e, più in generale dei *social movements* rispetto al riconoscimento del mutamento sociale, tanto dal punto di vista del

3.2. L'intervento riequilibratore del giudice (non solo) costituzionale: la "saga" giurisprudenziale della legge n. 40/2004

In alcuni casi, l'elezione di una particolare posizione morale da parte del legislatore reca quale risultato l'esclusione dall'ombrello di tutela di alcuni soggetti, titolari di posizioni giuridicamente e costituzionalmente meritevoli di protezione. Ai fini del riconoscimento e dell'inclusione di tutte le declinazioni individuali che compongono il pluralismo della compagine sociale, dunque, il formante giurisdizionale si pone quale elemento di trasformazione dell'attrito generato dalla posizione "negatrice" del formante legislativo, con risultati che possono mutare in relazione all'oggetto della controversia, alle istanze portate all'attenzione delle Corti e, non ultimo, al contesto medico-scientifico di riferimento. Un punto d'approdo assai significativo per la gestione del pluralismo e per ristabilire un livello accettabile di equilibrio fra le diverse dimensioni morali individuali anche alla luce del dato tecnico è rappresentato dalla giustizia costituzionale che, nello svolgimento del proprio sindacato, può riscontrare direttamente eventuali lesioni dei diritti costituzionali o dei principi che orientano l'intervento legislativo, quali la ragionevolezza, la proporzionalità e la coerenza interna del sistema. Così può accadere – come nel caso della legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita – che uno o più interventi del giudice delle leggi portino ad una sostanziale riscrittura del testo normativo, adattandolo al quadro costituzionale e garantendo una migliore tutela delle diverse situazioni individuali²³.

Bisogna, tuttavia, segnalare che, proprio a causa della natura del sindacato di legittimità costituzionale, tale meccanismo non è automatico, né tanto meno immediato, essendo subordinato al verificarsi delle condizioni che – a seconda dell'ordinamento nel quale tale situazione venga a crearsi – disciplinano l'accesso all'organo di giustizia costituzionale. Così, con riguardo ad esempio alla legge n. 40/2004, la sentenza n. 151/2009, che ha dichiarato l'illegittimità del secondo comma dell'articolo 14 sull'obbligo dell'unico e contemporaneo impianto di tre embrioni, per la violazione del diritto alla salute della donna e del principio d'eguaglianza, è intervenuta a distanza di cinque anni dall'entrata in vigore della legge. Similmente, per giungere all'annullamento del divieto di fecondazione cd. eterologa²⁴, sono trascorsi dieci anni, durante i quali la questione era già stata sottoposta all'attenzione della Corte, pur senza successo: dopo la presentazione di un primo ricorso in via incidentale nel 2011, nelle more della decisione, la Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo si era pronunciata in via definitiva nel caso *S.H. et al. v. Austria*, superando *in toto* la sentenza di primo grado e deter-

rapporto di questi soggetti con il potere legislativo, quanto dal punto di vista della gestione delle controversie giurisdizionali riportati in R.S. PRICE, T.M. KECK, *Movement litigation and unilateral disarmament: abortion and the right to die*, cit., 880-881.

²³ Per una ricostruzione di tutti gli interventi giurisdizionali che, nel corso dei dodici anni di vigenza della legge n. 40/2004 ne hanno mutato sostanzialmente il contenuto, cfr. Dossier: come è cambiata la legge 40 (2004-2015), disponibile all'indirizzo internet <http://www.biodiritto.org/index.php/item/480-dossier-come-%C3%A8-cambiata-la-legge-40-2004-2014> (ultima consultazione 30.01.2016). Per un bilancio a dieci anni dall'entrata in vigore della legge si vedano gli articoli pubblicati nel fascicolo n. 2/2014 di *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*; L. VIOLINI, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*; F. ANGELINI, *Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, lo Stato e le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa*, tutti pubblicati in *Le Istituzioni del federalismo*, 1, 2015.

²⁴ Dichiarato, come è noto, dalla sentenza n. 162/2014.

minando, quindi, l'ordinanza della Consulta di restituzione degli atti ai giudici *a quibus* per una nuova valutazione della questione²⁵.

Infine, anche il riconoscimento della possibilità di accedere alle tecniche di PMA con diagnosi preimpianto per le coppie portatrici di gravi malattie genetiche, avvenuto per mezzo della sentenza n. 96/2015, è frutto di un articolato dialogo fra giudici. La Corte aveva dichiarato, già nel 2006, la manifesta inammissibilità di una questione vertente su tale aspetto, a causa della mancata impugnazione da parte del giudice rimettente di tutte le disposizioni rilevanti della legge²⁶; in seguito, in sede di giudizio di merito, alcuni Tribunali avevano autorizzato le coppie ricorrenti ad accedere alla PMA previa diagnosi genetica preimpianto, proponendo un'interpretazione costituzionalmente orientata che faceva leva sulla particolare gravità della patologia genetica trasmissibile di cui i ricorrenti erano portatori²⁷. Dopo la condanna da parte della Corte di Strasburgo nel caso *Costa e Pavan v. Italia*²⁸, che aveva rilevato la contraddizione sistematica tra il divieto previsto dalla legge n. 40 e le disposizioni sull'interruzione volontaria di gravidanza, la Corte viene chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla costituzionalità di queste disposizioni. Come noto, con la sentenza n. 96/2015 viene dichiarata l'illegittimità degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge sulla PMA nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico (art. 6, lett. b, l. n. 194/1978), accertate da apposite strutture pubbliche²⁹.

A fronte dell'intervento del giudice costituzionale, dunque, viene ristabilito quel livello di riconoscimento di pluralismo, individuale e scientifico, costituzionalmente imposto e necessario. Le contraddizioni e le negazioni insite nella scelta legislativa vengono eliminate in sede di controllo di legittimità costituzionale, occasione che consente l'individuazione di un nuovo punto di equilibrio tra le diverse posizioni giuridiche meritevoli di tutela. L'articolato cammino giurisdizionale della legge, però, pone in evidenza anche le difficoltà che possono derivare dall'elezione di una determinata posizione valo-

²⁵ Corte EDU, *S.H. et al. v. Austria*, ric. n. 57813/00, 3 novembre 2011. Corte cost., ord. n. 150/2012. Per la ricostruzione delle varie fasi di controllo di legittimità costituzionale in via incidentale della legge n. 40/2004, soprattutto con riguardo al divieto di fecondazione eterologa, cfr. M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2, 2014, 18 ss. Sulla sentenza n. 162/2014 cfr., *inter multis*, A. RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": la Consulta chiude al "dialogo" con la Corte Edu*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2014, 659 ss.; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 giugno 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 giugno 2014; G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": il peccato di Ulisse*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2014, 663 ss.

²⁶ Il riferimento è a C. cost., ord. n. 369/2006.

²⁷ Sul punto vd. Tribunale di Salerno, ordinanza del 13 gennaio 2013; Tribunale di Cagliari, 9 novembre 2012.

²⁸ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Costa and Pavan v. Italy*, ric. n. 54270/10, 28 agosto 2012, su cui L. POLI, *La diagnosi genetica pre-impianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1, 2013, 119 ss.; F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte Edu*, in *Rivista AIC*, 1, 2013.

²⁹ Sul cammino giudiziario della legge n. 40 cfr. S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015, 280 ss.

riale da parte del legislatore: gli effetti della scelta di negare il pluralismo, pur a fronte delle possibilità garantite dalla scienza e dalla medicina, si manifestano nella frammentazione degli interventi della giurisdizione di merito che, prima di una pronuncia trainante in sede di legittimità o di una declaratoria di incostituzionalità, non è formalmente vincolata al rispetto del precedente, e nei costi non solo economici di un modello troppo rigido e per nulla inclusivo³⁰.

L'ulteriore elemento di criticità del modello preclusivo, efficacemente posto in luce dall'articolata vicenda della procreazione medicalmente assistita, è rappresentato dal rapporto tra il fattore tempo e il formante legislativo: rispetto agli sviluppi scientifici e alle potenzialità offerte dall'avanzamento tecnologico, infatti, l'opzione per una soluzione normativa particolarmente rigida non può che recare quale effetto un incremento di quel cronico *ritardo* che impedisce al diritto di mantenere il passo con le scienze³¹. Così, i vuoti e i divieti della legge divengono terreno di interpretazione, di valutazione e – talvolta – di apertura in sede giurisdizionale, con il risultato che, venendo meno il ruolo del legislatore, è il giudice a divenire centro d'elezione per il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali, rispetto a casi singoli portati all'attenzione dei tribunali. Tali scelte, inoltre, non possono che condurre al risultato di una sostanziale delegittimazione del formante legislativo (e con esso del circuito democratico-rappresentativo) attribuendo ad un giudice l'incarico di ripristinare *ex post* e – si badi – limitatamente alle problematiche fattuali che la realtà andrà offrendo un equilibrio costituzionalmente necessario³².

3.3. Tendenze propulsive della giurisdizione e moniti al legislatore: sulla costituzionalità del divieto di assistenza al suicidio

Nello svolgersi del rapporto tra scelte normative, scienze della vita e posizioni morali individuali, alcuni recenti sviluppi in tema di assistenza al suicidio contribuiscono a mettere in luce quello che potrebbe essere definito un ruolo propulsivo del formante giurisdizionale nei confronti del legislatore.

Sono molti gli ordinamenti che prevedono un divieto, assistito da sanzioni penali per il suicidio medicalmente assistito³³; parallelamente, alcuni Stati hanno progressivamente introdotto alcune disposi-

³⁰ Su questi profili cfr. ancora S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., 287 ss. In particolare, sulla sentenza n. 96/2015, cfr. S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, 755 ss; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3, 2015.

³¹ Sul punto cfr. C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2, 2014, 83 ss; C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 131 ss.

³² Similmente anche C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 85.

³³ Si pensi, in primo luogo, alle previsioni dell'art. 579 del codice penale italiano, all'articolo 143 del codice penale spagnolo; alla s. 2 del Suicide Act 1961 nel Regno Unito. Per quanto, poi, attiene agli Stati Uniti, la materia è oggetto di regolazione differenziata a livello statale: alcuni Stati hanno disciplinato con legge il suicidio medicalmente assistito (vd. Oregon, California, Washington e Vermont); in Montana, la sentenza della Corte Suprema statale in *Baxter v. Montana* ha affermato che non vi sono ragioni per ritenere il suicidio medicalmente assistito, in determinate circostanze, contrario all'ordine pubblico statale. In molti altri Stati, invece, il suicidio assistito è sanzionato penalmente e considerato alla stregua di reati quali l'omicidio colposo o

zioni speciali volte a disciplinare la possibilità, per i malati terminali, di chiedere ad un medico l'aiuto nel mettere fine alla propria vita³⁴. In termini generali, il dibattito etico e giuridico concernente le decisioni di fine vita e, in particolare, la possibilità per le persone affette da malattie croniche gravemente invalidanti che accelerano il processo del morire o da patologie ad uno stadio terminale contrappone, da un lato, coloro che collegano l'interpretazione e l'applicazione del principio di tutela della dignità umana ad un generale diritto di autodeterminazione della persona a chi, invece, ritiene che – proprio per garantire la dignità umana anche dei soggetti più fragili – sia più opportuno un approccio che miri a proteggere la persona (anche da se stessa)³⁵.

Il riproporsi, con sempre maggiore frequenza, di questioni giurisdizionali che, in diversi ordinamenti, pongono in discussione la legittimità di tali divieti sottolinea quanto delicato possa essere il confine tra tutela dell'integrità fisica dei consociati, consenso informato ai trattamenti sanitari, libertà individuale e autodeterminazione. Situazioni mediche corrispondenti, da un lato, a malattie terminali e, dall'altro lato, a sofferenze insopportabili e, dunque, incompatibili con la vita richiedono in modo ormai sempre più pressante una valutazione e un bilanciamento da parte dei poteri dello Stato. Così, a fronte dell'elezione di una posizione particolarmente rigida da parte del legislatore (e di un mancato intervento adeguatore), sono le istanze individuali e le *storie* personali di alcuni a fungere da catalizzatore per adeguare la realtà giuridica a quella sociale³⁶.

Le questioni di fine vita costituiscono una delle tematiche più divisive nel panorama non solo giuridico, ma anche etico, filosofico e medico, degli ultimi anni e, pur non essendo questa la sede per trattare compiutamente delle diverse tesi che animano il dibattito, una riflessione circa il grado di riconoscimento del pluralismo nell'ambito del biodiritto non può non tenere in considerazione anche questo aspetto. In particolare, con riguardo alla liceità o al divieto del suicidio assistito, vi è un profilo, che potremmo definire egualitario, che merita considerazione. Ragionare sulla possibilità di determinarsi in piena autonomia sulle fasi finali della propria esistenza non può non prendere in esame la necessaria distinzione – imposta dalla natura stessa – tra coloro per i quali la decisione consta in

l'omicidio volontario. Per un quadro sinottico delle principali fonti che negli Stati Uniti disciplinano il suicidio assistito o prevedono sanzioni penali cfr. <http://euthanasia.procon.org/view.resource.php?resourceID=000132> (ultimo accesso 30.01.2016).

³⁴ Si pensi, nel vecchio continente, a Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Svizzera, e alle leggi di Oregon, California, Washington e Vermont per gli Stati Uniti.

³⁵ La letteratura giuridica sulle possibili declinazioni del principio di dignità umana è sconfinata. *Inter multis*, cfr., *inter multis*, A. RUGGERI, *Dignità versus vita*, in *Rivista AIC*, 1, 2011; A. SPADARO, *I "due" volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, in *Politica del diritto*, 3, 2014, 403 ss.; C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013; S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015; T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009; E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008.

³⁶ Un efficace esempio, in tal senso, è rappresentato dalla vicenda di Brittany Maynard, una donna quasi trentenne residente in California che, a seguito di una diagnosi di un cancro incurabile al cervello, aveva deciso di trasferirsi con il marito in Oregon, stato nel quale il *Death with dignity act* del 1994 consente ai malati terminali di chiedere ad un medico la prescrizione di un farmaco letale. La donna aveva deciso di rendere pubblica la propria decisione attraverso un blog. L'effetto generato sull'opinione pubblica e l'empatia per la sua tragica situazione personale hanno condotto l'assemblea legislativa californiana ad approvare, nell'ottobre del 2015 il *California's End of Life Option Act*. Sul punto cfr. S. ROSSI, *La scelta di Brittany e i dilemmi del diritto*, in *Persona e danno*, 6 novembre 2014.

un semplice rifiuto e coloro per i quali si renda necessario un intervento da parte di un terzo. Mutare, dunque, l'angolo visuale, spostando il *focus* dalla tipologia di intervento – omissivo, interruttivo o attivo – alle finalità che si intendono perseguire nell'ottica della migliore realizzazione del diritto all'autodeterminazione, nella cornice di un pieno consenso informato, può consentire di trattare in modo unitario delle decisioni di fine vita, evitando che le caratteristiche della patologia da cui l'individuo è affetto influiscano, in concreto, sulla possibilità di scegliere. In base a tale impostazione, sarebbe possibile «emancipare le scelte di fine vita dalle strettoie costituite dalla unica possibilità legittima di rifiutare un trattamento di sostegno vitale»³⁷.

Proprio su tali elementi e sull'esigenza che talora sia l'ordinamento ad aprirsi, anche al fine di ripristinare l'eguaglianza tra due situazioni individuali che – pur essendo analoghe – si caratterizzano per una intrinseca diversità, vi sono alcuni interventi giurisdizionali che hanno riflettuto sulla necessità di rispettare gli orientamenti valoriali di tutti i soggetti dell'ordinamento, proprio per dare realizzazione ai diritti fondamentali. Così, recentemente, la Corte Suprema canadese ha sancito l'illegittimità delle norme che puniscono il suicidio medicalmente assistito, rilevando un contrasto tra queste e le disposizioni della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* dedicate al diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona³⁸. Si tratta di una lettura delle norme della Carta fondamentale simile a quella più risalente proposta dalla Corte costituzionale colombiana nel 1997, secondo la quale va esclusa la responsabilità penale in capo al medico per omicidio pietoso, nel caso in cui il malato terminale, in condizioni di grave sofferenza, abbia manifestato una chiara volontà in tal senso. Nelle parole della Corte sudamericana, la corretta interpretazione del principio di dignità umana porta a valutare in termini pluralisti e conformemente alla struttura morale individuale il diritto alla vita, che non può essere dunque inteso in termini assoluti³⁹.

Se l'intervento interpretativo del giudice costituzionale rappresenta il canale giurisdizionale che contribuisce a garantire nella misura maggiore la certezza del diritto e i confini di applicabilità delle norme penali che sanzionano l'assistenza al suicidio, un diverso approccio da parte delle Corti supreme può consistere nella rilevazione di un potenziale conflitto tra posizioni giuridiche soggettive e tra diritti fondamentali. Tale contrasto può, in alcuni casi, essere gestito a livello giurisdizionale attraverso un monito rivolto al legislatore a compiere un adeguato bilanciamento. È questa la soluzione adotta-

³⁷ C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2015, 498.

³⁸ Si tratta del caso *Carter v. Canada*, deciso dalla Supreme Court il 6 febbraio 2015: nell'affermare che nulla può imporre al medico di agire contro la propria coscienza, nel caso in cui il malato si trovi in uno stato di sofferenza fisica o psicologica insopportabile, la Corte ha indicato nel Parlamento il soggetto istituzionale competente a svolgere un corretto bilanciamento fra posizioni potenzialmente in contrasto. Sulla stessa linea di ragionamento si pone la più recente decisione della Cour d'Appel per la Provincia del Québec (22 dicembre 2015) che, proprio sulla scorta del precedente della Corte suprema, ha affermato la non incompatibilità della legge provinciale del Québec sull'aiuto medico a morire con le norme generali del codice penale canadese. Sulla sentenza *Carter v. Canada*, cfr. M. TOMASI, *Alla ricerca di una disciplina per il suicidio medicalmente assistito in Canada: dal divieto penale a un articolato regime di controlli e cautele*, in *DPCE Online*, 2, 2015.

³⁹ Corte costituzionale colombiana, sentenza C-239 del 1997, su cui cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit. 61 ss. È stato, tuttavia, solo a distanza diciotto anni dalla sentenza che si è giunti all'adozione da parte del Ministerio de Salud y Protección Social delle linee guida che definiscono i termini del diritto "a morir con dignidad", attraverso una indicazione dei tempi, dei protocolli e degli obblighi per le amministrazioni e le strutture sanitarie del Paese (Resolución 1216 del 20 aprile 2015).

ta, ad esempio, recentemente dalla Corte Suprema del Regno Unito nel caso *Nicklinson*, nel quale è stata esclusa – per il momento – una *declaration of incompatibility* della Section 2 del Suicide Act del 1961 rispetto all’art. 8 Cedu. Secondo i giudici britannici, il *preferable forum* per una decisione circa le cause di esclusione della rilevanza penale del suicidio assistito è primariamente il Parlamento, anche se non è da escludersi la possibilità di un maggiore interventismo giurisdizionale in caso di inerzia del legislatore⁴⁰. In questo caso, la soluzione prospettata in sede interna è stata ritenuta compatibile con gli obblighi assunti dal Regno Unito rispetto alla Cedu: la Corte di Strasburgo, adita in seguito alla pronuncia citata, ha riconosciuto che riservare all’organo rappresentativo l’elaborazione di un punto di bilanciamento riguardo la tutela dei diritti fondamentali nelle complesse questioni di fine vita rientri nel margine d’apprezzamento riservato agli Stati nella disciplina di questioni sulle quali non è ravvisabile un diffuso consenso fra le Alte parti contraenti⁴¹.

Analogamente, anche in un altro ordinamento di *common law*, caratterizzato da una Costituzione rigida con un catalogo ben definito di diritti quale la Repubblica d’Irlanda, la Corte Suprema – pur ritgettando una questione relativa alla compatibilità tra il divieto di assistenza al suicidio e la tutela costituzionale del diritto alla vita, anche rispetto all’interpretazione dell’art. 8 Cedu fornita dai giudici di Strasburgo nel caso *Pretty v. the United Kingdom*⁴² – ha riconosciuto la possibilità (e l’auspicabilità) di un intervento del Parlamento, su cui poi svolgere un eventuale sindacato di legittimità costituzionale: «If such legislation was introduced it would be for the courts to determine whether the balancing by the Oireachtas of any legitimate concerns was within the boundaries of what was constitutionally permissible»⁴³. In tale contesto, il “mero” monito del giudice nei confronti del legislatore, pur non modificando il quadro normativo esistente, contribuisce comunque a registrare il mancato riconoscimento di posizioni giuridiche meritevoli di tutela e ad orientare l’esercizio della discrezionalità legislativa.

3.4. Ulteriori strumenti giurisdizionali per il pluralismo: dal modello “preclusivo” alla tutela dei diritti

Nel panorama europeo, con riferimento alle questioni eticamente sensibili, appare essere sempre più significativo il ruolo interpretativo svolto dalla Corte EDU: pur essendo propensi a riconoscere un ampio margine d’apprezzamento ai singoli Stati nella disciplina di materie sulle quali non sia possibile ravvisare un diffuso consenso, i Giudici di Strasburgo hanno, però, progressivamente indicato alcuni

⁴⁰ Il riferimento è al caso *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2014] UKSC 38, deciso dalla Corte Suprema del Regno Unito il 25 giugno 2014. È rilevante evidenziare il fatto che, all’epoca della decisione, era in corso di discussione nel Parlamento di Westminster un disegno di legge intitolato *Assisted Dying Bill*, proposto da Lord Falconer, il cui iter si bloccò dopo la prima lettura alla House of Lords. Il secondo disegno di legge su tali tematiche, *Assisted Dying (No. 2) Bill 2015-16*, non ha superato l’approvazione della House of Commons nel settembre 2015.

⁴¹ Cfr. *Nicklinson and Lamb v. the United Kingdom*, ric. nn. 2478/15 e 1787/15, decisione del 23 giugno 2015.

⁴² *Pretty v. Regno Unito*, ric. n. 2346/02, 29 aprile 2002. Le altre pronunce della Corte Edu aventi specificamente ad oggetto la questione del suicidio assistito sono *Haas v. Svizzera*, ric. n. 31322/07, 20 gennaio 2011; *Koch v. Germania*, ric. n. 497/09, 12 luglio 2012; *Gross v. Svizzera*, ric. n. 67810/10, 14 maggio 2013 (II sez.) e 30 settembre 2014 (Grand Chamber); *Nicklinson e Lamb v. Regno Unito*, ric. n. 2478/15 e 1787/15, 16 luglio 2015.

⁴³ Corte suprema irlandese, *Fleming v Ireland & ors* [2013] IESC 19, sentenza del 29 aprile 2013.

livelli minimi di garanzia dei diritti fondamentali che fungono da punto di riferimento per le Corti interne⁴⁴. Spesso, ad esempio, pur riconoscendo l'ampia possibilità per gli Stati membri del Consiglio d'Europa di regolare una determinata tematica scegliendo fra le molteplici soluzioni possibili, la Corte EDU ha affermato che, *electa una via*, il quadro normativo deve essere forgiato in modo tale da rispettare un canone di coerenza interna⁴⁵. Inoltre, la Corte è solita riconoscere la necessità che dalla previsione normativa di una facoltà in capo al singolo derivi, quale declinazione delle "obbligazioni positive" che gli Stati si sono assunti aderendo alla Convenzione, un sistema procedurale che garantisca in concreto all'individuo quanto previsto in astratto dalla legge. Lo stretto legame esistente tra l'esigenza della coerenza interna del sistema e la previsione di alcune garanzie procedurali per l'effettività dei diritti è messa in luce, ad esempio, nella sentenza *P e S v. Polonia*, del 2012, nella quale la Corte ha affermato espressamente che, fra le obbligazioni positive dello Stato, rientra anche la creazione di un «procedural framework» che permetta ad una donna che lo desidera di avere un accesso *effettivo* all'IVG⁴⁶. Permettendo ai giudici di Strasburgo di non entrare nel merito di decisioni normative nelle quali alto è il peso giocato dall'esercizio di una discrezionalità politica ancorata a valori di natura extra-giuridica, imporre il rispetto di una garanzia procedurale costituisce un efficace strumento per la tutela dei diritti e può rappresentare un metodo per mediare, in via giurisprudenziale, complessi conflitti politici e sociali⁴⁷.

In tale contesto – e non necessariamente limitando l'angolo visuale – possono infine individuarsi alcuni ulteriori strumenti interpretativi, utilizzati soprattutto nella giurisprudenza di merito, che puntano a riportare ad un'idea di giustizia "sostanziale" situazioni che, per effetto di una rigida applicazione del quadro normativo, potrebbero condurre a soluzioni irragionevoli. Sono stati, ad esempio, individuati in dottrina strumenti quali la *bioequity*, o la dottrina del doppio effetto, che possono permet-

⁴⁴ Sulla dottrina del margine d'apprezzamento utilizzata dalla Corte EDU per risolvere questioni relative alla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito in cui il diritto incrocia le scienze della vita cfr. S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2013, 1, 235 ss., disponibile sul *Forum di Quaderni Costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (ultima consultazione 30.01.2016); L. BUSATTA, *La sentenza A, B e C c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine d'apprezzamento, consenso e (un possibile) monito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, 2, 445 ss.

⁴⁵ Si tratta di quanto affermato, con riguardo alle soluzioni restrittive sull'interruzione volontaria di gravidanza, nelle sentenze *A, B e C v. Irlanda*, ric. n. 25579/05, sentenza del 16.12.2010, par. 249; *R.R. v. Polonia*, ric. n. 27617/04, sentenza del 26.05.2011, par. 187; *P. e S. v. Polonia*, ric. n. 57375/08, del 30 ottobre 2012, par. 99. Similmente, sulla procreazione medicalmente assistita, cfr. *Costa and Pavan v. Italia*.

⁴⁶ *P e S v. Polonia*, par. 99: «In particular, the State is under a positive obligation to create a procedural framework enabling a pregnant woman to effectively exercise her right of access to lawful abortion. [...] The legal framework devised for the purposes of the determination of the conditions for lawful abortion should be "shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention"». Sulla «dimensione procedurale» della regolamentazione dell'IVG cfr. Anche E. CRIVELLI, "*P. e S. c. Polonia*": la Corte di Strasburgo si pronuncia ancora sul contrasto tra il diritto teorico all'aborto legale e l'applicazione pratica della legge, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, 1, 254.

⁴⁷ In questa prospettiva e per una ricostruzione anche in chiave critica della via procedurale alla tutela dei diritti fondamentali, cfr. J.N. ERDMAN, *Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights*, in *Reproductive Health Matters*, 22(44), 2014, 25.

tere una valorizzazione dell'autodeterminazione individuale e rispetto al riconoscimento della responsabilità penale del professionista della salute⁴⁸.

Come si è avuto modo di vedere, la possibile gamma di soluzioni che le giurisdizioni hanno elaborato negli anni ed hanno ora a disposizione per risolvere le questioni attinenti al mancato riconoscimento del pluralismo assiologico – anche rispetto ai progressi delle scienze mediche – può condurre a diversi esiti e può essere valutata differientemente a seconda del parametro tenuto in considerazione, sia esso il risultato in concreto raggiunto, il livello di certezza del diritto, la soluzione del caso singolo o la prospettazione della necessità di un quadro normativo astratto per disciplinare le nuove istanze emergenti a livello sociale. Vi possono, però, essere casi nei quali la giurisdizione riconosce come – almeno momentaneamente – necessaria l'elezione di una posizione particolarmente rigida da parte del legislatore, nonostante questa comporti il mancato riconoscimento di alcune posizioni valoriali di minoranza: in questi casi – peraltro piuttosto limitati – può essere proprio lo stato d'avanzamento delle scienze a suggerire il mantenimento di un'impostazione restrittiva, in considerazione della necessità di bilanciare una pluralità di diritti soggettivi e nell'interesse della collettività⁴⁹.

4. Il modello inerte: la mancata o carente regolamentazione del pluralismo

Nel modello che potremmo definire “inerte” è possibile ravvisare un comportamento astensionista da parte del legislatore che tende, negli ordinamenti che possono essere ricondotti a questo paradigma, a non intervenire in materie eticamente sensibili. A fronte del silenzio normativo, le cui ragioni possono essere di molteplice natura, il formante giurisdizionale è chiamato a dare risposta alle istanze individuali, al fine di ristabilire un livello sostenibile di certezza *del diritto* e *dei diritti* coinvolti. In quest'ambito – ma sono considerazioni che possono essere sviluppate per ciascuno dei tre modelli proposti – il ruolo della giurisdizione è reso particolarmente arduo dalle difficili (e spesso divergenti) questioni al centro del singolo caso. Laddove scienza e diritto si incrociano, il legame tra la tutela dei diritti individuali e le scelte relative alla salute della persona fa sì che gli aspetti peculiari del caso concreto e le variabili eminentemente fattuali (prima ancora di quelle giuridiche) assumano una funzione determinante nella decisione del giudizio. Ne segue che, a livello giurisdizionale, il principio dello *stare decisis*, così come la tecnica del *distinguishing* possano giungere ad applicazioni e declinazioni che non è frequente incontrare nelle motivazioni delle decisioni rese in casi non rientranti in questo particolare ambito d'indagine. Allo stesso modo, si assiste ad un sempre più diffuso utilizzo di tali

⁴⁸ Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 161 ss.. Sulla dottrina del doppio effetto, cfr., per tutti, C. FOSTER ET AL., *The Double Effect Effect*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 20, 2011, 56ss. A tale modello può essere ricondotta anche l'elaborazione delle nuove linee guida del Director of Public Prosecution del Regno Unito che escludono, in alcuni casi, la perseguibilità penale di coloro che accompagnano i propri familiari, malati terminali, in Svizzera.

⁴⁹ Il riferimento, in questo caso, va alla sentenza del Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-458 QPC, 20 marzo 2015, in cui è stato affermato che l'obbligo di vaccinazione contro gravi patologie contagiose non viola il diritto alla salute. Secondo i giudici francesi, nel prevedere l'obbligatorietà della vaccinazione, il legislatore avrebbe perseguito la legittima intenzione di contrastare tre malattie (difterite, tetano e poliomielite) molto gravi e contagiose che attualmente non possono essere eradiccate. Una modifica delle politiche vaccinali – continua il Conseil – è possibile se finalizzata a riflettere l'evoluzione medica, scientifica ed epidemiologica; tuttavia tale compito spetta al Parlamento.

meccanismi all'interno di sentenze pronunciate in ordinamenti di *civil law*, a dispetto della loro tradizionale applicazione solamente negli ordinamenti di *common law*.

La gamma di possibili soluzioni può, così, articolarsi (i) nell'affermazione dell'impossibilità di addvenire, in sede giurisdizionale, ad un riconoscimento pieno delle istanze palesate, con l'espressione di un monito nei confronti del legislatore a disciplinare la materia; (ii) nell'elaborazione di una risposta specifica al caso concreto (applicabile, eventualmente, in futuri casi analoghi), utilizzando gli strumenti presenti in quel dato momento all'interno dell'ordinamento giuridico; (iii) nello slittamento del *focus* della decisione dal riconoscimento della tutela della singola posizione individuale portata in giudizio all'individuazione di più generali esigenze (quali l'interesse della collettività, un principio generale di giustizia sociale, ecc.), facendo sovente leva sui profili scientifici del caso concreto.

4.1. L'impossibilità di una piena integrazione del pluralismo attraverso la giurisdizione e il monito al legislatore

Una delle questioni che, nel panorama comparato, ha segnato in modo più significativo la necessità di un intervento regolatore del legislatore, proprio a fronte del proliferare di istanze e problematiche portate all'attenzione di Corti e Tribunali è quello della maternità surrogata e del riconoscimento della genitorialità in capo alla coppia committente (o ad uno dei partner). Fra i Paesi appartenenti alla *Western Legal Tradition*, alcuni hanno adottato un approccio assai restrittivo, stabilendo un divieto accompagnato da severe sanzioni penali per qualsiasi pratica di gestazione per altri (come nel caso dell'Italia); altri ordinamenti, invece, hanno scelto di regolare in modo molto preciso e articolato tanto l'applicazione delle tecniche di riproduzione assistita in questi casi particolari quanto le posizioni giuridiche di tutti i soggetti coinvolti⁵⁰. Vi sono Stati, in cui, infine, il legislatore ha lasciato aperto ad un tendenziale *laissez faire* la formulazione degli accordi per la gestazione per altri, senza intervenire né con divieti né con testi normativi volti a disciplinare le singole situazioni.

In Irlanda, ad esempio, a fronte del silenzio del legislatore, le Corti sono già state ripetutamente chiamate a pronunciarsi su casi relativi per lo più al riconoscimento della genitorialità in capo alla coppia committente, soprattutto con riguardo alla controversa questione dell'attribuzione della maternità, in deroga al tradizionale principio *mater semper certa est*. In assenza di un preciso orientamento del legislatore, è l'organo giurisdizionale il soggetto chiamato a riportare la certezza nei rapporti giuridici venutisi a creare; di conseguenza, alla giurisprudenza è lasciato un forte ruolo di *integrazione* del diritto, pur nella consapevolezza del rischio che – anche in dipendenza delle variabili fattuali dei casi concreti portati all'attenzione dei Tribunali – possano riscontrarsi divergenze nell'interpretazione e nell'applicazione dei principi generali.

Così, proprio con riguardo al riconoscimento della genitorialità in capo alla madre committente (e, nella specie, anche genetica) in un caso di maternità surrogata, la High Court irlandese, nel considerare rilevante la situazione di fatto venutasi a creare, l'interesse dei minori e la necessità di una certezza dei rapporti giuridici intersoggettivi ha affermato: «This issue has implications for surrogate mothers, commissioning parents and, more importantly, for the resulting child. Therefore, an interference with the *mater semper certa est* principle in those circumstances, even if it were open to the

⁵⁰ Per esempio, nel Regno Unito, in base alle previsioni del Human Fertilisation and Embryology Act 2008, che ha modificato il Surrogacy Arrangements Act 1985.

Court, which the respondents say it is not, is not something that the Court should contemplate in the particular circumstances of this kind of sensitive issue». Facendo, quindi, leva sul legame genetico che univa la madre committente ai gemelli, la Corte riconosce la possibilità di derogare alla presunzione in base alla quale madre è la donna che partorisce e ordina la registrazione della ricorrente nel certificate di nascita dei minori⁵¹.

In seguito all'impugnazione della pronuncia da parte del Governo, la Corte Suprema ha rovesciato la decisione, stabilendo che l'attribuzione della genitorialità nei casi di gestazione per altri non può che essere disciplinata dal Parlamento, per garantire la certezza del diritto e la tutela di tutte le posizioni coinvolte: un precedente giurisprudenziale su una questione tanto delicata potrebbe, secondo i giudici supremi irlandesi, condurre anche alla mancanza di riconoscimento della genitorialità in capo ad una donna che dovesse ricorrere alla donazione di gameti⁵².

A prescindere dall'oggetto concreto della pronuncia, si tratta di una sentenza particolarmente interessante per un ordinamento di *common law*, dal momento che i giudici affermano espressamente la necessità di un intervento legislativo e la conseguente impossibilità per un organo giurisdizionale di intervenire in modo innovativo in una tematica dai profili al contempo tanto delicati e complessi⁵³.

Il tema dei diritti di genitorialità connessi alla maternità surrogata sta coinvolgendo moltissime giurisdizioni soprattutto nei Paesi appartenenti alla *Western legal tradition*⁵⁴, ponendo in evidenza la necessità che il diritto si renda, sempre più, garante della tutela dei diritti individuali nei settori caratterizzati da un rapido sviluppo scientifico. Accanto a ciò, emerge l'irrinunciabile ruolo "ordinatore" di un diritto, per il quale la definizione di «mediatore dei conflitti sociali» non appare più sufficiente a descrivere la complessità dei fenomeni che lo stesso è chiamato a regolare.

4.2. L'elaborazione di una soluzione sulla base degli strumenti disponibili

Una delle possibili reazioni del formante giurisdizionale al silenzio del legislatore è individuabile nell'elaborazione di una risposta specifica al caso concreto, che possa, eventualmente trovare applicazione anche in futuri casi analoghi, sulla base degli strumenti disponibili in quel dato momento all'interno dell'ordinamento giuridico. Si tratta, in altre parole, di un'operazione interpretativa della giurisprudenza che, non trovando una fonte specifica per la risoluzione della fattispecie all'interno dell'ordinamento, fa leva sui principi generali, sull'interpretazione delle norme costituzionali e su altri

⁵¹ Irlanda, High Court, M.R & Anor -v- An tArd Chlaraitheoir & Ors [2013] IEHC 91 (5 marzo 2013).

⁵² Corte Suprema irlandese, M.R. and D.R [2014] IESC 60 (7 novembre 2014).

⁵³ Corte Suprema irlandese, M.R. and D.R, cit.: «The gravity, range and policy dimensions of these questions are such that they might be more appropriately addressed in the Oireachtas, rather than the Courts».

⁵⁴ Cfr. a mero titolo esemplificativo, in Italia, Cassazione, sez. I civ., sent. n. 24001/2014, 12 novembre 2014; nel Regno Unito, High court of justice, nei casi D and L (Surrogacy) [2012] EWHC 2631 (Fam) 28 settembre 2012; Re X (A Child) (Surrogacy: Time limit) [2014] EWHC 3135 (Fam) 3 ottobre 2014; Re D (A Child) [2014] EWHC 2121 (Fam) 19 marzo 2014; in Spagna, Tribunal Supremo, sent. n. 835/2013 del 6 febbraio 2014; Corte di Giustizia UE, C-167/12, *Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne (Regno Unito) c. C.D./S.T* e C-363/12, *Equality Tribunal (Irlanda) c. Z/A Government Department, the Board of Management of a Community School*, entrambe del 18 marzo 2014, su cui A. MATTEI, M. TOMASI, *Corte di giustizia UE e maternità surrogata: congedo lavorativo retribuito fra margine di apprezzamento, coerenza e non discriminazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2014, 1409 ss.; Corte Edu, *Paradiso and Campanelli c. Italia*, ric. no. 25358/12, 27 gennaio 2015; *Labassee v. France*, ric. n. 65941/11 e *Menesson v. France*, ric. n. 65192/11, entrambe del 26 giugno 2014.

elementi già presenti nel sistema. In tali situazioni, come ora si vedrà, a fronte del perdurante silenzio del legislatore, è possibile individuare una via per la gestione del pluralismo e per il riconoscimento delle necessarie garanzie alle posizioni individuali che richiedono tutela. Si tratta, tuttavia, di un modello non esente da rischi, dal momento che la diretta gestione del pluralismo da parte della giurisdizione, come si è visto anche in riferimento al modello “preclusivo”, può risultare problematica quanto alle modalità, ai tempi e ai costi necessari per addivenire ad una decisione e può condurre a soluzioni non sempre coerenti dal punto di vista della certezza del diritto.

Particolarmente efficace, per rappresentare le caratteristiche appena descritte, è l'esempio della mancata adozione, da parte del legislatore italiano, di un atto normativo completo per disciplinare la raccolta, la validità e la durata della direttive anticipate di trattamento rese da un soggetto, in vista di una sua eventuale, futura incapacità. A fronte del silenzio del legislatore, numerosi sono gli organi giurisdizionali che – ad oggi – sono stati chiamati a intervenire sul punto.

Le note vicende giudiziarie legate al caso Englaro hanno condotto, non senza un costo in termini di tempo e di impegno per una molteplicità di organi⁵⁵, all'affermazione di alcuni importanti principi in tema di consenso informato e di possibilità di decidere sull'interruzione dei trattamenti anche nel caso in cui il paziente non sia più capace di esprimere la propria volontà. Così, le condizioni per il distacco degli strumenti che garantiscono la nutrizione e l'idratazione artificiale in pazienti in stato vegetativo irreversibile sono state individuate nei due principali criteri dell'irreversibilità dello stato vegetativo e della possibilità di ricostruire la volontà della persona «in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti»⁵⁶.

Un ulteriore sviluppo di tali istanze ha condotto ad un interessante filone di interventi giurisprudenziali, relativi a ricorsi civili presentati da soggetti capaci che chiedevano per sé la nomina di un amministratore di sostegno cd. *pro futuro*, ossia in caso di una loro eventuale futura incapacità⁵⁷. Così come si è sottolineato *supra*, anche in questo caso, l'esito di una pronuncia giurisdizionale è necessariamente condizionato dalle variabili fattuali della fattispecie in concreto decisa dal giudice. In un ricorso deciso dal Tribunale di Modena nel 2008 viene nominato un amministratore di sostegno a beneficio di una donna ancora capace, ma affetta da sclerosi laterale amiotrofica che avrebbe condotto, in tempi brevi, alla necessità di una ventilazione invasiva (che la stessa avrebbe rifiutato)⁵⁸; diversamente, in un'ordinanza del giudice tutelare di Cagliari dell'anno successivo, la ricorrente, non affetta da alcuna patologia, chiedeva la nomina di un amministratore di sostegno *pro futuro* estraneo al nu-

⁵⁵ Per una ricostruzione delle tappe giurisdizionali della vicenda Englaro, cfr. il fascicolo 2, 2005 della rivista *Bioetica* e P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, 231 ss. Sul caso Englaro sono intervenuti, oltre alla Cassazione civile, con la nota sentenza n. 21748/2007, anche la Corte costituzionale, ord. n. 334/2008, pronunciata nell'ambito di un conflitto di competenze sollevato dalla Camera e dal Senato proprio nei confronti della pronuncia menzionata, e il Consiglio di Stato, con la sentenza n. sent. n. 04460/2014. Tutte le pronunce sul caso Englaro sono disponibili a questo indirizzo <http://www.unipv-lawtech.eu/la-lunga-vicenda-giurisprudenziale-del-caso-englaro.html> (ultima consultazione 30.01.2016).

⁵⁶ Cass. civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, punto 8.

⁵⁷ Per esempio, si vedano le sentenze Trib. Modena 13 maggio 2008; Tribunale Bologna, 4 giugno 2008; Tribunale Vibo Valentia, sez. distaccata Tropea, 30 novembre 2005; Tribunale Roma, 21 dicembre 2005; Corte d'Appello Cagliari 16 gennaio 2009; Trib. Cagliari, giudice tutelare, sent. 22 ottobre 2009.

⁵⁸ Trib. Modena 13 maggio 2008.

cleo familiare poiché, nel caso di una sua futura ed eventuale incapacità, i propri prossimi congiunti non avrebbero fatto rispettare le sue volontà⁵⁹.

A determinare una battuta d'arresto lungo un percorso che avrebbe, probabilmente, condotto ad un abuso dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, a fronte di una percepita incertezza circa il quadro normativo applicabile per le decisioni di fine vita in caso di incapacità del paziente, è stata una pronuncia della Cassazione civile del 2012, intervenuta sulla distinzione tra designazione (quale atto privato) e nomina (il decreto giudiziale) dell'amministratore. Nel caso di completa capacità della persona, di uno stato generale di salute e, dunque, dell'inesistenza di esigenze concrete e attuali di protezione è da escludersi – secondo i giudici – la possibilità di nomina di un amministratore, mentre rimane possibile la designazione della persona da nominare da parte dell'eventuale e futuro beneficiario, trattandosi di un atto privato che potrà in seguito fungere da orientamento per il giudice tutelare⁶⁰.

Lo svolgersi dei rapporti tra pluralismo sociale, tendenziale assenza del legislatore nel fornire una disciplina unitaria delle dichiarazioni anticipate di trattamento e ruolo della giurisdizione ha dato vita, in questo contesto, ad un fenomeno dai tratti carsici: a fronte del silenzio legislativo, le istanze individuali hanno trovato una via alternativa per raggiungere un adeguato livello di riconoscimento da parte dell'ordinamento. Il ruolo del giudice diviene, in questi casi, strumentale rispetto all'applicazione (probabilmente *oltre* le finalità inizialmente ipotizzate dal legislatore) di un istituto dai tratti sufficientemente elastici da potersi adattare ad una molteplicità di situazioni e di bisogni concreti⁶¹.

4.3. Silenzi legislativi e ritardi v. adeguamenti giurisdizionali

Un'ultima riflessione circa gli sbocchi giurisdizionali del modello "astensivo-inerte", nel quale (più o meno consapevolmente) il legislatore non interviene in settori caratterizzati da un rapido sviluppo scientifico e, di conseguenza, non adegua il mondo giuridico alla parallela realtà scientifica e sociale è rappresentato da quei casi nei quali dal riconoscimento della tutela della singola posizione individuale deriva l'affermazione di un principio di carattere generale.

Con riguardo, ad esempio, all'estensione del principio del consenso informato, uno degli ambiti in cui appare particolarmente interessante il ruolo interpretativo del giudice concerne la definizione dei contenuti dell'obbligo di informazione gravante sul medico nei confronti del paziente. Nella sentenza *Montgomery*⁶², resa dalla Corte Suprema britannica nel 2015, i giudici hanno espressamente collegato il diritto della persona ad essere pienamente informato sui rischi e sui trattamenti medici cui esse-

⁵⁹ Trib. Cagliari, giudice tutelare, sent. 22 ottobre 2009.

⁶⁰ Cass., sez. I civ., sent. 20 dicembre 2012, n. 23707. Sul punto M. PICCINI, U. ROMA, *Amministrazione di sostegno e disposizioni anticipate di trattamento: protezione della persona e promozione dell'autonomia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 2014, 727 ss.; B. VIMERCATI, *Dai requisiti di attivazione dell'amministrazione di sostegno alla necessità dell'interposizione del legislatore in materia di decisioni di fine vita*, in *Rivista AIC – Osservatorio costituzionale*, 2013.

⁶¹ Sulle potenzialità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno rispetto alla diversità dei bisogni dei potenziali beneficiari cfr., con specifico riguardo al mondo delle disabilità, A.D. MARRA, *Disabilità*, in *Digesto delle discipline privatistiche sez. civile*, aggiornamento, Torino, 2010, 555-561.

⁶² *Montgomery v. Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11 (11 marzo 2015).

re sottoposto al diritto al rispetto della vita privata e familiare (*ex art. 8 Cedu*), come interpretato dalla Corte di Strasburgo; la mancanza di tali informazioni costituisce un motivo di responsabilità medica⁶³. In questo contesto, il sindacato operato dai giudici trova completamento attraverso l'ingresso, nel giudizio, di elementi extra-giuridici, portati all'attenzione della Corte attraverso perizie, «experts' opinions», linee guida mediche e cliniche, che contribuiscono a integrare, nelle decisioni giurisdizionali, gli elementi della *evidence-based medicine*⁶⁴.

A prescindere dalle possibili critiche relative ad una iper-standardizzazione della pratica clinica e alla conseguente mancata considerazione della situazione individuale del paziente⁶⁵, ciò che in questa sede è rilevante osservare concerne la possibilità, da parte dell'organo giudicante, di elaborare un *test* generale che consenta di valutare il rispetto dell'obbligo di informazione da parte del medico, alla luce dello stato attuale delle conoscenze scientifiche. Così, nella menzionata sentenza *Montgomery*, la Corte Suprema ha modificato il criterio di valutazione precedentemente adottato⁶⁶, individuando dettagliatamente gli obblighi informativi gravanti sul medico nei confronti del paziente, la cui violazione comporterà una responsabilità per *negligence*: «The doctor is therefore under a duty to take reasonable care to ensure that the patient is aware of any material risks involved in any recommended treatment, and of any reasonable alternative or variant treatments. The test of materiality is whether, in the circumstances of the particular case, a reasonable person in the patient's position would be likely to attach significance to the risk, or the doctor is or should reasonably be aware that the particular patient would be likely to attach significance to it»⁶⁷.

Similmente, vi sono alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione che intervengono proprio sul contenuto, sulla tipologia e sull'estensione delle informazioni di carattere sanitario che il medico deve fornire al paziente per acquisire il consenso informato. La questione si è resa, negli ultimi anni, particolarmente rilevante nel settore della responsabilità medica, in ragione del vastissimo (e in alcuni casi incontrollato) flusso di dati ai quali ogni paziente può potenzialmente accedere attraverso la rete e in funzione della necessaria e irrinunciabile attività di mediazione spettante al professionista della salute, in qualità di depositario di un *sapere* tecnico e scientifico. Così, risulta interessante registrare, ad esempio, l'attenzione posta dalla Cassazione sulle modalità di comunicazione: il medico deve *adattare* il linguaggio e la presentazione delle informazioni alle capacità culturali e cognitive del paziente⁶⁸. La violazione del principio del consenso informato per la mancanza di una completa in-

⁶³ In particolare, *Montgomery*, par. 75: «One development which is particularly significant in the present context is that patients are now widely regarded as persons holding rights, rather than as the passive recipients of the care of the medical profession».

⁶⁴ K. SYRETT, *Courts, expertise and resource allocation: is there a judicial "legitimacy problem"?*, in *Public Health Ethics*, 2, 2014, 112 ss.

⁶⁵ K. SYRETT, *Courts, expertise and resource allocation: is there a judicial "legitimacy problem"?*, cit., 115.

⁶⁶ Il precedente è rappresentato dal caso *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* [1985] AC 871, deciso dalla House of Lords, nel quale i giudici ritennero applicabile il *Bolam test* (il tipo di giudizio utilizzato per valutare la responsabilità per *negligence* dei professionisti) anche al momento della comunicazione, da parte del medico, delle informazioni necessarie ad acquisire il consenso del paziente.

⁶⁷ *Montgomery*, par. 87. Cfr. R. Heywood, *R.I.P. Sidaway: Patient-Oriented Disclosure – A Standard Worth Waiting For?: Montgomery v Lanarkshire Health Board*[2015] UKSC 11, in *Medical Law Review*, 3, 2015, 455.

⁶⁸ V. Cass. civ., sez. III, sent. 20.08.2013, n. 19220: «l'informazione deve sostanziarsi in spiegazioni dettagliate ed adeguate al livello culturale del paziente, con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare

formativa comporta, per il paziente, il diritto al risarcimento del danno per la lesione del diritto all'autodeterminazione⁶⁹. Tuttavia, proprio la più recente giurisprudenza del giudice di legittimità evidenzia alcuni possibili punti di frizione nella relazione tra diritto all'informazione del paziente, principio del consenso informato e responsabilità medica per una incompleta o carente comunicazione⁷⁰.

Le questioni inerenti la configurabilità della responsabilità medica rispetto all'acquisizione del consenso informato mettono in evidenza la mobilità dei confini delle obbligazioni gravanti sul sanitario, in relazione al rapido avanzamento delle conoscenze mediche e alla correlata disponibilità di informazioni per il paziente. Oltre al profilo scientifico e tecnologico, anche la dimensione assiologia e le diverse inclinazioni soggettive rispetto alla dimensione "negativa" del *diritto a sapere* influiscono sulla costruzione della relazione terapeutica e, di conseguenza, non possono non essere oggetto di valutazione in sede di giudizio. Gli interventi giurisdizionali, presi in esame in questo contesto, pongono in luce, da un lato la sempre più crescente necessità che elementi e fattori di carattere scientifico entrino nel giudizio, ai fini di una "oggettivazione" dei parametri utilizzati dal giudice per valutare l'operato del medico; dall'altro lato, tuttavia, un'enfasi altrettanto determinante si pone sulle esigenze di "soggettivizzazione" del rapporto terapeutico, in relazione alle inclinazioni individuali del paziente. Il mancato adeguamento del formante legislativo a queste nuove esigenze determina, dunque, una maggiore centralità della funzione giurisdizionale, chiamata a definire un complesso bilanciamento tra diritti a fronte del mutamento del quadro scientifico e sociale di riferimento. Nonostante sia innegabile che il passo sia segnato, in questi casi, dalle pronunce dei giudici, non si possono, però, dimenticare i rischi e i profili critici – peraltro già evidenziati nei paragrafi precedenti – legati ai costi delle azioni in giudizio e all'eventualità di una disomogeneità degli interventi giurisdizionali.

stato soggettivo e del grado delle conoscenze specifiche di cui dispone». Dal punto di vista della corrispondenza del dato giuridico rispetto al dato valoriale e, in questo caso, anche all'etica professionale, è interessante osservare come, su questo fronte, sia stiano muovendo molte associazioni di medici. Sono i sanitari stessi, in alcuni casi, a rendersi promotori della diffusione di un'etica per una consapevole informazione per il paziente e per l'elaborazione di un consenso informato graduale, modulato sulle specifiche caratteristiche (non solo cliniche, ma anche morali) del paziente. A titolo esemplificativo cfr. SOCIETÀ ITALIANA DI CURE PALLIATIVE, *Informazione e consenso progressivo in Cure Palliative: un processo evolutivo condiviso* – *Raccomandazioni della SICP*, 28 ottobre 2015, reperibile all'indirizzo internet <http://www.sicp.it/web/eventi/SICP/documenti.cfm> (ultima consultazione 30.01.2016).

⁶⁹ Così Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass. civ., sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847; Cass. civ., sez. III, 20 agosto 2013, n. 19220.

⁷⁰ Cfr. Cass., sez. III civ., sent. n. 25559/2011; Cass., sez. III civ., sent. n. 27528/2013; Cass., sez. III civ., sent. n. 16754/2012. Da ultimo, proprio per risolvere le divergenze interpretative sulla configurabilità del diritto al risarcimento dei danni dovuti alla mancata informazione del medico nei confronti della donna durante la gestazione (e della conseguente impossibilità di ricorrere all'aborto terapeutico), la III sezione civile della Cassazione, con l'ordinanza interlocutoria n. 3569 del 23 febbraio 2015, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, che si sono pronunciate con sent. n. 25767/2015. Interessa osservare che, a pochissimi giorni di distanza dalla pronuncia delle SS.UU., la III sezione civile interveniva su una questione analoga, giungendo a conclusioni divergenti: Cass. Civ., Sez.III, sent. n. 24220/2015. Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale sul punto, cfr. L. CONTE, *Danno da nascita indesiderata e danno da nascita malformata: la parola alle sezioni unite*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2015, 2, 261-272.

5. Da un modello integrativo...

Nel terzo modello proposto, il pluralismo assiologico ottiene riconoscimento dal formante legislativo, anche grazie all'interazione tra una pluralità di canali decisionali. Attraverso l'elaborazione di soluzioni normative capaci di lasciare il giusto spazio per l'assunzione delle decisioni in materie eticamente sensibili o scientificamente controverse anche a sedi extra-giuridiche, le diverse opzioni morali individuali ottengono tutte (almeno in astratto) adeguata tutela all'interno dell'ordinamento. Il dato scientifico, nel modello integrativo, rappresenta un fattore determinante tanto per l'adozione di una bilanciata soluzione legislativa quanto ai fini dell'elaborazione di una eventuale decisione giurisdizionale.

Alla luce di tale quadro, il ruolo che il formante giurisdizionale è chiamato a svolgere si differenzia da quanto osservato nei modelli *supra* trattati: se il pluralismo sociale e il fattore scientifico ottengono, già a livello normativo, riconoscimento e autonomia, le Corti e i tribunali possono essere considerati – a seconda delle problematiche in concreto prese in esame – (i) luoghi d'elezione per il riconoscimento di *nuove* istanze, derivanti da quelle già riconosciute e tutelate; (ii) strumenti di verifica del necessario adeguamento e aggiornamento al fattore scientifico del quadro giuridico di riferimento; (iii) i soggetti chiamati a svolgere un controllo sull'effettività e sul concreto funzionamento delle norme astratte (eventualmente anche al fine di evitare o reprimere potenziali *abusi* dei diritti garantiti).

Gli elementi identificativi di un approccio giuridico che tenda all'integrazione del pluralismo possono essere individuati, quindi, nella previsione (più o meno codificata) di meccanismi di previa concertazione delle scelte normative tra gli *stakeholders* e i principali destinatari delle nuove norme, nell'inclusione di elementi extra-giuridici (*in primis*, il fattore scientifico) nel procedimento decisionale (legislativo e giurisdizionale) e nella previsione di strumenti normativi mirati a conciliare le diverse posizioni assiologiche (si pensi all'obiezione di coscienza).

A questo proposito, si dimostra significativa l'esperienza maturata nel Regno Unito nella disciplina della procreazione medicalmente assistita. In questo ordinamento, l'articolato sistema previsto dallo *Human Fertilisation and Embryology Act del 1990* e dalle sue successive modificazioni, ha consentito di mantenere alto il livello di garanzia dei diritti individuali relativi alla sfera della riproduzione assistita, in un settore nel quale l'incessante avanzamento delle tecnologie richiede al diritto un periodico aggiornamento e una verifica della tenuta in concreto dei principi che, attraverso le previsioni di legge, trovano attuazione⁷¹.

Costituisce un esempio significativo dell'evoluzione del rapporto tra diritto, scienza e pluralismo sociale l'approccio giuridico alle questioni inerenti il transessualismo, con riguardo all'esperienza italiana. Analogamente a quanto avviene anche oggi in presenza di un ostacolo giuridico nell'ordinamento di appartenenza⁷², a partire dagli anni '70, molte Corti erano state chiamate a pronunciarsi su richie-

⁷¹ Per un completo quadro della legislazione sulla PMA nel Regno Unito cfr. S.A.M. MCLEAN, *La fecondazione medicalmente assistita nel Regno Unito: il dibattito sulla regolazione giuridica*, in C. CASONATO, T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 93 ss. Sui più recenti sviluppi, cfr. S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., *passim*.

⁷² Si pensi al fenomeno del cd. "turismo riproduttivo", soprattutto con riguardo all'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, *inter multis*, cfr. W. VAN HOOF, G. PENNINGS, *Extraterritoriality for cross-border reproductive*

ste di persone che avevano modificato i propri caratteri sessuali all'estero e che chiedevano all'anagrafe la rettifica dell'attribuzione del sesso. Nel 1979, la Corte costituzionale, adita in via incidentale sulla legittimità delle disposizioni del codice civile che impedivano il riconoscimento del nuovo sesso, aveva inizialmente escluso la riconducibilità del diritto all'identità sessuale alla tutela offerta dall'art. 2 Cost.⁷³. Fu, a breve distanza, la legge n. 164/1982 a disciplinare le modalità per la rettifica dell'attribuzione di sesso e ad offrire, dunque, una risposta giuridica alle istanze emergenti a livello sociale e rese possibili dall'avanzamento della medicina. La Corte costituzionale, nell'ambito di un giudizio di legittimità sollevato dalla Cassazione nel 1983, ebbe ben presto l'occasione di affermare che la legge *de qua* prendeva atto del particolare bisogno di alcuni soggetti, nei termini prospettati dalla scienza medica, e si collocava «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale»⁷⁴.

Più recentemente, la Corte è tornata ad occuparsi della legge n. 164/1982, con riguardo alla possibilità di rettificare l'attribuzione del sesso in assenza di un intervento chirurgico. Con una interessante sentenza interpretativa di rigetto, la Consulta, richiamando anche una pronuncia della Cassazione di poco antecedente, ha affermato che «il trattamento chirurgico costituisce uno strumento eventuale, di ausilio al fine di garantire, attraverso una tendenziale corrispondenza dei tratti somatici con quelli del sesso di appartenenza, il conseguimento di un pieno benessere psichico e fisico della persona»⁷⁵. La decisione circa le modalità di effettuare il proprio percorso di transizione, dunque, spetta al singolo, con l'assistenza del medico e degli altri specialisti e non è necessariamente vincolata all'intervento chirurgico.

L'evoluzione interpretativa del testo di legge serve a porre in luce come, in alcuni casi, l'intervento giurisdizionale possa costituire lo strumento per riconoscere – a norme invariate – nuove istanze tutelabili, la cui emersione è resa possibile dall'avanzamento delle conoscenze mediche. In questo caso, il tessuto normativo, concepito per integrare i bisogni appartenenti a una minoranza, si dimostra sufficientemente elastico da potersi adattare allo sviluppo scientifico e da mantenere il passo con il necessario mutamento dei bisogni sociali.

Paragonabile a tale andamento è anche l'articolata vicenda giurisdizionale relativa al riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini nel caso di persona nata da una donna che ha dichiarato al momento del parto di non voler essere nominata nel certificato di nascita del figlio⁷⁶. Così come av-

care: should states act against citizens travelling abroad for illegal infertility treatment?, in European Journal of Health Law, 19(2), 2012) 187. Alla ricerca all'estero di trattamenti proibiti o limitati nel proprio Paese d'origine corrisponde anche l'accesso delle donne irlandesi all'interruzione di gravidanza nel Regno Unito, su cui A. MULLIGAN, The Right to Travel for Abortion Services: A Case Study in Irish 'Cross-border Reproductive Care', in European Journal of Health Law, 22(3), 2015, 329.

⁷³ C. cost., sent. n. 98/1979. Cfr. A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, Milano, 2013, 30.

⁷⁴ C. cost., sent. n. 161/1985, par. 4 considerato in diritto.

⁷⁵ C. cost., sent. n. 221/2015, par. 4.1 del considerato in diritto. Solo alcuni mesi prima sulla stessa questione era intervenuta anche la Cassazione (Cass., sez. I civ., 21 maggio – 20 luglio 2015, n. 15138). Per una nota di commento cfr. G. MAESTRI, *Cambio di sesso senza intervento sui genitali: dalla Cassazione* «Con juicio, pero adelante», in *BioLaw Journal*, 2015, 3, 209 ss.

⁷⁶ Non è purtroppo possibile, in questa sede, ripercorrere compiutamente l'intero sviluppo della giurisprudenza italiana sulla controversa questione del parto anonimo e del diritto del figlio, una volta raggiunta la maggiore

venuto con la disciplina del transessualismo, anche in questo caso, a fronte di un quadro normativo di carattere inclusivo, all'interno del quale trovano tutela una molteplicità di posizioni morali individuali diversificate, il mutamento della società e l'evoluzione dei bisogni hanno fatto emergere l'esigenza del riconoscimento giuridico – necessariamente per via giurisdizionale – di un'ulteriore dimensione valoriale non (ancora) ricompresa nel quadro normativo di riferimento. In questo caso, l'accoglimento parziale della questione di legittimità costituzionale (sentenza n. 278/2013) ha permesso, attraverso un mutamento *minimo* dell'assetto legislativo, l'apertura alla tutela del diritto per il figlio adottivo non riconosciuto alla nascita di accedere a informazioni circa le proprie origini⁷⁷.

Altre volte, invece, può accadere che la giurisdizione divenga il luogo per la verifica della conformità di un testo legislativo rispetto al mutamento dello stato delle conoscenze scientifiche. In questo caso, il compito che il giudice è chiamato a svolgere è quello di un controllo della compatibilità scientifica del quadro normativo a fronte della fattispecie presentata all'attenzione della Corte. I risultati di tale operazione, naturalmente, possono variare a seconda della problematica presentata all'attenzione dell'organo giudicante, del grado di condivisione delle risultanze scientifiche rilevanti, nonché della struttura del testo normativo. Quest'ultimo può comprendere formule tali da consentire, in via interpretativa, l'inclusione della presa d'atto del mutato contesto scientifico (come avvenuto con la più recente pronuncia della Corte costituzionale con riferimento al transessualismo), oppure potrebbe dimostrarsi non più adatto a disciplinare un settore caratterizzato da un significativo mutamento dei riferimenti scientifici, imponendo un nuovo intervento del legislatore⁷⁸.

Rappresenta efficacemente questo svolgersi del rapporto tra giurisdizione e formante legislativo una sentenza della Corte di Giustizia UE, resa nell'ambito di una domanda di pronuncia pregiudiziale concernente l'interpretazione della direttiva sui requisiti del sangue e degli emocomponenti⁷⁹. I giudici di Lussemburgo, interrogati sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di un decreto del Ministero della Salute francese che prevedeva una controindicazione permanente alla donazione di sangue nel caso di un uomo che avesse avuto rapporti sessuali con un altro uomo, osservavano che una tale limitazione deve rispettare il requisito della proporzionalità di cui all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali. Nello specifico, secondo la Corte, tale valutazione non può che essere effettuata alla luce

età, di conoscere l'identità della madre biologica. Si rinvia, pertanto, ai riferimenti raccolti nella pagina dedicata del sito BioDiritto: <http://www.biodiritto.org/index.php/item/763-milano-parto-anonimo> (ultima consultazione 30.01.2016) e alle sentenze ivi riportate. In particolare, nell'arco degli ultimi due anni, in seguito alla sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Godelli c. Italia* (ric. n. 33783/09, del 25 settembre 2012) e alla di poco successiva pronuncia della Corte costituzionale n. 278/2013, alcuni Tribunali italiani sono stati chiamati a pronunciarsi sulla richiesta di nati da donne che avevano chiesto di non essere nominate al momento del parto di poter conoscere l'identità della propria madre biologica (per esempio, Trib. Milano, sez. I, sentenza 14 ottobre 2015 n. 11475; Tribunale per i Minorenni di Trieste, decreto dell'8 maggio 2015; Corte d'Appello di Catania, decreto del 12 novembre 2014; Corte d'Appello di Torino, decreto del 5 novembre 2014).

⁷⁷ Per ulteriori spunti cfr. V. BALDINI, *Diritti fondamentali e processi (a volte incompiuti...) di creatizzazione: il caso del diritto alla conoscenza dell'origine biologica nella giurisprudenza costituzionale tedesca ed italiana*, in www.dirittifondamentali.it, 3 febbraio 2014; A RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Consulta Online*, 2014.

⁷⁸ In questo caso, il rapporto tra giurisdizione e formante legislativo si avvicina a quanto descritto in riferimento al modello "inerte".

⁷⁹ Si tratta della sentenza C-528/13, *Léger*, del 29 aprile 2015.

delle attuali conoscenze mediche, scientifiche ed epidemiologiche e sulla base di dati affidabili e rilevanti: si tratta, in altre parole, di parametrare le finalità perseguite dalle norme restrittive sul divieto di donazione (ossia la tutela della salute pubblica) rispetto agli strumenti che la scienza mette attualmente a disposizione per controllare la diffusione del virus HIV. Nel rimandare, dunque, la questione al giudice del rinvio, la Corte di Giustizia indica i criteri che dovranno guidare il sindacato sulla norma: «Spetta al giudice del rinvio verificare se, in una simile situazione e nell'ambito del rispetto del principio di proporzionalità, esistano tecniche efficaci di ricerca dell'HIV per evitare la trasmissione ai riceventi di tale virus, *fermo restando che i test devono essere praticati secondo le procedure scientifiche e tecniche più recenti*»⁸⁰. In simili situazioni, l'avanzamento delle tecnologie in medicina potrebbe consentire un grado più elevato di integrazione del pluralismo, evitando esclusioni (prima ragionevoli; ora meno giustificate) e individuando una modalità più efficiente per i necessari controlli a tutela della sicurezza e della salute della collettività.

Un'ultima declinazione del modello integrativo riguarda l'inclusione, nel formante legislativo, di strumenti volti a garantire il pluralismo quali, ad esempio, l'obiezione di coscienza oppure la previsione di clausole d'eccezione⁸¹. Paradigmatiche sono, a riguardo, le previsioni legislative sull'interruzione volontaria di gravidanza nel nostro ordinamento (legge n. 194/1978), che operano un ragionevole bilanciamento tra le posizioni giuridiche coinvolte e che, anche con riguardo al dato medico-scientifico, paiono essere strutturate in modo coerente. Ciononostante, alcune problematiche emergenti nella fase applicativa della legge (si pensi all'alta incidenza dell'obiezione di coscienza⁸²) dimostrano che per la costruzione di un modello di pluralismo sostenibile sia necessario tenere in considerazione anche il profilo dell'effettività⁸³. Proprio a tale proposito, significativa risulta, da un lato, la recente decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali⁸⁴, che ha condannato l'Italia per la violazione delle previsioni della Carta Sociale Europea sul diritto alla salute, rilevando la mancata adozione da parte delle strutture sanitarie del Paese di strumenti organizzativi idonei a garantire l'effettività del diritto. Dall'altro lato, e in modo analogo, si segnala una altrettanto recente pronuncia

⁸⁰ C-528/13, *Léger*, cit., par. 63.

⁸¹ Sulla previsione di clausole d'eccezione o valvole di sicurezza, cfr. L. BUSATTA, *Diritto alla salute e principio d'eguaglianza: può un'eccezione fare la differenza?*, in S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto*, Napoli, 2015, 181 ss. Sull'obiezione di coscienza quale strumento del pluralismo, si veda il contributo di Cinzia Picocchi in questo fascicolo.

⁸² A tale proposito, vd. i dati raccolti annualmente nella relazione sullo stato d'attuazione della legge presentati dal Ministero della Salute al Parlamento. La raccolta delle relazioni degli ultimi anni è disponibile a questo link: <http://www.biodiritto.org/index.php/novita/news/item/737-relazione-194> (ultima consultazione 30.01.2016). Per l'anno 2015, la media nazionale corrispondente alla percentuale di medici obiettori è di circa il 70 %, con punte, in alcune Regioni italiane, prossime al 90 %.

⁸³ Con specifico riferimento alle problematiche relative al rapporto tra obiezione di coscienza ed effettività dei diritti cfr. D. PARIS, *Il diritto all'obiezione di coscienza all'aborto nel Regno Unito. Nota a Greater Glasgow Health Board v. Doogan and another [2014] UKSC 68*, in *BioLaw Journal*, 2015, 3, 199.

⁸⁴ Comitato Europeo dei Diritti Sociali, *International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy*, ric. n. 87/2012, 10 marzo 2014. Per un commento alla sentenza cfr. A. CARMINATI, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge 194 del 1978*, in *Osservatorio Costituzionale*, giugno 2014.

della Corte Suprema del Regno Unito che ha specificato i limiti del diritto all'obiezione di coscienza, esercitabile solo in riferimento alle procedure specificamente collegate all'intervento medico⁸⁵.

I relativamente pochi esempi prospettati indicano quanto le decisioni normative adottate nell'ambito del biodiritto, per quanto scientificamente accurate e assiologicamente inclusive, richiedano una costante opera di adeguamento e manutenzione, non solo a livello giurisdizionale. La rapidità dello sviluppo scientifico, da un lato, e l'evoluzione sociale e culturale impongono al diritto di tenere il passo di tali mutamenti, al fine di mantenere la strada aperta al costante emergere di nuove esigenze.

6. ... all'individuazione dei criteri per l'elaborazione di un pluralismo sostenibile

La sistematizzazione presentata, pur nell'inevitabile incompletezza degli esempi utilizzati per caratterizzare i singoli paradigmi, è funzionale a porre in luce quali possano essere le criticità del circuito decisionale e delle pronunce giurisdizionali in un settore, come quello del biodiritto, caratterizzato da un forte impatto della dimensione scientifica e, parallelamente, da una particolare incidenza delle inclinazioni morali individuali dei soggetti coinvolti. A tali istanze, l'ordinamento è chiamato ad attribuire riconoscimento e tutela, alla luce dello stato attuale delle conoscenze: si tratta di decisioni complesse, nelle quali alla molteplicità dei fattori da tenere in considerazione sovente si accompagna l'esercizio di una discrezionalità politica talora messa alla prova dalla difficoltà di trovare un punto d'accordo sufficientemente condiviso⁸⁶.

Al contempo, la riflessione su tali tematiche pone in evidenza la centralità del formante giurisdizionale, a cui sovente spetta l'arduo compito di dare risposta ai nuovi bisogni emergenti nella società, di interpretare un dato normativo non sempre adeguato alla rapidità dello sviluppo medico-scientifico e di svolgere bilanciamenti tra posizioni individuali potenzialmente contrasti. Il ruolo del giudice, nel settore in cui il diritto incrocia la medicina e le scienze della vita, diviene particolarmente complesso, in ragione della necessità – come si è visto – di prendere in considerazione, al fine del giudizio, anche una serie complessa di fattori extra-giuridici. Essi “entrano” nel processo non solamente attraverso gli strumenti a cui l'ordinamento attribuisce tale specifica funzione, quali perizie o consulenze, ma vengono anche “filtrati” dalle fattispecie e dai dati fattuali concretamente oggetto del giudizio⁸⁷.

⁸⁵ *Greater Glasgow Health Board v. Doogan and another [2014] UKSC 68*. Su cui D. Paris, *Il diritto all'obiezione di coscienza all'aborto nel Regno Unito*, cit.

⁸⁶ Ne rappresentano un esempio, da un lato, la mancata adozione in Italia di una legislazione completa sulle dichiarazioni anticipate di trattamento e la decadenza della proposta di legge sul suicidio assistito nel Regno Unito (su cui *supra*); dall'altro lato, talora il punto d'accordo a livello politico viene raggiunto, sulla base della maggioranza politica di un determinato momento storico, ma la soluzione elaborata si rivela assolutamente insufficiente a disciplinare in modo compiuto la complessità scientifica e morale che l'intervento legislativo stesso richiederebbe (come nel caso della PMA).

⁸⁷ Si pensi, a questo proposito, all'influenza che le storie individuali dei pazienti (prima ancora dei dati scientifici) hanno avuto sul giudizio, ad esempio, con riguardo alla nota vicenda “Stamina”, su cui M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2013, 63 ss.; F. BUZZI, G. TASSI, *La «supremazia» dei giudici, la sudditanza della scienza medica e la cedevolezza della governance amministrativa e politica in materia di trattamenti sanitari impropriamente qualificati come «compassionevoli»*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2, 2014, 417.

A fronte di questo complesso quadro, è possibile individuare alcuni indicatori che, se accuratamente combinati, possono contribuire alla costruzione di un nuovo modello di pluralismo sostenibile, che può essere identificato con la capacità dell'ordinamento di adattarsi in modo elastico ed efficiente allo sviluppo delle scienze e di offrire, al contempo, una tutela necessaria ed adeguata alle diverse posizioni individuali emergenti dalla compagine sociale, compatibilmente con un sistema di garanzia promozionale dei diritti fondamentali.

Uno dei primi profili rilevanti per la costruzione di questo modello riguarda il formante legislativo e il procedimento che conduce alla condivisione dei contenuti di un nuovo atto normativo. Come i paragrafi precedenti hanno messo in luce, la dimensione politica della discrezionalità del legislatore, in questo settore, è – e rimane – determinante nel processo legislativo. Parafrasando le parole utilizzate in più occasioni dai giudici di Strasburgo, nelle materie eticamente sensibili, al decisore statale spetta un margine d'apprezzamento la cui ampiezza è inversamente proporzionale al grado di condivisione, a livello internazionale, di una certa decisione⁸⁸.

Accanto a ciò, tuttavia, è necessario tenere in considerazione che tale spazio non è *mai* privo di vincoli: il testo costituzionale rappresenta *sempre* la bussola di un decisore politico, la cui determinazione è necessariamente e indissolubilmente legata ad un determinato momento storico e alla prospettiva adottata in quel particolare contesto. Il rispetto dei principi costituzionali – sulla scia dei modelli brevemente illustrati *supra* – insieme all'adesione a quei canoni di carattere generale, quali il principio di ragionevolezza, il criterio della proporzionalità e la coerenza interna del sistema rappresentano i confini della libertà politica, in modo tale da superare, attraverso di essi, i limiti che i criteri maggioritari di adozione delle decisioni politiche comportano con riguardo alla tutela anche di posizioni individuali di minoranza (o comunque lontane dalla sensibilità di una particolare maggioranza politica).

Talvolta, tuttavia, nemmeno questo può risultare sufficiente: le difficoltà sottese all'adozione di una scelta pienamente equilibrata nel campo delle scienze della vita richiedono un grado di condivisione particolarmente ampio, un certo livello di accettazione da parte della compagine sociale e la presa in considerazione di elementi e problematiche che non sempre sono di immediata evidenza. Così, soprattutto in ordinamenti caratterizzati da un pluralismo sociale, morale e culturale accentuato, l'inclusione nelle fasi precedenti al procedimento legislativo strettamente inteso dei vari *stakeholders* può risultare indispensabile e funzionale all'elaborazione di un testo normativo condiviso anche a livello sociale⁸⁹.

⁸⁸ La giurisprudenza della Corte EDU contenente riferimenti alla dottrina del margine d'apprezzamento è ormai molto vasta. Per tutti cfr. *A, B e C v. Irlanda*, ric. n. 25579/05, 16 dicembre 2010. Sul punto sia consentito rinviare alle considerazioni svolte in L. BUSATTA, *La sentenza A, B e C c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine d'apprezzamento, consenso e (un possibile) monito*, nota a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Sentenza del 16 dicembre 2010 *A, B e C c. Irlanda*, ricorso n. 25579/05, in DPCE, n. II, 2011, pp. 445-454.

⁸⁹ Due sono gli esempi efficaci in tal senso. Da un lato, il procedimento di adozione dell'*Assisted Human Reproduction Act* in Canada, approvato nel 2004 quale esito di un lungo procedimento di condivisione, iniziato quindici anni prima. Cfr. C. CASONATO, *Procreazione assistita e pluralismo: l'esempio dell'Assisted Human Reproduction Act canadese*, in C. CASONATO, T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 23 ss. Dall'altro lato, l'approvazione da parte del parlamento israeliano del *Dying Patient Act* nel 2005, quale frutto del lavoro di un comitato *ad hoc* nominato dal Ministro della Salute nel 2000.

Un elemento ulteriore, in tal senso, riguarda la capacità di elaborare testi normativi scientificamente ragionevoli e fondati. In tale prospettiva, oltre al coinvolgimento nelle fasi preparatorie anche dei tecnici e oltre alla possibilità di integrare il dibattito politico con audizioni di esperti, una soluzione efficace potrebbe prevedere l'individuazione, tramite lo strumento legislativo, dei soli principi cardine della disciplina, riservando ad una fonte secondaria la regolazione dei dettagli, oppure ad un organo *ad hoc* le previsioni più specifiche. Si pensi, a questo proposito, all'istituzione nel Regno Unito del National Institute for Clinical Excellence (NICE), una autorità sanitaria, con il compito di monitorare le prestazioni sanitarie erogate a livello locale e puntare a ridurre le differenze territoriali nell'accesso alle cure per gli utenti del NHS⁹⁰. Le decisioni assunte da questo istituto, nella forma di linee guida, puntano a orientare le decisioni delle unità sanitarie locali, indicando i criteri clinici e di *cost-effectiveness* delle tecnologie mediche: così, negli anni, NICE si è posto quale "ponte" tra la dimensione decisionale (politica e amministrativa) nel settore sanitario e quella scientifica, condizionando le scelte sull'allocazione delle risorse in sanità e garantendo una maggiore eguaglianza intra-territoriale nell'accesso alla salute⁹¹. Simile, in tale prospettiva e sempre con riguardo al contesto britannico, risulta essere anche il ruolo giocato dalla già menzionata Human Fertilisation and Embryology Authority nel settore della procreazione medicalmente assistita. La funzione di tali istituzioni consente di mantenere il quadro giuridico aggiornato rispetto al progresso scientifico e aperto alla valutazione delle nuove istanze che possono eventualmente emergere dalla compagine sociale⁹².

Dal punto di vista della garanzia di effettività dei diritti tutelati, inoltre, un elemento che si dimostra irrinunciabile per una proficua regolazione del pluralismo nel settore in cui il diritto incrocia le scienze della vita concerne la garanzia dei cd. "diritti procedurali", che possono divenire, in sede giurisdizionale, il parametro di scrutinio e che possono permettere al giudice di astenersi dall'entrare nel merito di scelte strettamente tecniche (quali possono essere quelle relative all'allocazione delle risorse in sanità) o eminentemente politiche (quali quelle concernenti tematiche ancora diffusamente controverse). Fondando il proprio criterio di giudizio sul rispetto delle procedure previste per l'adozione di una decisione tecnica (nel caso di scelte caratterizzate da un particolare livello di discrezionalità tecnica) oppure sulla previsione e sull'effettività di un procedimento volto a garantire al singolo l'adeguata presa in considerazione della propria situazione individuale, l'organo giurisdizionale riesce a svincolarsi dai rischi che il forte impatto emotivo delle decisioni in questo ambito possono comportare.

Infine, anche la giurisdizione – come è stato diffusamente messo in evidenza nei paragrafi precedenti – può svolgere un ruolo direttamente funzionale alla garanzia del pluralismo assiologico, in rispondenza allo stato d'avanzamento delle conoscenze tecniche e scientifiche. Poiché anche la più virtuosa

Cfr. A. STEINBERG, C.L. SPRUNG, *The dying patient act: new Israeli legislation*, in *Intensive Care Medicine*, 32, 2006, 1234 ss.

⁹⁰ Cfr. K. SYRETT, *Nice work? Rationing, Review and the "legitimacy problem" in the new NHS*, in *Medical Law Review*, 2002, 10, p. 1; K. SYRETT, *Deconstructing Deliberation in the Appraisal of Medical Technologies: NICEly Does it?*, in *Modern Law Review*, 2006, 6, p. 869.

⁹¹ Cfr. K. SYRETT, *Courts, expertise and resource allocation: is there a judicial "legitimacy problem"?*, cit., 117.

⁹² Sulla valutazione giurisdizionale di una decisione legislativa nelle scienze della vita rispetto ai canoni scientifici, cfr. le considerazioni relative a «la scienza quale parametro interposto» in C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014, 192.

delle scelte politiche può celare un'ipotetica lesione dei diritti individuali (anche non prevedibile al momento di adozione della decisione stessa), è irrinunciabile che il controllo giurisdizionale si caratterizzi per essere realmente effettivo ed inclusivo. Tale esigenza si rende particolarmente evidente in tutte quelle occasioni nelle quali al giudice si richiede di individuare, nell'ordinamento, quella "valvola di sicurezza" che permetta di riportare ad eguaglianza situazioni individuali che, altrimenti, patirebbero un'irragionevole esclusione⁹³. C'è, tuttavia, un *caveat*: il ricorso giurisdizionale non può essere considerato, in sé, il luogo privilegiato per un'equilibrata gestione del pluralismo assiologico in un settore ad alta complessità, nel quale – come si è visto – una soluzione normativa adeguata non è mai puramente di natura politica, ma è (o dovrebbe essere) sempre condizionata da valutazioni (almeno) preliminari di carattere tecnico e scientifico. Un intervento giurisdizionale può fungere da catalizzatore per l'adeguamento di un quadro normativo ormai superato dal punto di vista scientifico, può aprire la strada al riconoscimento di nuovi diritti, ma nell'ambito di un modello di ordinamento "a pluralismo sostenibile" non può da solo farsi carico della gestione dei complessi conflitti non solo di carattere sociale che l'attuale realtà in continuo divenire (sia sotto il profilo valoriale sia dal punto di vista scientifico) quotidianamente impone.

⁹³ Per alcune riflessioni sul punto cfr. L. BUSATTA, *Diritto alla salute e principio d'eguaglianza: può un'eccezione fare la differenza?*, cit., 193.

Le “scientific questions” nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa.

Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali

Simone Penasa*

THE “SCIENTIFIC QUESTIONS” IN THE DYNAMIC BETWEEN JUDICIARY AND LEGISLATIVE DISCRETION. A COMPARATIVE STUDY ON THE CASE-LAW OF NATIONAL, INTERNATIONAL AND SUPRANATIONAL COURTS.

ABSTRACT: The scientific content of question that national, supranational and international courts increasingly face in exercising their function may influence the traditional relationship between judicial and legislative discretionary power. Through a comparative analysis of decisions derived from Constitutional, Supreme, European and International Courts, the article provides for a systematization of the different attitudes that jurisdictions may adopt before “scientific questions”. Special emphasis will be dedicated to the approach concretely implemented by courts, within a classification that goes from self-restraint to judicial activism.

KEYWORDS: Biolaw; Comparative law ; Pluralism; Jurisdiction; Scientific questions.

SOMMARIO: 1. La specificità delle questioni scientificamente connotate e l'emersione del principio di ragionevolezza scientifica – 2. L'esercizio della funzione di controllo della discrezionalità legislativa: quale influenza della natura scientifica delle questioni? – 3. Il presupposto: verifica della diffusività dei principi emergenti dalla giurisprudenza costituzionale italiana – 4. La prima dimensione della relazione tra funzione giurisdizionale e questioni scientifiche: la scelta di qualificare giuridicamente un concetto medico-scientifico quale presupposto dello scrutinio nel merito delle scelte legislative – 4.1. La dimensione internazionale e sovranazionale: le corti tra astensionismo (Corte EDU) e interventismo (Corte di giustizia e Corte Interamericana) – 4.2. L'approccio “interventista” della Corte di giustizia: la “saga” Brüstle – 4.3. La Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo: il caso Artavia Murillo e altri c. Costa Rica come paradigma dell'approccio “interventista” – 4.4. Il livello nazionale: la scelta di “interpretare” concetti extra-giuridici quale fattore espansivo della discrezionalità giurisprudenziale – 4.4.1. La Corte Suprema irlandese e la definizione di *unborn child*: il caso Roche v Roche – 4.4.2. La definizione di “concepimento” e l'obiezione di coscienza relativa alla “pillola del giorno dopo”: i casi argentino e spagnolo – 4.5. Una prima conclusione intermedia: la natura dell'approccio (astensionista o interventista) alle questioni tecnico-scientifiche come metronomo della relazione tra discrezionalità legislativa e discrezionalità giurisdizionale – 5. La seconda dimensione della relazione tra funzione giurisdizionale e questioni scientifiche: l'impatto sul controllo della discrezionalità legislativa da parte delle corti superiori e costituzionali – 5.1. Il *self-restraint* giurisprudenziale “provocato” o “rafforzato” dalla natura tecnico-scientifica della questione: Corte EDU e corti nazionali – 5.2. Il livello nazionale: la possibile diversa “natura” del *self-restraint* (fondamento presuntivo –

* Dottore di ricerca in Studi Giuridici Comparati ed Europei presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento. Contributo sottoposto a referaggio.

Francia – o valutativo – Argentina e Regno Unito) – 5.3. Oltre il *self-restraint*: la funzione valutativa degli elementi tecnico-scientifici all'interno del giudizio di legittimità costituzionale (Canada, Spagna, Portogallo; Corte di giustizia dell'Unione europea) – 6. Le “*scientific questions*” come nuovo contesto di confronto tra *judicial deference* e *judicial activism*? Linee di tendenza in via di consolidamento a livello comparato.

1. La specificità delle questioni scientificamente connotate e l'emersione del principio di ragionevolezza scientifica

Nell'ambito della medicina, la costante evoluzione delle acquisizioni tecnico-scientifiche mette alla prova la risposta che il diritto, in particolare la sua emanazione legislativa, offre alle dinamiche che caratterizzano questo ambito della vita sociale. La complessità tecnico-scientifica viene, in questo contesto, a sommarsi ad una complessità di natura etica e sociale, tradizionalmente connessa a questioni relative alle scienze della vita¹.

L'elemento innovativo rappresentato dalla natura specifica dell'oggetto di regolazione – l'ambito medico-scientifico – tende a modificare il tipo di risposta giuridica che un ordinamento offre, in termini sia di fonti utilizzate, sia di metodo dell'esercizio della funzione normativa. In questo senso, la specificità dell'oggetto, e in particolare la sua natura costantemente mutevole, in quanto soggetta alla evoluzione delle conoscenze tecniche e delle successive applicazioni in campo medico-scientifico, diviene un elemento determinante. Risulta necessario, da un lato, garantire che lo strumento normativo impiegato risulti adeguato ed effettivo, rispetto alla funzione regolatrice che l'ordinamento deve svolgere; e dall'altro lato, tale risposta deve risultare anche compatibile con la struttura normativa generale di un dato ordinamento, in termini di compatibilità con l'ambito costituzionale (nonché internazionale).

Queste ultime considerazioni richiamano l'esigenza di comprendere nell'analisi il formante giurisprudenziale, il quale rappresenta, da un lato, un possibile strumento di regolazione del caso concreto²; e, dall'altro lato, esso svolge una funzione di “controllo” della legittimità dei contenuti legislativi adottati³.

L'esercizio del potere legislativo tende a subire una rimodulazione, derivante dalla specificità dell'oggetto di regolazione, dal punto di vista della natura tecnica e settoriale di quest'ultimo, la quale viene a incidere sulla concreta configurazione degli assetti normativi degli interessi coinvolti. Tutto

¹ Sulla specificità della regolazione delle scienze della vita, cfr. *ex plurimis* C. CASONATO, *Evidence-Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2014, pp. 179 ss. Sia consentito il rinvio a S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, 2015.

² Ad esempio quando la legge fornisca un quadro giuridico generale – per principi – che necessariamente richiede l'intervento attuativo a livello giurisprudenziale, con effetti diversi nei sistemi di *common law* e di *civil law*.

³ Si pensi, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, agli effetti prodotti a tale livello dalla entrata in vigore della legge 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita (da ultimo, per un'analisi complessiva, A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione scientifica tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015; nella prospettiva del rapporto tra livelli normativi, M.P. IADICICCO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2015, 325-350).

ciò viene espresso dal consolidarsi di una dimensione scientifica del principio di ragionevolezza – che in altra sede si è qualificato in termini di «ragionevolezza scientifica»⁴ – e che deriva dalla ormai costante giurisprudenza della Corte costituzionale italiana⁵, la quale sembra trovare sponde anche a livello di giurisprudenza CEDU (cfr. S. H. e altri c. Austria, su cui diffusamente *infra*) e comparata (in particolare, l’ordinamento britannico).

Su tali basi, al fine di verificare che le tendenze emergenti all’interno della giurisprudenza costituzionale italiana siano riscontrabili anche rispetto ad altre giurisdizioni, si proporrà un’analisi comparata della giurisprudenza costituzionale, sovranazionale e internazionale, avente ad oggetto “scientific questions”⁶. Mutuando un’espressione che richiama la ben nota “political question doctrine”⁷, si vuol

⁴ Ho utilizzato questo concetto in S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, 817-841; *ex plurimis*, cfr. anche G. VACCARI, *La sentenza n. 151/2009 della Corte costituzionale: sulla ragionevolezza scientifica di un intervento legislativo in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Studium Iuris*, 11, 2009, 1175 ss.; G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008; F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 3, 2013, 7-8; G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 maggio 2009; A. D’ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all’autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio “Gianfranco Mor” sul diritto regionale*, Milano, 2011, 19; da ultimo, C. CASONATO, *Evidence-based law*, cit., si esprime in termini di «evidence-based law».

⁵ *Ex plurimis*, sentenze nn. 282 del 2002; 151 del 2009; 162 del 2014. Su tale aspetto della giurisprudenza costituzionale, P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, ; A. D’ALOIA, *Biodiritto*, voce, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, vol. II, Torino, 2012, 56; G. RAGONE, *Scienza e diritto nell’argomentazione della Corte costituzionale*, paper discusso nel *Quarto seminario annuale con I dottorandi in materie giuspubblicistiche del “Gruppo di Pisa”*, 18 settembre 2015, Università di Roma Tre.

⁶ Cfr. anche R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame «concreto» dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma, 2014.

⁷ Il riferimento è alla “political question doctrine”, consolidata dalla Corte Suprema statunitense a partire dal caso *Baker v. Carr* (369 U.S. 186, 217 (1962)), su cui la dottrina si è ampiamente confrontata. La mutuazione di questa formula deve essere evidentemente colta in senso “ampio”, nascendo dal ricorrere, in particolare all’interno della giurisprudenza della Corte EDU, degli elementi sintomatici individuati dalla Corte Suprema nel caso citato («[A] textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question»). In dottrina, non essendo possibile riferirsi in modo esaustivo ai contributi in materia, cfr. almeno A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1962; L. HENKIN, *Is There a “Political Question” Doctrine?*, in *Yale Law Journal*, 85, 1976, 597 ss.; M.V. TUSHNET, *Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine*, in *North Carolina Law Review*, 85, 2002, 1203-1235; R.E. BARKOW, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, in *Columbia Law Review*, 2, 2002, 237-336; N. MOURTADA-SABBAH, B.E. CAIN (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Lanham, MD, 2007. Sulla evoluzione, giurisprudenziale e dottrinale di questo concetto, cfr. da ultimo T. LEIGHT GROVE, *The Lost History of the Political Question Doctrine*, in *New York University Law Review*, 90, 2015, 1908-1974, e bibliografia *ivi* citata. L’Autore da ultimo citato sottolinea che, in *Baker*, «the Court thus declared that, as the “ultimate interpreter of the Constitution,” it had the “power to decide” which institution may decide any constitutional que-

le esprimere il rilievo che la natura specifica delle questioni – il loro contenuto tecnico-scientifico, che aumenta il livello di complessità etica, sociale – impone una valutazione attenta dei profili relativi al rapporto tra spazio riservato alle decisioni politiche assunte dal legislatore e margine di intervento riconosciuto allo scrutinio giurisdizionale.

2. L'esercizio della funzione di controllo della discrezionalità legislativa: quale influenza della natura scientifica delle questioni?

Attraverso l'analisi comparata, si cercherà di giungere a una modellistica che possa comprendere i diversi approcci che la giurisprudenza tende ad assumere in tale ambito, assumendo quali parametri il rapporto tra discrezionalità giudiziaria e dati scientifici e valutazione dell'esercizio della discrezionalità politica del legislatore⁸. In particolare, quindi, l'articolo mira a comprendere come il formante giurisprudenziale venga orientato dalla specificità delle questioni di natura medico-scientifico: da un lato, evidenziando il ruolo dei dati all'interno delle valutazioni effettuate, sia come oggetto di giudizio sia come limite alla discrezionalità del giudice; dall'altro, il rapporto tra discrezionalità legislativa e discrezionalità giurisdizionale, attraverso il prisma della natura tecnico-scientifica delle questioni oggetto della decisione (politica e/o giudiziaria)⁹.

Il ruolo della giurisprudenza verrà analizzato rispetto a due dimensioni, le quali risultano inevitabilmente connesse:

- a) L'analisi e valutazione dell'utilizzo, da parte delle corti, di dati medico-scientifici, quali elementi del processo argomentativo: in particolare, si analizzeranno quei casi, in cui le corti si trovano di fronte all'esigenza di tenere conto di elementi di natura tecnico-scientifica, il contenuto dei quali non trova una sicura definizione a livello empirico, ma il cui utilizzo all'interno del percorso argomentativo può risultare decisivo ai fini di orientare il "verso" della decisione assunta;
- b) Il rapporto tra ampiezza e modalità di esercizio della discrezionalità giurisdizionale e ruolo dei dati tecnico-scientifici: in particolare, si analizzerà tale rapporto nel senso di verificare se, quando

stion» (Ivi, p. 1964), promuovendo il passaggio da una teoria fondata sul *judicial restraint* ad una espressione di *judicial power* (Ivi, pp. 1967-1968), che legittima la Corte Suprema stessa «to decide who decides a constitutional question».

⁸ L'analisi rientra nella più generale e tradizionale questione del rapporto tra discrezionalità legislativa e scrutinio giurisdizionale, su cui – in quanto particolarmente rilevanti rispetto alla prospettiva qui assunta – *ex plurimis* G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, 2, 2004, 412; A. CERRI, *Diritto-scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 384; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, 688; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, II ed., Milano, 2014; A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, 2015.

⁹ Risulta di particolare interessante, anche se riferita all'ordinamento statunitense (non oggetto del presente studio), l'analisi del ruolo del giudice (nel caso di specie, la Corte Suprema degli Stati Uniti) nel valutare i fatti che stanno alla base delle scelte legislative proposta da C. E. BORGMANN, *Rethinking Judicial Deference to Legislation Fact-Finding*, in *Indiana Law Journal*, 1, 2009, 1-56. Secondo l'Autrice, «because the determination of social facts is nearly always decisive in constitutional decision making, blanket judicial deference would undermine the courts' crucial responsibility for protecting basic individual rights» (Ivi, p. 3).

l’oggetto dello scrutinio abbia natura tecnico-scientifica, il giudice tenda ad assumere un atteggiamento di *self-restraint*, rinviando rispettivamente alla discrezionalità del legislatore o alla competenza di autorità medico-scientifiche, o se, al contrario, si assista a un fenomeno di estensione della discrezionalità giurisdizionale, dovuta proprio alle caratteristiche specifiche dell’oggetto di giudizio.

3. La verifica della diffusività dei principi emergenti dalla giurisprudenza costituzionale italiana

Come anticipato, il punto di partenza dell’analisi è rappresentato dagli elementi che, sul punto, sono ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale italiana, nella quale risultano da tempo riscontrabili chiari sintomi di un’evoluzione del principio di ragionevolezza – anche all’interno della dimensione giurisprudenziale – nel senso di riconoscere la rilevanza di una sua declinazione in termini di adeguatezza scientifica dell’intervento legislativo¹⁰.

Il riferimento è – come noto – al principio espresso dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 282 del 2002, secondo cui «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non é, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni»; e che «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 acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l’“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici” (cfr. sent. n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica»¹¹.

Questi aspetti, se da un lato limitano la discrezionalità del legislatore, possono, dall’altro lato, incidere anche sul concreto esercizio dello scrutinio di costituzionalità¹²: la verifica di questo fenomeno sa-

¹⁰ Non potendosi soffermare su tale evoluzione, sia consentito rinviare a S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto*, 2, 2015, 271-324.

¹¹ Corte cost., sentenza n. 282 del 2002. *Ex plurimis*, R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in *Le Regioni*, 6, 2002, 1445 ss.; L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull’incostituzionalità di una legge che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 6, 2002, 1450 ss.; Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Istituzioni del federalismo*, 5, 2002, 695 ss.

¹² La dottrina italiana ha proposto diverse interpretazioni della giurisprudenza costituzionale in materia: in particolare, G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, Torino, 2005, 37, si esprime in termini di «giudizio di scientificità»; G. D’AMICO, *Scienza e diritto nel prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 284, parla di «Costituzione scientificamente intesa»; A. D’ALOIA, *Biodiritto*, cit., 56, ne ricava un «vincolo modale» per il legislatore; A. PIN, *Per chi suona la campana (della Corte)?*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2012, 325, individua «un duplice limite al potere legislativo: in primo luogo, l’obbligo di conformarsi alle acquisizioni della scienza (...); in secondo luogo, l’obbligo di riconoscere «al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze medico-scientifiche, del singolo caso»; M. ANIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 27-28, si interroga sulla configurabilità di un «“metodo” scientifico come requisito di validità delle leggi che regolino materie scientificamente controverse»; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 177, ne ricava la possibilità di considerare la scienza come «parametro interposto di costituzionalità»; infine, A. SPADARO,

rà oggetto di analisi comparata, al fine di valutare – da un lato – se andamenti analoghi siano riscontrabili in altre giurisdizioni, e se – dall’altro lato – dalla giurisprudenza internazionale, e in particolare CEDU, emergano percorsi argomentativi assimilabili.

L’analisi si concentrerà su quei settori del fenomeno scientifico che risultano connessi con l’attività medica e di ricerca scientifica, in particolare nelle fasi iniziali della vita. Questa decisione si fonda sulla particolare rilevanza che, dal punto di vista costituzionale, esprimono questi ambiti, nei quali l’operazione di bilanciamento tra interessi – individuali e collettivi – risulta particolarmente complessa, oltre che vedere un ampio coinvolgimento della fonte giurisprudenziale. È infatti in questi ambiti che la specificità del contesto scientifico “incide” con più forza sui tradizionali assetti di interessi e sulle tradizionali modalità di regolazione e di decisione giurisprudenziale.

In questi ambiti, inoltre, risulta particolarmente rilevante il rapporto tra complessità tecnico-scientifica ed etico-sociale¹³, in particolare dal punto di vista del rilievo che rispettivamente esse assumono all’interno del bilanciamento, dal punto di vista del legislatore, e di ampiezza dello scrutinio, dal punto di vista delle corti¹⁴. Per questo motivo, la selezione del materiale giurisprudenziale si è orientata verso quei casi che riguardano questioni relative alle prime fasi dello sviluppo embrionale; da tale ambito, si cercherà, nelle riflessioni conclusive, di ricavare alcuni elementi relativi all’esercizio delle funzioni giurisdizionali (nell’ambito delle giurisdizioni costituzionali e internazionali), i quali possano orientare l’analisi anche in altri ambiti scientificamente connotati.

4. La prima dimensione della relazione tra funzione giurisdizionale e questioni scientifiche: la scelta di qualificare giuridicamente un concetto medico-scientifico quale presupposto dello scrutinio nel merito delle scelte legislative

Il riferimento a concetti o dati di natura medico-scientifica può porsi nel percorso argomentativo quale elemento preliminare necessario al fine di definire l’ambito di applicazione di una disposizione o la sua eventuale legittimità rispetto a parametri di natura costituzionale o convenzionale. All’interno della dimensione medico-scientifica, l’ambito nel quale tale aspetto assume un rilievo ricorrente, tanto nella giurisprudenza costituzionale quanto in quella di legittimità e convenzionale, è certamente rappresentato dall’inizio vita, rispetto al quale la determinazione del momento a partire del quale il processo biologico di sviluppo embrionale assume uno specifico rilievo giuridico, ponen-

Contributo per una teoria della Costituzione, Milano, 1994, 134, si riferisce all’esistenza di un «vero e proprio parametro superiore di costituzionalità».

¹³ Ricorda opportunamente C. CASONATO, *Evidence Based Law*, cit., 191-192, che «per definire tali concetti (vita, gravidanza, incapacità, morte ecc.), ancor prima che per prescriverne la disciplina è necessario ricorrere a regole e principi che non appartengono alle scienze cd. dure, ma che sono selezionati sulla base di criteri di carattere politico-discrezionale, di natura largamente culturale e convenzionale».

¹⁴ Sui criteri di applicazione del margine di apprezzamento all’interno della giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia, J. GERRARDS, *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, in *European Law Journal*, 1, 2011, 80-120, il quale analizza anche l’impatto dell’incertezza scientifica su tale dinamica (in particolare, 96-97 e 140).

dosi quale bene giuridico rilevante che entra in relazione con concomitanti diritti e interessi costituzionalmente rilevanti¹⁵.

A livello internazionale, appare utile soffermarsi sulla giurisprudenza della Corte EDU, della Corte di giustizia dell’Unione Europea e della Corte Interamericana dei diritti umani¹⁶.

4.1. La dimensione internazionale e sovranazionale: le corti tra astensionismo (Corte EDU) e interventismo (Corte di giustizia e Corte Interamericana)

Di fronte a questioni relative alla regolazione delle fasi iniziali della vita (IVG e PMA in particolare), dalla giurisprudenza della Corte EDU è ricavabile il principio costante in base al quale non rientra tra le attribuzioni della medesima stabilire la portata normativa di concetti scientifici altamente controversi dal punto di vista etico-sociale – quale “inizio della vita” o “embrione” – anche quando ciò possa risultare funzionale alla concreta determinazione dell’ambito di applicazione di articoli della CEDU (in particolare, l’art. 2 e l’art. 8)¹⁷. La Corte EDU assume in questi casi un atteggiamento di *self-restraint*, il quale, se non produce automaticamente un corrispondente impatto sull’ampiezza dello scrutinio operato sulle norme nazionali oggetto di ricorso, ha come conseguenza il riconoscimento di un ampio margine nazionale di apprezzamento nel definirne l’esatta portata, in tal modo ammettendo la possibilità – la legittimità – di una pluralità di soluzioni a livello statale¹⁸.

Questo approccio rappresenta – come anticipato – una costante nella giurisprudenza della Corte EDU, la quale a partire dalla sentenza *Vo c. Francia* è venuta ad affermare che «the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere»¹⁹. Pertanto, in riferimento alla determinazione del momento a partire dal quale il processo di sviluppo embrionale assume rilievo ai sensi della Convenzione, la Corte EDU ha riconosciuto come non sia opportuno né possibile rispondere in astratto alla questione re-

¹⁵ Sottolinea l’incertezza scientifica che caratterizza questo ambito S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più recenti acquisizioni medico-tecniche è consentito: la sfida del diritto all’epoca della rivoluzione biologica*, in *Rivista AIC*, 1, 2014.

¹⁶ Cfr. l’interessante analisi di A. DI STASI, *Alla ricerca di una nozione giuridica di “embrione umano”: il contributo del judicial dialogue tra Corti internazionali*, in *Federalismi.it*, 16 gennaio 2015.

¹⁷ M.E. GENNUSA, *Dignità e diritto alla vita*, in P. GIANNITI (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti. Globalizzazione e promozione delle libertà fondamentali*, Torino, 2015, 620, riconosce che «una (...) parziale indeterminazione dell’oggetto ha delle profonde ripercussioni giuridiche, ampliandosi o riducendosi l’operatività del diritto e le categorie dei suoi titolari a seconda dell’estensione assegnata alla vita» (Ivi, p. 620).

¹⁸ Cfr. sul punto L. VIOLINI, A. OSTI, *Le linee di demarcazione della vita umana*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, 2007, 218, ritengono che «un atteggiamento prudenziale come quello assunto dalla Corte di Strasburgo (...) pare criticabile sotto il profilo della mancata definizione della portata normativa dell’articolo 2».

¹⁹ Caso *Vo c. Francia*, Camera Grande, 8 luglio 2004. La Corte continua affermando che «the reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life» (p. 82). Per un commento alla sentenza, A. PLOMER, *A Foetal Right to Life? The Case of Vo v. France*, in *Human Rights Law Review*, 5(2), 2005, 311-338.

lativa alla possibilità di qualificare il feto («unborn child») come persona ai sensi dell'art. 2 CEDU²⁰, in quanto «it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals including on the question of when life begins». La Corte, in modo costante, individua nelle autorità nazionali – *in primis* il legislatore – i soggetti più adeguati, in ragione di un costante e diretto contatto con ciò che la Corte definisce «vital forces of their countries», ad esprimersi sul contenuto concreto delle esigenze della morale della propria società e sulla necessità di introdurre limiti normativi finalizzati a garantirle²¹. La Corte EDU sembra considerare non opportuno esaminare in concreto questioni che, per la loro natura e la loro complessità, devono essere affrontate dalle autorità nazionali facendo supporre una assenza di legittimazione a tal riguardo. Questo principio è destinato ad orientare – seppur con esiti a volte non del tutto prevedibili – la giurisprudenza successiva in materia di inizio vita e, almeno indirettamente, l'*an* e il *quantum* dello scrutinio sulle scelte normative operate a livello nazionale.

L'atteggiamento è ulteriormente confermato dalla giurisprudenza in materia di fine vita, nella quale la Corte EDU sembra adottare il medesimo approccio, richiamando espressamente il principio enunciato a partire dal caso *Vo c. Francia*, al fine di applicarlo anche al diverso contesto della sospensione dei trattamenti sanitari e delle scelte nel fine vita. Da ultimo, nel caso *Lambert c. Francia*²² la Corte EDU conferma il principio enunciato nel caso *Vo*, estendendolo anche alle questioni relative alla fine della vita²³. Nella sentenza *Lambert*, la Corte EDU afferma infatti che «in the context of the State's positive obligations, when addressing complex scientific, legal and ethical issues concerning in particular the beginning or the end of life, and in the absence of consensus among the member States, the Court has recognised that the latter have a certain margin of appreciation»²⁴.

La successiva giurisprudenza in materia di inizio vita conferma l'atteggiamento "prudente" della Corte EDU, risultando di particolare interesse l'analisi della relazione esistente tra l'astensione dal definire il presupposto fattuale del giudizio, il riconoscimento del margine di apprezzamento e l'ampiezza

²⁰ Secondo la Corte EDU, non è «neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention» (*Vo c. Francia*, punto 85).

²¹ Come reiterato nella giurisprudenza successiva, secondo la Corte EDU «by reason of their "direct and continuous contact with the vital forces of their countries", State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the "exact content of the requirements of morals" in their country, as well as on the necessity of a restriction intended to meet them» (*A., B. e C. c. Irlanda*, punto 223).

²² *Lambert c. Francia*, Camera Grande, 5 giugno 2015. Per un commento, C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert tra necessità e rischi*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 9, 2015, 489-501; I. RIVERA, *Il caso Lambert e la tutela della dignità umana come diritto a vivere (e a morire)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 settembre 2015.

²³ Sul punto, V. ZAMBRANO, *La questione del "fine vita" e il ruolo del giudice europeo: riflessioni a margine del caso Lambert c. Francia*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights, 1, 22 gennaio 2016, la quale si concentra sulla decisione della Corte EDU non prendere posizione sulla definizione di "accanimento terapeutico", decisive per l'applicabilità al caso dell'art. 2 CEDU. Secondo l'Autrice, «ciò non implica rinunciare a sanzionare gli abusi ma significa riconoscere che, in alcuni casi, limitare il raggio della propria azione può meglio garantire il bilanciamento tra diversi interessi e diritti (nonché tra diritto e conoscenze scientifiche) che la Convenzione europea e la relativa giurisprudenza perseguono» (Ivi, p. 14). Critica sul punto G. RAZZANO, *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono del paziente? Il caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2015, 169-185.

²⁴ *Lambert c. Francia*, cit., 144.

dello scrutinio operato dalla Corte EDU (*ex plurimis*, casi *Evans c. Regno Unito*²⁵; *S.H. c. Austria*; *Costa e Pavan c. Italia*; *Parrillo c. Italia*; *A., B., C. c. Irlanda*)²⁶, aspetto sul quale ci si concentrerà a partire dal prossimo paragrafo.

4.2. L’approccio “interventista” della Corte di giustizia: la “saga” Brüstle

Se si analizza la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, è possibile individuare un evidente mutamento di paradigma a partire dalla sentenza Brüstle²⁷, nella quale la Corte definisce, sulla base dei dati scientifici apportati dalle parti, cosa si debba intendere per embrione, ai sensi della direttiva sulla invenzioni biotecnologiche²⁸. In questo caso, la Corte non compie un rinvio al legislatore nazionale, del quale afferma al contrario l’assenza di qualsiasi margine di discrezionalità, ma propone una definizione propria, la quale incide sulla concreta portata del divieto alla brevettabilità sancito dall’art. 6 della direttiva²⁹.

La Corte propone, sulla base dei dati a disposizione e di ciò che viene assunto come lo stato dell’arte delle acquisizioni tecnico-scientifiche³⁰, una definizione ampia di embrione, nella quale sono comprese anche quelle entità biologiche che non derivano dalla fecondazione dell’ovulo ma che – ciononostante – possiedono la capacità potenziale di svilupparsi in un essere umano, quali l’embrione prodotto mediante trasferimento nucleare e la partenogenesi. La Corte, quindi, seleziona e interpreta in senso estensivo un criterio di carattere biologico – la capacità di «dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano» – prescindendo dall’elemento della fecondazione e riferendovi la determinazione in concreto dell’ambito di applicazione del divieto di brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche.

In una successiva sentenza³¹, la Corte ha confermato l’approccio “interventista”, giungendo però a una diversa – più limitata – perimetrazione del concetto, dal quale viene escluso l’embrione prodotto

²⁵ J. BOMHOFF, L. ZUCCA, *Evans v. UK*, *European Court of Human Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 3, 2006, 424-442.

²⁶ Per una ricostruzione analitica del percorso giurisprudenziale, rinviamo *infra* per osservazioni più approfondite, cfr. M. E. GENNUSA, *Dignità e diritto alla vita*, cit., 619-629.

²⁷ *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*. (C-34/10). In dottrina, L. VIOLINI, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2012, 145-149; A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti (in dialogo con Lorenza Violini)*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 438-441; P.I. D’ANDREA, *La Corte di giustizia CE e la ricerca sulle cellule staminali embrionali (Nota a Gr. Sez., 18 ottobre 2011, C-34/10, Olivier Brüstle c. Greenpeace eV.)*, in *Forum online di Quaderni costituzionali*, 10 luglio 2012.

²⁸ Sulla protezione dell’embrione a livello europeo, D. GARCIA SAN JOSÉ, *European normative framework for biomedical research in human embryos*, Cizur Menor, 2013.

²⁹ Si tratta della Direttiva 98/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche (1998), su cui A. PLOMER, *Towards Systemic Legal Conflict: Article 6(2)(c) of the EU Directive on Biotechnological Inventions*, in A. PLOMER, P. TORREMANS (eds.), *Embryonic Stem Cell Patents: European Law and Ethics*, Oxford, 2009, 189 ss.

³⁰ In tal senso, appare opportuno richiamare le Conclusioni dell’Avvocato Generale Yves Bot del 10 marzo 2011 relative al caso Brüstle, nelle quali si afferma che gli elementi idonei a orientare la Corte nella definizione di ‘embrione umano’ «possono essere a priori rinvenuti in tre fonti diverse, ovvero la legislazione degli Stati membri, i termini della direttiva e i dati attuali della scienza», punto 65).

³¹ *International Stem Cell Corporation v Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, caso C-364/13, 18 dicembre 2014. La questione pregiudiziale proposta dalla *High Court* britannica (per un commento,

mediante la tecnica della partenogenesi, sulla base della sua incapacità, in assenza di ulteriori interventi esterni, di svilupparsi autonomamente in un essere umano³². In questo caso, che non può essere considerato un *revirement* in quanto il criterio e il verso vengono confermati, la Corte di giustizia – «according to the current scientific knowledge»³³ – compie una rivalutazione della sussumibilità di una determinata entità biologica al concetto di “embrione”, provocando una conseguente riduzione dell’ambito di applicazione della disposizione limitativa della libertà di brevettare invenzioni che utilizzino tali entità biologiche. Non appare irrilevante evidenziare come sia il mutamento dei dati tecnico-scientifici dedotti in giudizio, che la Corte assume come espressivi del livello attuale delle conoscenze in materia, a produrre una diversa perimetrazione del concetto normativo di “embrione”³⁴.

In termini generali, la scelta di esercitare i propri poteri interpretativi al fine di proporre una propria definizione di embrione, pur lasciando alle autorità giudiziarie nazionali la funzione di determinarne in concreto l’applicabilità al caso, provoca una contrazione significativa del margine di apprezzamento dei legislatori nazionali, ai quali la Corte non riconosce alcuna autonomia nella definizione di ciò che si debba intendere per embrione, pur se nello specifico e limitato ambito dei limiti alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche. Il caso esaminato, inoltre, conferma che – anche a livello di giurisdizione europea – la soluzione di questioni scientifiche, nel caso di specie la perimetrazione del concetto di “embrione”, non produce un effetto esclusivamente formale – la determinazione del concreto ambito di applicazione della disposizione – ma interviene sostanzialmente nella valutazione del merito della questione giuridica sottoposta al giudizio della Corte³⁵.

La scelta, scientificamente orientata, operata in questo caso dalla Corte di giustizia risulta determinante nella valutazione della proporzionalità della misura normativa, come evidenziato dalla *High Court* britannica nel ricorso. Il fatto di comprendere nella definizione di embrione umano anche il prodotto della partenogenesi – il cd. “partenote” – inciderebbe, secondo il giudice britannico, sulla

S. PENASA, *Opening the Pandora box: la Corte di giustizia nuovamente di fronte alla definizione di «embrione umano»*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2013, 653-655) è finalizzata a chiarire l’esatto significato del riferimento alla capacità di iniziare il processo di sviluppo di un essere umano, chiamando pertanto la Corte europea a chiarire «se gli ovuli umani non fecondati, stimolati a dividersi e svilupparsi attraverso la partenogenesi, e che, a differenza degli ovuli fecondati, contengono solo cellule pluripotenti e non sono in grado di svilupparsi in esseri umani, siano compresi nell’espressione «embrioni umani», di cui all’articolo 6, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 98/44 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche».

³² La Corte conferma la natura non essenziale del criterio della fecondazione dell’ovulo, ai fini della qualificazione di una entità biologica come “embrione umano”; dall’altro lato, essa adotta l’interpretazione “riduttiva” proposta dall’avvocato generale, secondo cui l’espressione «capable of commencing the process of development of a human being» deve essere intesa nel senso di «inherent capacity of developing into a human being». Per un commento, su questa Rivista, F. MEOLA, *Sulla brevettabilità dei gameti femminili non fecondati (Corte di Giustizia UE – Grande Sezione – Causa C-364/13)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2015, 185-198.

³³ *International Stem Cell Corporation v Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, cit., 33.

³⁴ Sul punto, l’Avvocato generale Cruz Villalón (Conclusioni del 17 luglio 2014) ha rilevato come, «alla luce delle ulteriori specificazioni fornite dal giudice del rinvio» (par. 5), la Corte «si sia basata su argomentazioni che rispecchiano una comprensione inesatta del contesto tecnico quale si presenta allo stato attuale» (Conclusioni, par. 19).

³⁵ Sottolinea questo aspetto F. MEOLA, *Sulla brevettabilità dei gameti femminili non fecondati*, cit., 190.

proporzionalità del bilanciamento: risulterebbe infatti sproporzionato «to exclude processes of development which are incapable of leading to a human being»³⁶.

In altra sede si è affermato che la sentenza della Corte di giustizia da ultimo citata rientra pienamente in un processo di ridefinizione del rapporto tra attività normativa e attività tecnico-scientifica, che si fonda sul riconoscimento di una funzione normativa dello stato delle acquisizioni tecnico-scientifiche, quale elemento connotativo della disciplina giuridica³⁷.

Infine, la giurisprudenza europea richiamata esprime un principio ulteriore, di rilievo centrale nelle dinamiche tra discrezionalità legislativa e giurisdizionale: escludendo ogni tipo di margine di apprezzamento dei legislatori nazionali, la Corte di giustizia attribuisce al giudice nazionale la funzione di applicare in concreto i criteri espressi nella sentenza, nei diversi contesti giuridici e alla luce dello stato delle conoscenze scientifiche sussistenti nel momento in cui la decisione viene assunta. Questa tendenza, se confermata a livello comparato, può rafforzare il ruolo della giurisdizione in tali ambiti, ponendosi quale fattore capace di assicurare l'apertura della disciplina normativa al mutare delle condizioni fattuali, e quindi l'adeguatezza e la ragionevolezza della medesima, pur scontando inevitabili rischi in termini di prevedibilità e uniformità³⁸.

4.3. La Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo: il caso *Artavia Murillo e altri c. Costa Rica* come paradigma dell'approccio "interventista"

Prima di soffermarsi sul livello nazionale, appare rilevante riferire dell'approccio di un altro tribunale internazionale a carattere regionale: la Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo. La giurisprudenza di questo tribunale appare particolarmente utile in termini comparati, in quanto risulta caratterizzata da un approccio divergente rispetto a quello assunto dalla Corte EDU, della quale dimostra comunque di conoscere e tenere in considerazione la giurisprudenza.

In un caso nel quale era chiamata a valutare la compatibilità con la Convenzione Americana sui Diritti Umani di una legge del Costa Rica che vietata in modo assoluto l'utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita³⁹, la Corte Interamericana ha dovuto preliminarmente risolvere una questio-

³⁶ Punto n. 58 del ricorso. Cfr. C. HAYES, *Stem cell patents: limiting the application of Brüstle?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 9(12), 2014, 952.

³⁷ S. PENASA, *Opening the Pandora box: la Corte di giustizia nuovamente di fronte alla definizione di "embrione umano"*, cit., 653-655.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Artavia Murrillo y Otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica*, commenti di F. ZÚÑIGA, *Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, in *Anuario de Derecho Público*, 2013, Santiago de Chile, 341-382; L.A. SILVA IRARRAZAVAL, *La protección de la vida humana entre paréntesis. Comentario crítico a la Sentencia Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, de la Corte Interamericana De Derechos Humanos*, in *Anuario de Derecho Público*, 2013, cit., 383-397; L. CASAS BECERRA, *Los desafíos para Chile de la decisión Artavia Murillo contra Costa Rica de la Corte IDH (Caso fertilización in vitro): Algunos comentarios*, ivi, 398-415; E. A. CHÍA, *Análisis de la sentencia Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Estudios Constitucionales*, 1, 2014, 567-585; L. BURGORGUE-LARSEN, *El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos*, in *Estudios Constitucionales*, 1, 2014, 105-161; A. RUIZ MIGUEL, A. ZÚÑIGA FAJURI, *Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 'Artavia Murillo v. Costa Rica*, in *Estudios Constitucionales*, 1, 2014, 71-104.

ne relativa alla applicabilità al caso dell'art. 4, primo comma, della Convenzione, il quale afferma che «toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción»⁴⁰. Questa disposizione viene posta a fondamento della legittimità della legge statale, in quanto richiederebbe agli Stati membri un intervento legislativo che ne assicuri il rispetto anche nei confronti degli embrioni *in vitro*, sulla base di una interpretazione estensiva del testo della disposizione⁴¹. La Corte è quindi chiamata a risolvere questa questione interpretativa, dovendo preliminarmente accertare se essa – tenuto conto della natura eticamente controversa e scientificamente complessa – debba essere riservata all'autonomo apprezzamento delle autorità statali, secondo un approccio analogo a quello adottato dalla Corte EDU, o se richieda una espressa presa di posizione della Corte.

La Corte assume il secondo approccio, in ciò differenziandosi da quello della Corte EDU, entrando nel merito della questione definitoria relativa al momento, giuridicamente rilevante (in questo caso, ai sensi della Convenzione), dell'inizio della vita. Tenuto conto del riferimento esplicito dell'art. 4.1 della Convenzione al momento della «concepción», la Corte si concentra su tale aspetto, riconoscendo come – secondo la letteratura scientifica – essa possa essere ricondotta alla fase della fecondazione dell'ovulo⁴² o, alternativamente, a quello dell'annidamento (*implantación*) nell'utero della donna. Decidendo di effettuare una scelta nel merito, la Corte – almeno indirettamente – riconosce che la selezione del criterio al quale ricondurre il concetto di «concepción» rappresenta un elemento decisivo per determinare l'applicabilità dell'art. 4 della Convenzione all'embrione *in vitro* e, di conseguenza, orientare la valutazione di compatibilità della legislazione nazionale: secondo la Corte costituzionale costaricense, infatti, il divieto assoluto di accesso alle tecniche di PMA trova la propria base giuridica nell'esigenza di garantire la piena attuazione dell'obiettivo della protezione della vita della persona da parte della legge, a partire dal momento del concepimento, che la Corte costituzionale associa alla fecondazione.

La Corte Interamericana riconosce espressamente la centralità, al fine di determinare la concreta portata di termini quali *concepción* e *ser humano*, dell'apporto della letteratura scientifica e dello stato dell'arte in materia⁴³, che mette in dubbio la fondatezza scientifica dell'argomentazione della Corte costituzionale nazionale⁴⁴. Alla luce di questo presupposto, infatti, se, da un lato, l'aver aderito a una determinata concezione scientifica – il concepimento coincide con la fecondazione – ha

⁴⁰ Per un commento sul punto, C. AYALA CORAO, M. D. RIVERO, *Artículo 4. Derecho a la vida*, in C. STEINER, P. URIBE (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, 2014, 114-115.

⁴¹ L.M. DE JESÙS, *A Pro-Choice Reading of a Pro-Life Treaty: The Inter-American Court of Human Rights's Distorted Interpretation of the American Convention on Human Rights in Artavia v. Costa Rica*, in *Wisconsin International Law Journal*, 32, 2014, 224, richiama i precedenti della Corte che riconoscono l'applicabilità della norma all'embrione e al feto.

⁴² Questo criterio è adottato dalla Corte costituzionale del Costarica, la quale anche su tale base ha affermato la legittimità della legge statale, p. 171 della sentenza e accomuna, secondo la ricostruzione fornita da L.M. DE JESÙS, *A Pro-Choice Reading of a Pro-Life Treaty: The Inter-American Court of Human Rights's Distorted Interpretation of the American Convention on Human Rights in Artavia v. Costa Rica*, in *Wisconsin International Law Journal*, cit., 234 ss., la maggioranza delle supreme corti degli stati membri della Convenzione.

⁴³ *Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica*, p. 176. Critica L. M. DE JESÙS, *A Pro-Choice Reading of a Pro-Life Treaty: The Intern-American Court of Human Rights's Distorted Interpretation of the Smerican Convention on Human Rights in Artavia v. Costa Rica*, cit., 230.

⁴⁴ *Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica*, cit., 232.

condotta la Corte costituzionale costaricense a riconoscere l'esistenza di una persona titolare del diritto alla vita, dall'altro lato la Corte Interamericana afferma che la trasformazione del fenomeno del concepimento prodotta dalle tecniche di riproduzione umana assistita (fecondazione e impianto non costituendo più temporalmente un *unicum*) ha provocato un mutamento del concetto di “concepimento”, nel significato attribuito all'epoca della redazione della Convenzione Americana. Infatti, prima delle tecniche di PMA la possibilità di realizzare un processo di fecondazione fuori dal corpo della donna non era ritenuta scientificamente praticabile⁴⁵. Pertanto, lo sviluppo delle acquisizioni tecnico-scientifiche ha reso il processo del concepimento più complesso, tanto che quest'ultimo può essere associato tanto alla fecondazione dell'ovulo quanto all'annidamento dell'ovulo fecondato⁴⁶.

Davanti a tale alternativa, che – a giudizio della Corte – risulta decisiva al fine della soluzione del caso, la Corte Interamericana, pur riconoscendo che si tratta di una questione può essere valutata in modo diverso da una prospettiva biologica, medica, etica, morale, filosofica e religiosa, e affermando che – come evidenziato da altri tribunali internazionali e nazionali – non è possibile individuare una definizione unanime (*consensuada*) dell'inizio della vita, ritiene di dovere comunque giungere ad una definizione del termine, in modo conforme alla Convenzione⁴⁷. La Corte Interamericana affronta la questione, proponendo un'interpretazione della disposizione convenzionale orientata dalla previa ricostruzione del contesto scientifico⁴⁸: la Corte, infatti, dopo avere riconosciuto che l'evidenza scientifica concorda nel distinguere due momenti complementari ed essenziali nello sviluppo embrionario – la fecondazione e l'impianto (annidamento) – individua nella relazione con il corpo della donna il momento rilevante per considerare il processo del concepimento concluso e, quindi, giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 4 della Convenzione⁴⁹. Il trasferimento nell'utero della donna rappresenta quindi una condizione necessaria per lo sviluppo embrionario – non in astratto, il che sarebbe possibile già con la fecondazione, ma in concreto – e un criterio giuridicamente rilevante, al quale ricondurre l'applicabilità delle garanzie convenzionali⁵⁰.

⁴⁵ Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica, cit., 179. A. DI STASI, *Alla ricerca di una nozione giuridica di “embrione umano”: il contributo del judicial dialogue tra Corti internazionali*, cit., 18, ritiene che «l'interpretazione evolutiva è particolarmente importante, dato che la fecondazione in vitro costituisce una pratica che non esisteva al momento in cui gli estensori della Convenzione hanno redatto l'articolo 4, par. 1, della stessa».

⁴⁶ Nella prospettiva di un'interpretazione evolutiva dell'art. 4, appare opportuno – dal punto di vista dell'interpretazione storica – che l'inciso «en general» è stato inserito nel testo proprio per consentire questo tipo di approccio, che all'epoca era finalizzato a consentire l'emanazione di legislazioni che ammettevano forme di aborto (*ex plurimis*, A. RUIZ MIGUEL, A. ZÚÑIGA FAJURI, *Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Artavia Murillo v. Costa Rica*, cit., 84).

⁴⁷ Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica, cit., 187. Secondo A. RUIZ MIGUEL, A. ZÚÑIGA FAJURI, *Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Artavia Murillo v. Costa Rica*, cit., 94, critici rispetto all'argomentazione della Corte, in quanto fondata su «una razonable visión sobre el valor de la vida del concebido y no nacido como gradual y progresiva (o “incremental”, según dice la propia sentencia Artavia Murillo en los §§ 257, 265 y 316)».

⁴⁸ F. ZÚÑIGA, *Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, cit., 351 ss.

⁴⁹ Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica, cit., 186. Criticamente, L.A. SILVA IRARRAZAVAL, *La protección de la vida humana entre paréntesis. Comentario crítico a la Sentencia Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, de la Corte Interamericana De Derechos Humanos*, cit., 396-397.

⁵⁰ Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica, cit., 189.

Nel caso succintamente analizzato, che si pone in netta contrapposizione metodologica con l'approccio della Corte EDU, la valutazione dei presupposti scientifici ai quali le disposizioni si riferiscono esplicitamente – in questo caso, il concetto di “concepimento” – rappresenta una precondizione del percorso argomentativo del tribunale interamericano. Essa è destinata, per un verso, a determinare in concreto l'ambito concettuale del parametro convenzionale, e, per altro verso, a orientare il “verso” della decisione: in questo caso, l'aver affrontato la questione preliminare della definizione di concepimento legittima la Corte a compiere un successivo controllo di compatibilità, che nel caso concreto si spinge fino a valutare la proporzionalità dell'intervento legislativo. Nel caso della Corte EDU, al contrario, la rinuncia a risolvere la questione preliminare della qualificazione giuridica dell'inizio vita consente alla Corte di riconoscere una preminenza pressoché assoluta alla valutazione compiuta a livello nazionale, fino a fondare una presunzione forte di compatibilità delle scelte operate dal legislatore nazionale. In merito al collegamento tra valutazione preliminare della portata normativa di questioni medico-scientifiche e valutazione della discrezionalità legislativa da parte dei tribunali sia consentito rinviare ai paragrafi successivi.

4.4. Il livello nazionale: la scelta di “interpretare” concetti extra-giuridici quale fattore espansivo della discrezionalità giurisprudenziale

4.4.1. La Corte Suprema irlandese e la definizione di *unborn child*: il caso *Roche v Roche*

A livello nazionale, la questione della definizione del concetto di concepimento, ai fini di determinare la concreta portata di una norma giuridica, è stata oggetto di numerose pronunce da parte delle giurisdizioni superiori. Nel contesto europeo, appare di particolare rilievo il caso *Roche v. Roche*⁵¹, relativo a un caso di utilizzabilità a scopo riproduttivo di embrioni crioconservati a fronte del mancato consenso di uno dei progenitori, dal momento che in questo caso l'utilizzo di concetti di natura biologico-scientifica da parte della Corte risulta decisivo al fine di determinare l'applicabilità anche agli embrioni *in vitro* crioconservati delle garanzie previste a livello costituzionale al «right to life» dell'«unborn»⁵².

Il “verso” dell'interpretazione fornita all'articolo 40, terzo comma, della Costituzione irlandese risulta, da un lato, condizionato da valutazioni di carattere extra-giuridico, scientificamente connotate,

⁵¹ *Roche v. Roche* (Corte Suprema irlandese, 2010). Per un commento, F. GOUGH, *Ireland and the Frozen Embryo: A Slight Thawing*, in *Medical Law Review*, 18, 2010, 239-247; A. MULLIGAN, *Roche v Roche: Some Guidance for Frozen Embryo Disputes*, in *Trinity College Law Review*, 168-181; S. MCGIUNNESS, S. U' CHONNACHTAUGH, *Implications of Recent Developments in Ireland for the Status of the Embryo*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 3, 2011, 396-408.

⁵² Ex art. 40, terzo comma, della Costituzione irlandese, secondo cui «the State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right». Cfr. M. FORDE, D. LEONARD, *Constitutional Law of Ireland*, III ed., Haywards Heath 2013, 731. D. MADDEN, *Medicine, Ethics and the Law in Ireland*, 2011, 236, considera «unfortunate» l'utilizzo del termine “unborn” nel testo della Costituzione irlandese, in quanto «it introduces uncertainty into the law regarding the presumed intention of the People that is reflected in that document». L'Autrice, anche sulla base dell'analisi dei lavori preparatori, concorda sulla non applicabilità dell'articolo all'embrione prima del trasferimento in utero (*Ibidem*). *Contra*, W. Binchy, *Article 40.3.3 of the Constitution: Respecting the Dignity and Equal Worth of Human Beings*, in J. SCHWEPPE (ed.), *The Unborn Child, Article 40.3.3 and Abortion in Ireland*, Dublin, 2008, 210.

operate dai giudici della Corte Suprema e, dall’altro lato, contribuisce a orientare la decisione, in quanto la sussumibilità del «frozen embryo» all’ambito costituzionale rappresenta la base del ricorso: secondo la ricorrente, il trasferimento in utero degli embrioni, anche in assenza del consenso del signor Roche, costituisce una misura di garanzia del diritto alla vita degli embrioni, in applicazione dell’art. 40 della Costituzione irlandese.

Come nel caso della Corte Interamericana, anche la Corte Suprema irlandese sottolinea l’impatto operato dal consolidarsi delle tecniche di PMA sul tradizionale processo riproduttivo e in particolare sulla separazione del momento della fecondazione da quello dell’annidamento nell’utero della donna. Questo mutamento, prodotto dall’evolvere delle conoscenze mediche e delle applicazioni tecnologiche alla biologia, si pone quale elemento rilevante all’interno del processo interpretativo della Corte, conducendo i giudici verso una interpretazione orientata da una preliminare valutazione di carattere scientifico.

A fronte della mancanza di consenso all’interno della comunità scientifica rispetto alla selezione del criterio – fecondazione o annidamento – al quale ricondurre l’inizio della vita, e con essa lo sviluppo di un essere umano, i giudici concordano nel riconoscere che non possa spettare ad un tribunale il compito di risolvere tale questione. Al contrario, la Corte esprime un principio comune alle giurisdizioni analizzate, secondo cui, «absent a broad consensus or understanding on that truth, it is for legislatures in the exercise of their dispositive powers to resolve such issues on the basis of policy choices»⁵³. Accertata l’assenza di consenso sia dal punto di vista scientifico sia etico e sociale, il legislatore costituisce il soggetto più legittimato e adeguato a compiere le scelte politiche che ritiene più appropriate.

Tuttavia, il *self-restraint* “di principio” enunciato dai giudici della Corte Suprema irlandese non produce la rinuncia a svolgere quella che è, al contrario, una funzione tipica di tale livello giurisdizionale: l’interpretazione della Costituzione, operazione alla quale i giudici non si possono sottrarre anche nel caso in cui questa risulti “scientificamente condizionata”. Se, pertanto, la responsabilità primaria di determinare il concreto ambito di protezione della vita prima della nascita deve essere attribuita al legislatore, mediante una «policy choice» compiuta alla luce della Costituzione⁵⁴, alla Corte spetta la funzione di determinare il significato dei termini utilizzati in Costituzione: nella fattispecie, il termine di «unborn»⁵⁵.

La Corte Suprema, in modo conforme all’approccio delle altre giurisdizioni superiori e internazionali analizzate, non assume pertanto il compito di definire in generale il concetto di “vita”, “inizio della vita” o “vita potenziale”, limitandosi a interpretare la Costituzione anche quando quest’ultima contenga concetti a contenuto extra-giuridico. Utilizzando un approccio letterale e teleologico, Justice Denham riconosce che la tutela dell’*unborn* garantita dalla Costituzione irlandese sia condizionata all’esistenza di una relazione («connection») fisica con la donna, condizione che può realizzarsi solo in seguito al trasferimento dell’embrione nell’utero di quest’ultima⁵⁶: solo a partire da questo mo-

⁵³ Justice Murray C. J.

⁵⁴ Justice Murray, p. 8.

⁵⁵ Justice Denham, p. 19.

⁵⁶ Ivi, p. 62 e 63.

mento l'embrione può essere qualificato come *unborn* e godere della protezione assicurata dall'art. 41, terzo comma, della Costituzione irlandese⁵⁷.

Pertanto, secondo Justice Denham, l'articolo non si applica all'embrione prima dell'impianto («pre-implantation embryo»), in quanto in tale fase non sussiste la capacità di svilupparsi in un essere umano («capacity to be born»). Significativamente, il criterio utilizzato dai giudici della Corte Suprema irlandese – la capacità di nascere – risulta analogo a quello utilizzato da altre corti, come ad esempio la Corte di giustizia nel citato caso *Brüstle*, la quale si riferisce alla capacità di «commencing the process of development of a human being», così come la presenza di una relazione fisica con il corpo della donna al fine di attribuire valore giuridico al concetto di concepimento⁵⁸.

4.4.2. La definizione di “concepimento” e l’obiezione di coscienza relativa alla “pillola del giorno dopo”: i casi argentino e spagnolo

La selezione del criterio in base al quale determinare il momento del concepimento – a partire dalla fecondazione o dell'annidamento – assume rilievo anche in un altro ambito, relativo alla questione relativa alla copertura costituzionale dell'obiezione di coscienza del farmacista rispetto alla somministrazione della cd. “pillola del giorno”. A livello comparato, le corti si sono trovate frequentemente a decidere questioni relative a questo ambito, sia al fine di determinare gli eventuali effetti abortivi di tali farmaci, sia in relazione al fondamento costituzionale del diritto all'obiezione di coscienza dei professionisti della salute coinvolti nella loro commercializzazione o somministrazione⁵⁹.

Nel primo caso, la qualificazione della natura – anticoncezionale o abortiva – del farmaco dipende dalla interpretazione, sulla base di elementi biologici e scientifici, che i tribunali forniscono di “concepimento” e, in concreto, dalla selezione del criterio al quale ricondurre tale evento, in termini analoghi ai casi analizzati in precedenza: la fecondazione dell'ovulo o l'annidamento dell'ovulo fecondato. A livello comparato, una decisione della *Corte Suprema de Justicia argentina*⁶⁰ si rivela particolarmente indicativa, dal momento che il tribunale riconosce che, al fine di risolvere la questione relativa alla natura – e quindi alla commerciabilità – del farmaco, sia necessario chiarire a quale momento dello sviluppo biologico corrisponda il concepimento. In questo caso, una questione scientifica entra espressamente a far parte del ragionamento giuridico compiuto dal tribunale, costituendone l'elemento decisivo per determinare il “verso” della decisione.

⁵⁷ S. MCGUINNESS, S. Uí' CHONNACHTAUGH, *Implications of Recent Developments in Ireland for the Status of the Embryo*, cit., 399, ritengono che la *ratio* originaria della riforma costituzionale – evitare qualsiasi riforma legislativa che potesse autorizzare forme di aborto – rafforzi la tesi della *Supreme Court*, in quanto «it is through implantation that the “unborn” (the embryo) achieves protection».

⁵⁸ Analogamente alla valutazione compiuta dalla Corte Interamericana nel caso *Artavia Murillo*. Come sottolineato da M. FORDE, D. LEONARD, *Constitutional Law of Ireland*, cit., 733-734, nell'ordinamento irlandese il *Protection of Life During Pregnancy Act (2013)* definisce “unborn” come «a life during the period of time commencing after the implantation in the womb of a woman and ending on the complete emergence of the file from [her] body» (art. 2, primo comma).

⁵⁹ D. PARIS, *L'obiezione di coscienza di medici e farmacisti alla prescrizione e vendita della cd. «pillola del giorno dopo»: profili di diritto costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna, 2010, 503-544.

⁶⁰ *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, caso *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*, 5 marzo 2002.

Nel caso di specie, sulla base di una serie di studi e di pareri di organismi consultivi, la *Corte Suprema* argentina individua nella fecondazione il momento a partire dal quale ha inizio il concepimento⁶¹ e attesta che una delle modalità di azione del farmaco consiste nell’inibire l’annidamento⁶². Riconoscendo la fondatezza scientifica della teoria per cui la vita ha inizio con la fecondazione dell’ovulo, la Corte afferma che ogni metodo che impedisca l’annidamento deve essere considerato abortivo e che, quindi, nel caso di specie il farmaco costituisce una minaccia effettiva e imminente al «bien jurídico primordial de la vida», non suscettibile di riparazione successiva⁶³. Anche in questo caso, elementi di carattere medico-scientifico concorrono a orientare l’interpretazione del materiale normativo rilevante, nel caso di specie – un caso di *amparo* – costituzionale e internazionale (Convenzione Interamericana), orientando però i giudici verso un esito diverso a quanto analizzato in precedenza, pur a fronte della medesima esigenza (definire il momento del concepimento).

Secondo la *Corte Suprema*, la Costituzione argentina garantisce il diritto alla vita come supremo («primer») diritto naturale della persona umana e tale diritto alla vita, nella sua pienezza, viene attribuito a partire dalla fecondazione («pleno derecho a la vida desde la concepción»). La Corte, al fine di rafforzare questa interpretazione, richiama l’art. 4, primo comma, della Convenzione Americana, fornendone una interpretazione fondata sul riconoscimento della fecondazione quale momento iniziale del concepimento, discostandosi in modo evidente da quanto affermato successivamente dalla Corte Interamericana nel citato caso *Artavia Murillo c. Costa Rica*⁶⁴.

Pertanto, alla luce della concreta qualificazione di un concetto extra-giuridico – il concepimento – e degli effetti che tale operazione ermeneutica ha prodotto sull’interpretazione dei principi costituzionali e convenzionali, orientandoli in maniera determinante, la *Corte Suprema* argentina accoglie il ricorso, finalizzato a introdurre il divieto di fabbricazione, distribuzione e commercializzazione del farmaco.

Riguardo l’applicabilità del diritto all’obiezione di coscienza al farmacista che non voglia commercializzare questo tipo di farmaci, appare opportuno riferirsi alla giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* spagnolo, che nel 2015⁶⁵ ha accolto il *recurso de amparo* di un farmacista, che era stato multato in quanto nella sua farmacia non conservava preservativi e il farmaco conosciuto come “pillola del giorno dopo” per motivi di obiezione di coscienza, diritto garantito – secondo il ricorrente e come riconosciuto dal Tribunale⁶⁶ – dall’art. 16 della Costituzione spagnola in quanto espressione della libertà di pensiero. La questione, come nel caso argentino, trova nella determinazione della eventuale efficacia abortiva del farmaco uno snodo argomentativo decisivo: nel caso di specie, la determinazione degli effetti del farmaco costituisce una condizione per valutare l’applicabilità del principio enunciato in materia di interruzione volontaria di gravidanza al caso della somministrazione della “pillola del

⁶¹ *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cit., f.j. 4-8.

⁶² *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cit., f.j. 9.

⁶³ *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cit., f.j. 10.

⁶⁴ *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cit., f.j. 14.

⁶⁵ *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 145/2015, 25 giugno 2015. Per un commento, M. A. GÓMEZ SALADO, *Los farmacéuticos y la objeción de conciencia para el suministro de la “píldora del día después”*: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de junio de 2015, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, 2015, 151-155; J. MARTINEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia farmacéutica en la reciente jurisprudencia constitucional española: otra oportunidad perdida*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 3, 2015.

⁶⁶ *Tribunal Constitucional*, cit., f.j. 4.

giorno dopo”, secondo cui l’obiezione di coscienza rientra nel contenuto del diritto fondamentale alla libertà di coscienza e risulta direttamente applicabile, anche in assenza di uno specifico riconoscimento legislativo⁶⁷.

Il *Tribunal* accoglie l’amparo del farmacista, fondando la propria argomentazione sull’esistenza, nella comunità scientifica di riferimento, di una «falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos» del farmaco: in questo caso, l’incertezza scientifica relativa agli effetti prodotti dal farmaco orienta la decisione verso il riconoscimento di un ambito prevalente di tutela per il diritto all’obiezione di coscienza, in quanto – secondo il *Tribunal* – l’esistenza di posizioni scientifiche che conducono a tale farmaco effetti abortivi produce una «duda razonable» che attribuisce al conflitto di coscienza oggetto della questione «suficiente consistencia y relevancia constitucional»⁶⁸.

In questo caso, analogamente a quello argentino, le caratteristiche del sostrato empirico della questione giuridica orientano l’interpretazione costituzionale, legittimando una applicazione estensiva del diritto all’obiezione di coscienza al caso della “pillola del giorno dopo”: Il *Tribunal*, a differenza di quanto avvenuto nel caso argentino, non prende posizione sul fondamento scientifico della questione, limitandosi ad accertare una situazione di incertezza rispetto agli effetti del farmaco e ponendo tale dato di fatto – che il *Tribunal* definisce come «especiales circunstancias» – a fondamento della estensione dell’ambito di applicazione del diritto in questione⁶⁹. Occorre sottolineare che in un voto *particular* allegato alla sentenza, il magistrato Asua Batarrita critica le modalità con le quali la maggioranza ha ricostruito lo stato dell’arte in materia, sottolineando come il richiamo alla assenza di unanimità rispetto agli effetti del farmaco rappresenta «una apreciación científica enteramente libre y subjetiva (...), no basada en prueba pericial alguna, y que resulta desmentida por la consideración de “medicamento anticonceptivo de emergencia” que la Agencia Española del Medicamento le ha asignado»⁷⁰. In questo senso, si potrebbe affermare che, al fine di garantire la plausibilità delle valutazioni di carattere tecnico-scientifico operate dal giudice costituzionale, appare opportuno uno sforzo argomentativo ulteriore, che dia conto delle basi empiriche sulle quali l’argomentazione si fonda, tenuto conto del rilievo che questo tipo di considerazioni tendono ad assumere in termini sia di interpretazione costituzionale sia di valutazione del bilanciamento operato a livello legislativo.

4.5. Una prima conclusione intermedia: la natura dell’approccio (astensionista o interventista) alle questioni tecnico-scientifiche come metronomo della relazione tra discrezionalità legislativa e discrezionalità giurisdizionale

In sintesi, è possibile individuare alcune linee di tendenza all’interno della giurisprudenza analizzata. Le corti, internazionali e nazionali, sempre più frequentemente sono chiamate ad affrontare questio-

⁶⁷ Nella sentenza n. 53/1985 il *Tribunal* ha affermato il principio secondo cui «por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales».

⁶⁸ *Tribunal Constitucional*, f.j. 4.

⁶⁹ Il *Tribunal* afferma infatti che «la sanción impuesta (...) vulnera el derecho demandante a la libertad ideológica garantizado por el art. 16.1 CE, en atención de la concurrencia de especiales circunstancias reflejadas en el fundamento jurídico 4 de esta resolución» (f.j. 5).

⁷⁰ *Voto particular*, f.j. 2.

ni giuridiche, la cui concreta individuazione e valutazione dipende dalla preliminare soluzione di questioni di natura tecnico-scientifica. Di fronte a ciò, le corti possono scegliere di entrare nel merito di tali questioni o di analizzare la questione giuridica senza pronunciarsi nel merito “scientifico” della medesima, riconoscendo la legittimazione di altri soggetti (*in primis*, il legislatore) a chiarire tali aspetti, attraverso scelte discrezionali di natura politica, le quali potranno eventualmente essere oggetto di scrutinio.

Nel caso in cui una corte decida di non esprimersi, come nel caso della Corte EDU, gli effetti prodotti sono quelli tipici della tecnica del *self-restraint*: la discrezionalità giurisdizionale tende a contrarsi, in favore di quella del legislatore, al quale la Corte EDU riconosce, nel caso in cui entrino in gioco valutazioni di carattere scientifico ed etico, un ampio margine di apprezzamento.

Quando, al contrario, le corti ritengono che la soluzione della questione scientifica (es. il concepimento o gli effetti della pillola del giorno dopo) sia funzionale a quella giuridica, la discrezionalità tende a espandersi nelle due fasi dell’argomentazione: rispetto alla selezione dei criteri alla luce dei quali valutare l’elemento fattuale (concepimento dalla fecondazione o dall’annidamento) e rispetto al “verso” della decisione, il quale – come il caso argentino, irlandese e spagnolo sembrano dimostrare – viene orientato in modo spesso determinante dall’esito della valutazione extra-giuridica⁷¹.

Una volta risolta positivamente la riserva relativa all’*an* della valutazione di questioni tecnico-scientifiche, l’esito della scelta fattuale – annidamento vs. fecondazione; effetti anticoncezionali vs. effetti antiabortivi – tende a orientare in modo decisivo il “verso” dell’argomentazione giuridica, entrando come elemento rilevante nella valutazione del bilanciamento operato a livello legislativo. Alla luce di tale correlazione, appare opportuno richiedere alle corti uno sforzo argomentativo particolare, tenuto conto dei rispettivi strumenti di cognizione, in termini ad esempio di citazione delle fonti di cognizione e di trasparenza del processo di selezione delle medesime in caso di pluralità di posizioni scientifiche.

Riconosciuto un nesso tra natura tecnico-scientifica delle questioni e ambito di discrezionalità giurisdizionale, occorre ora soffermarsi su tale dimensione.

5. La seconda dimensione della relazione tra funzione giurisdizionale e questioni scientifiche: l’impatto sul controllo della discrezionalità legislativa da parte delle corti nazionali e internazionali

Una delle questioni più rilevanti, nel momento in cui si voglia analizzare l’eventuale mutamento – o adattamento – delle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale in ambiti scientificamente caratterizzati, consiste nel valutare se, ed eventualmente in quale misura, la specificità dell’oggetto incida sulla relazione tra discrezionalità giurisdizionale e discrezionalità legislativa, all’interno della funzione di controllo di legittimità (o di convenzionalità) delle leggi in materia.

Una distinzione preliminare, che rappresenta una questione tradizionale relativa al rapporto tra “discrezionalità” – legislativa e giurisdizionale – deve essere compiuta in relazione all’approccio adotta-

⁷¹ A. DI STASI, cit., 19, ritiene che la difficoltà di giungere a definizioni condivise di concetti scientifici altamente controversi dal punto di vista sia scientifico sia etico «costituisce anche la logica conseguenza di una sorta di antecedenza – se non di “primato” – dell’*acquis* scientifico riguardo alle scelte politico-normative», richiamando a conferma la giurisprudenza costituzionale italiana (dalla sentenza n. 282 del 2002).

to dalle corti: occorre pertanto verificare se, quando l'oggetto dello scrutinio abbia natura tecnico-scientifica, il giudice tenda ad assumere un atteggiamento di *self-restraint*, rinviando rispettivamente alla discrezionalità del legislatore o alla competenza di autorità medico-scientifiche, o se, al contrario, si assista a un fenomeno di estensione della discrezionalità giurisdizionale, legittimata dalle caratteristiche specifiche dell'oggetto di giudizio.

5.1. Il *self-restraint* giurisprudenziale "provocato" o "rafforzato" dalla natura tecnico-scientifica della questione: Corte EDU e corti nazionali

Se si analizza la giurisprudenza della Corte EDU, l'ambito di indagine più significativo è sicuramente rappresentato dall'utilizzo del concetto di margine di apprezzamento nazionale in ambiti scientificamente connotati.

Come anticipato nel paragrafo precedente, l'analisi della giurisprudenza in materia sembra dimostrare che, anche in tale prospettiva, l'applicazione della teoria del margine di apprezzamento nazionale risulta caratterizzata da un andamento ondivago, alla luce dei tradizionali criteri utilizzati dalla Corte EDU (come la teoria del *consensus* tra gli Stati membri). La Corte, tenuto conto della natura altamente complessa dal punto di vista scientifico ed etico-sociale della questione, afferma l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento nazionale, anche nel caso in cui l'analisi comparata – assunta, come noto, quale parametro per la verifica della sussistenza di un *consensus* tra gli Stati membri – dovrebbe condurre a una sua limitazione, alla luce dell'esistenza di una sostanziale convergenza delle legislazioni nazionali⁷².

All'interno di questo schema, la natura della questione contribuisce a determinare l'ampiezza della discrezionalità riservata ai legislatori nazionali e, di conseguenza, dello scrutinio operato dalla Corte EDU⁷³. Quest'ultima, infatti, riconosce in modo sistematico che, quando l'oggetto della decisione sia caratterizzato da «sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments»⁷⁴, il margine di apprezzamento degli Stati deve essere «wide», sia rispetto all'*an* sia al *quomodo* dell'intervento legislativo nazionale⁷⁵.

⁷² Cfr. *ex plurimis* A., B., C. c. Irlanda, Camera Grande, 16 dicembre 2010, su cui L. BUSATTA, *La sentenza A, B e C c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine d'apprezzamento, consenso e (un possibile) monito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2011, 445-454; S. MCGUINNESS, *A, B, and C to D (for delegation!)*, in *Medical Law Review*, 19, 2011, 476-491; E. WICKS, *A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 11(3), 2011, 556-566. Nel caso citato, nemmeno il fatto che «most Contracting Parts» abbiano di fatto risolto il conflitto tra posizione giuridica del nascituro e della madre attraverso un bilanciamento «in favour of greater legal access to abortion» rappresenta un fattore decisivo per ridurre il margine nazionale di apprezzamento (Ivi, punto 237). In tal senso, questo sembra essere un caso in cui, come affermato da K. DZEBTSIAROU, *Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Public Law*, 2, 2011, 542, «'European consensus' is used in the sense of a trend».

⁷³ Cfr. P. GALLAGHER, *The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation*, in *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper*, 52, 2012, <http://ssrn.com/abstract=1982661>, 11.

⁷⁴ *Ex plurimis*, *Evans c. Regno Unito*; *S. H. e altri c. Austria*, sentenze dell'11 marzo 2010, Sez. I, e del 3 novembre 2011, Grande Camera; *Costa e Pavan c. Italia*, Sez. II, 28 agosto 2012.

⁷⁵ Cfr. ancora *Evans c. Regno Unito*, cit., 62.

La complessità – scientifica ed etico-morale – delle questioni sembra quindi favorire un atteggiamento di *self-restraint* rispetto alle scelte operate a livello nazionale. Tuttavia, in una sentenza successiva⁷⁶, la Corte, pur ribadendo il principio appena enunciato, ha sottolineato come il riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento nazionale non impedisce di effettuare un controllo sulle scelte operate a livello nazionale: infatti, «it falls to the Court to examine carefully the arguments taken into consideration during the legislative process and leading to the choices that have been made by the legislature and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those directly affected by those legislative choices»⁷⁷.

La Corte EDU si riserva pertanto un controllo nel merito delle scelte operate dal legislatore, anche quando queste ultime abbiano ad oggetto ambiti scientificamente complessi ed eticamente “sensibili”, introducendo due elementi rilevanti: da un lato, relativamente all’ampiezza dello scrutinio, al riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento corrisponde comunque un *favor* rispetto alla disciplina nazionale⁷⁸, il quale viene superato quando le scelte del legislatore siano manifestamente irragionevoli o incoerenti⁷⁹; dall’altro lato, in relazione all’oggetto dello scrutinio, assumono un rilievo specifico – che consolida l’emersione di un trend più ampio all’interno della giurisprudenza della Corte EDU – la natura e il contenuto del procedimento legislativo, aspetto al quale si rinvia *infra*.

Inoltre, la Corte EDU, secondo un approccio che trova a livello comparato altri esempi significativi⁸⁰, afferma reiteratamente che, in ambiti caratterizzati da una elevata complessità tecnico-scientifica ed etico-sociale, il proprio compito non consiste nel sostituirsi alla autorità nazionali competenti nel determinare le soluzioni legislative più appropriate a disciplinare tali ambiti⁸¹, riconoscendo che le autorità nazionali rappresentano i soggetti più adeguati (e legittimati) a svolgere questo tipo di valutazioni.

Significativamente, la Corte EDU ha esteso questo principio anche ad ambiti diversi da quello della PMA. Nel caso *Hristozov e altri c. Bulgaria*⁸², relativo alla possibilità di utilizzare farmaci sperimentali da parte di pazienti terminali, la Corte EDU ha riconosciuto che non rientra nelle funzioni di una corte internazionale quella di determinare il livello accettabile di rischio, connesso alla somministrazione di farmaci sperimentali, di fronte al beneficio terapeutico potenziale, dovendosi limitare – secondo un approccio adottato anche in *S. H. e altri c. Austria* – a verificare che la scelta operata a livello nazionale non oltrepassi il margine di apprezzamento riconosciuto⁸³. In seguito, nel caso *Durisotto c. Italia*⁸⁴, relativo al caso Stamina, la Corte EDU ha confermato questo principio, riconoscendo di non potersi

⁷⁶ *S. H. e altri c. Austria*, 2011, cit. Sottolineano questo aspetto T. MURPHY, G. Ó CUINN, *Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 10(4), 2010, 634.

⁷⁷ *S. H. e altri c. Austria*, 97.

⁷⁸ Cfr. i casi *Evans c. Regno Unito*, cit.; *S. H. e altri c. Austria*, cit.; e *Parrillo c. Italia*, Grande Camera, 27 agosto 2015, su cui *infra*.

⁷⁹ Cfr. il caso *Costa e Pavan c. Italia*, cit.

⁸⁰ *Ex plurimis*, Corte costituzionale italiana e *Conseil constitutionnel* francese, su cui si rinvia *infra*.

⁸¹ Le questioni relative alla disciplina dell’utilizzo delle tecniche di PMA rappresentano un ambito paradigmatico di operatività di questo principio (cfr. ad esempio i casi *Knecht c. Romania*, 2012, p. 59; *Parrillo c. Italia*, cit., p. 173).

⁸² *Hristozov e altri c. Bulgaria*, Sez. IV, 13 novembre 2012.

⁸³ *Ivi*, p. 125.

⁸⁴ *Durisotto c. Italia*, Sez. II, 6 maggio 2014.

sostituire alle autorità nazionali competenti (nel caso concreto, un comitato di esperti nominato dal Ministero della Salute) nel determinare il livello di rischio accettabile per i pazienti che vogliono accedere a cure compassionevoli nell'ambito di una terapia sperimentale⁸⁵.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte EDU, è possibile riconoscere l'esistenza di un principio generale, secondo cui deve essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento alle autorità nazionali (legislative o di altra natura), dal quale deriva una presunzione forte di compatibilità delle scelte normative e rispetto a cui uno scrutinio fondato sulla proporzionalità o coerenza degli strumenti normativi rappresenta un'eccezione, che può sfociare in una dichiarazione di incompatibilità solo in caso di incompatibilità manifesta e assoluta (cfr. Costa e Pavan c. Italia). Tenuto conto della giurisprudenza in materia, è possibile affermare che la natura della questione rappresenta un elemento decisivo al fine di regolare il rapporto tra margine di apprezzamento nazionale e scrutinio giurisprudenziale, in quanto la Corte EDU ha affermato che il primo tende ad espandersi quando l'ambito di applicazione sia caratterizzato, oltre che da «sensitive moral and ethical issues», da un «background of fast-moving medical and scientific developments»⁸⁶.

Tentando di giungere a una razionalizzazione degli elementi derivati dall'analisi della giurisprudenza della Corte EDU, possono essere identificate una serie di "variabili" rispetto al principio generale appena enunciato, in presenza delle quali la relazione tra diverse "discrezionalità" può assumere conformazioni differenziate.

All'interno di tali "variabili", è possibile identificare un criterio "tradizionale" della giurisprudenza della Corte EDU, rappresentato dalla applicazione della teoria del *consensus* tra gli Stati membri. Questa teoria trova, a conferma di una tendenza comune, un'applicazione spesso ondivaga e orientata dalla natura dell'oggetto: tanto più la questione assume carattere eticamente e scientificamente rilevante, tanto meno la dimensione quantitativa del criterio assume rilievo ai fini di una riduzione del margine di apprezzamento⁸⁷.

Inoltre, è possibile identificare un criterio "contestuale", direttamente connesso alla natura della questione affrontata, secondo cui – analogamente a quanto avviene per l'applicazione della teoria del *consensus* – quando il legislatore nazionale deve disciplinare delicate (*sensitive*) questioni etico-morali, all'interno di un contesto caratterizzato da sviluppi medico-scientifici in continua evoluzione, si afferma un *favor* rispetto alle scelte compiute, sia in termini di legittimazione (in quanto soggetto più adeguato a conoscere ed esprimere i "morals" della società di riferimento) sia di legittimità (in termini di presunzione forte di compatibilità con la CEDU della disciplina).

Infine, merita di essere approfondita in modo particolare una variabile ulteriore, di emersione più recente e tendenzialmente connessa a tali ambiti, che può essere definita procedurale. Per variabile procedurale si vuole descrivere quell'elemento interno al percorso argomentativo della Corte EDU, avente ad oggetto le caratteristiche concrete dei procedimenti decisionali sviluppati a livello naziona-

⁸⁵ Ivi, p. 40. Secondo M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 novembre 2015, 19, «la decisione di inammissibilità del giudice sovranazionale in *Durissotto c. Italia* dimostra quindi di incardinarsi perfettamente entro un sistema che concepisce le relazioni tra scienza e diritto come informate ad un generale principio di "leale collaborazione", nonché di separazione e di rispetto delle reciproche competenze e sfere di azione».

⁸⁶ *Ex plurimis*, *Evans c. Regno Unito*, cit., p. 59.

⁸⁷ Cfr. in particolare *A. B., C. c. Irlanda*, cit.; e *Parrillo c. Italia*, cit.

le per approvare legislazioni in materie tecnico-scientifiche, al fine – ad esempio – di valutare la partecipazione di istanze esterne al circuito democratico-rappresentativo⁸⁸ o l’apertura a elementi di carattere tecnico-scientifico, funzionali a una ricostruzione esaustiva e coerente dell’ambito disciplinato dalla legge⁸⁹.

L’emersione di questo criterio è relativamente recente e può essere fatta risalire al caso *Hatton e altri c. Regno Unito*⁹⁰, relativo alla disciplina britannica in materia di inquinamento acustico provocato dai voli notturni dell’aeroporto di Heathrow. La Corte EDU, chiamata a valutare la violazione dell’art. 8 CEDU da parte della normativa britannica, non accoglie il ricorso, fondando la propria decisione sulla valutazione degli aspetti procedurali della questione e affermando – in tale prospettiva – un principio/parametro che ha poi utilizzato anche in casi successivi. Secondo la Corte EDU, il procedimento decisionale seguito da un’autorità nazionale, quando abbia ad oggetto questioni complesse dal punto di vista tecnico-scientifico (nel caso di specie ambientali ed economiche), deve necessariamente prevedere indagini e studi appropriati, che consentano di individuare un bilanciamento ragionevole tra i diversi interessi che vengono in rilievo⁹¹.

La Corte specifica, inoltre, come non sia necessario che le scelte normative siano assunte esclusivamente quando siano disponibili dati misurabili e completi, relativi a tutte le questioni sollevate: ciò che la Corte EDU sembra richiedere è che, all’interno del procedimento decisionale, le autorità nazionali dimostrino di avere effettuato un monitoraggio costante della situazione, che non sia limitato al momento della approvazione della normativa ma che si preveda una rivalutazione periodica alla luce delle ricerche e delle evoluzioni avvenute nel corso del tempo, dando la possibilità alle persone interessate dalla decisione di partecipare al processo decisionale, anche apportando elementi ulteriori di valutazione. Nel caso concreto, il fatto che le autorità britanniche abbiano soddisfatto i requisiti appena descritti, ha condotto la Corte EDU ad affermare il rispetto dell’art. 8 CEDU da parte della normativa che disciplina i voli notturni, avendo questa individuato un ragionevole bilanciamento, sulla base di un procedimento decisionale adeguato (assenza di «fundamental procedural flaws»).

La Corte EDU ha quindi applicato questo parametro anche ad altri casi, aventi ad oggetto questioni relative all’inizio vita. Nel caso *Evans c. Regno Unito*⁹², relativo alla possibilità per una donna di utilizzare embrioni crioconservati a scopi riproduttivi anche senza il consenso attuale dell’ex partner, pratica vietata dalla normativa britannica, la Corte EDU, dopo avere riconosciuto l’assenza di un consenso a livello internazionale e attribuito un ampio margine di apprezzamento alle autorità nazionali, analizza le caratteristiche del procedimento che ha condotto all’approvazione della normativa (*HFEA Act 1990*), riconoscendo che quest’ultima ha rappresentato «the culmination of an exceptionally de-

⁸⁸ Come avvenuto nei casi *Evans c. Regno Unito*, su cui subito *infra*, e *Parrillo c. Italia*, cit.

⁸⁹ Cfr. *S. H. e altri c. Austria*, cit. L’utilizzo da parte della Corte EDU delle caratteristiche del procedimento legislativo ai fini dello scrutinio delle leggi nazionali non è esclusivo dell’ambito qui analizzato, ma rappresenta una dimensione dal crescente rilievo nella giurisprudenza convenzionale: cfr. M. SAUL, *The European Court of Human Rights’ Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments*, in *Human Rights Law Review*, 15, 2015, 745-774.

⁹⁰ *Hatton e altri c. Regno Unito*, Camera Grande, 8 luglio 2003.

⁹¹ *Ivi*, 128 («a governmental decision-making process concerning complex issues of environmental and economic policy such as in the present case must necessarily involve appropriate investigations and studies in order to allow them to strike a fair balance between the various conflicting interests at stake»).

⁹² *Evans c. Regno Unito*, Sez. IV, 7 marzo 2006.

tailed examination of the social, ethical and legal implications of developments in the field of human fertilisation and embryology» e si è basata sulle raccomandazioni presentate da un comitato di esperti istituito *ad hoc* (la commissione Warnock), una consultazione pubblica e un *White Paper*, dai quali è scaturito il disegno di legge successivamente approvato in Parlamento⁹³.

In questo caso, le caratteristiche del processo decisionale, che soddisfano (anche se la sentenza non richiama espressamente il precedente Hatton) i criteri enunciati in precedenza dalla Corte EDU, risultano decisive al fine di orientare la decisione di dichiarare la compatibilità della normativa con l'art. 8 della CEDU, fornendo ulteriori elementi che conducono la Corte a ritenere che la ratio della legge fosse di assicurare un consenso continuo dall'inizio del trattamento fino al trasferimento in utero degli embrioni prodotti⁹⁴.

Recentemente, nel caso Parrillo c. Italia (2015⁹⁵), la Corte EDU è tornata ad utilizzare questo criterio, analizzando le caratteristiche concrete del procedimento legislativo che ha condotto alla approvazione della legge italiana in materia di PMA (40/2004) e derivando da tale analisi elementi utili a orientare la decisione in senso favorevole alle scelte adottate dal legislatore italiano (divieto di utilizzo di embrioni a scopo di ricerca). Risulta opportuno evidenziare che, in questo caso, la Corte EDU utilizza il criterio procedurale al fine di valutare la ragionevolezza del bilanciamento introdotto dalla normativa italiana, dopo avere riconosciuto l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento: la dimensione procedurale si pone quale elemento dello scrutinio dell'esercizio discrezionale del potere legislativo a livello nazionale, potendo alternativamente rafforzare o indebolire – a seconda del rispetto dei principi enunciati dalla Corte EDU – la presunzione di compatibilità derivante dalla natura ampia del margine di apprezzamento nazionale.

L'esito del caso concreto sembra confermare questa impostazione. La Corte, infatti, basandosi su elementi relativi ai lavori preparatori della legge italiana dedotti dalle parti processuali (in particolare dal governo italiano) e giungendo a conclusioni diverse da quelle prevalenti nella dottrina italiana in materia⁹⁶, riconosce che «the drafting of the Law had given rise to discussions that had taken account of the different scientific and ethical opinions and questions on the subjects»⁹⁷, attraverso audizioni di medici, specialisti e associazioni coinvolte nell'ambito della PMA, che hanno contribuito

⁹³ Ivi, p. 63.

⁹⁴ *Evans c. Regno Unito*, Grande Camera, 10 aprile 2007, pp. 63 e 60. M. SAUL, *The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments*, cit., 763, sottolinea questo aspetto quale espressione del principio democratico nella sua dimensione partecipativa, alla quale la Corte EDU attribuisce – nella giurisprudenza citata – un rilievo specifico. L'Autore citato sussume il caso Evans nella categoria della «implicit connection» tra ampiezza del margine di apprezzamento e qualità del procedimento legislativo, in quanto «the Court is not explicit on the connection between the margin and parliamentary process, but it is possible to construe a connection through reading parts of the reasoning together» (Ivi, p. 755).

⁹⁵ Per un commento, M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in www.forumcostituzionale.it, 29 settembre 2015; L. POLI, *La sentenza Parrillo c. Italia e quello che la Corte (non) dice sullo status dell'embrione*, in <http://www.sidi-isil.org/>, 22 settembre 2015; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2015, 163 ss.

⁹⁶ Per una ricostruzione del dibattito parlamentare, cfr. C. MARTINI, *Il dibattito parlamentare sulla Pma nella XIII e XIV legislatura*, in G. TONINI (a cura di), *La ricerca e la coscienza. La procreazione assistita tra legge e referendum*, Roma, 2005, 119 ss.

⁹⁷ Parrillo c. Italia, cit., 184.

alla discussione parlamentare in modo significativo. Su tali basi, nell’ottica della valutazione della ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore italiano, la Corte EDU riconosce che «during the drafting process of the Law in question the legislature had already taken account of the different interests at stake, particularly the State’s interest in protecting the embryo and that of persons concerned in exercising their right to individual self-determination in the form of donating their embryos to research»⁹⁸.

In questo caso, la variabile procedurale contribuisce a orientare la decisione nel senso della dichiarazione di compatibilità della legge con la CEDU, in quanto le modalità di svolgimento del procedimento legislativo – caratterizzato, secondo la ricostruzione della Corte⁹⁹, da una pluralità di audizioni e dalla partecipazione dei soggetti interessati – garantiscono l’adeguatezza e la ragionevolezza del bilanciamento effettuato, rafforzando la presunzione di compatibilità¹⁰⁰.

Nel caso *Parrillo c. Italia*, la Corte EDU consolida pertanto una dimensione ulteriore della variabile procedurale, rappresentata dalla esigenza che il legislatore, anche quando gli sia riconosciuto un ampio margine di apprezzamento, svolga una valutazione approfondita («thorough assessment») delle «rules governing artificial procreation, taking into account the dynamic developments in science and society»¹⁰¹. Questo elemento è stato utilizzato dalla Corte EDU nella sentenza *S. H. c. Austria* (Camera Grande, 2011), alla quale la sentenza *Parrillo* si riferisce in modo esplicito.

In quella occasione, la Corte EDU ha affermato che, tenuto conto dei continui sviluppi in termini di acquisizioni medico-scientifiche e applicazioni tecnologiche (nel caso di specie, nel campo della PMA), al legislatore è richiesto uno specifico onere procedurale, dal momento che «this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States»¹⁰². La specificità dell’ambito oggetto di disciplina richiede, da parte del legislatore, una verifica costante anche dell’evoluzione tecnico-scientifica, oltre che del contesto etico-sociale, al fine tenerne conto in sede di adeguamento dei contenuti della disciplina. Inoltre, questo aspetto può incidere anche sullo scrutinio operato dalla Corte EDU, la quale può tenere conto, nel valutare la compatibilità delle norme nazionali, di eventuali sviluppi avvenuti successivamente all’entrata in vigore della legge¹⁰³.

5.2. Il livello nazionale: la possibile diversa “natura” del *self-restraint* (fondamento presuntivo – Francia – o valutativo – Argentina e Regno Unito)

Nella prospettiva nazionale, la giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* francese risulta particolarmente significativa. I giudici costituzionali francesi, di fronte a questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto leggi in materie connotate dal punto di vista medico-scientifico, assumono in modo

⁹⁸ *Parrillo c. Italia*, cit., 188.

⁹⁹ Cfr. la *dissenting opinion* del giudice Sajò.

¹⁰⁰ M. D’AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 novembre 2015, 21, ritiene il caso *Parrillo* come espressivo dell’atteggiamento della Corte EDU verso la scienza, che assume una «valenza pericolosamente accessoria» e «recessiva» all’interno del giudizio di convenzionalità.

¹⁰¹ *Parrillo c. Italia*, cit., p. 170.

¹⁰² *S. H. e altri c. Austria*, Camera Grande, cit., p. 118.

¹⁰³ *S. H. e altri c. Austria*, Camera Grande, 2011, p. 84.

sistematico un atteggiamento di *self-restraint*, fondandolo espressamente sulla natura tecnico-scientifica della disciplina. Questo approccio incide inevitabilmente sul percorso argomentativo, dal quale emerge chiaramente un *favor* per le scelte legislative oggetto di ricorso¹⁰⁴.

Il *Conseil* ha metabolizzato nella propria giurisprudenza il principio, in base al quale, di fronte a questioni che riguardano la fondatezza del fondamento scientifico delle scelte politiche effettuate dal legislatore, «il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de substituer son appréciation à celle du législateur»¹⁰⁵. Il *Conseil* ha reiteratamente applicato questo principio, riconoscendo nel Parlamento francese il soggetto legittimato a svolgere questo tipo di valutazioni e, di conseguenza, che queste ultime possono essere caratterizzate da un elevato livello di discrezionalità politica, pur all'interno dell'obiettivo di tutela e bilanciamento degli interessi costituzionali coinvolti¹⁰⁶.

Nella sentenza citata, questo approccio ha portato il *Conseil* a rigettare una *question prioritaire de constitutionnalité*, che si fondava sulla mancanza di dati scientifici unanimi relativi al divieto di conservazione del sangue da cordone ombelicale per utilizzo infra-familiare (cd. autologo), tali da giustificare un diverso trattamento fondato sulle finalità – solidaristica o autologa – della conservazione. Secondo i giudici, la scelta operata dal legislatore, tendente a limitare la conservazione per utilizzo intra-familiare esclusivamente nel caso in cui vi sia una accertata “necessità terapeutica” che giustifichi il prelievo¹⁰⁷, si fonda proprio sulla valutazione degli effetti terapeutici della pratica in oggetto, ritenendo che, in assenza di una specifica necessità terapeutica, il trapianto di cellule ematopoietiche da cordone ombelicale intra-familiare non presenta un «avantage thérapeutique» rispetto ad altri tipi di trapianto (allogenico). Pertanto, legittimamente il legislatore, basandosi anche su elementi di carattere medico-scientifico, la cui valutazione – come detto – deve restare estranea allo scrutinio del *Conseil*, ha considerato prevalente il principio della donazione gratuita e altruistica, condizionata al consenso informato della donna, prevedendo un'eccezione esclusivamente se scientificamente fondata su concrete esigenze terapeutiche.

Il *Conseil* ha utilizzato il medesimo approccio anche in altri ambiti¹⁰⁸, confermando un atteggiamento costante di favore rispetto all'esercizio discrezionale del potere legislativo. In particolare, nella sentenza n. 2015-458 QPC, il *Conseil* ha ritenuto infondata la questione avente ad oggetto una legge che prevedeva una serie di obblighi vaccinali, riservando al ministro competente il potere di sospendere

¹⁰⁴ Questo approccio si pone in linea di continuità con il generale rapporto tra *Conseil* e legislatore francese: per un'analisi esaustiva della giurisprudenza costituzionale francese sul punto, G. BERGOUIGNOUS, *Le Conseil constitutionnel et le législateur*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1, 2013, 294 ss.

¹⁰⁵ *Ex plurimis*, sentenza n. 2012-249 QPC, 16 maggio 2012. Cfr. sul punto D. PARIS, *La disciplina del prelievo e dell'uso del cordone ombelicale al vaglio del Conseil constitutionnel. Brevi osservazioni a margine della décision n. 2012-249 QPC*, in *Rivista AIC*, 3, 2012.

¹⁰⁶ F. CHÉNÉDÉ, P. DEUMIER, *L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2, 2013, 354 ss., analizzano in modo sistematico la giurisprudenza costituzionale francese alla luce di questa prospettiva.

¹⁰⁷ Art. L. 1241-1 del *code de la santé*, come modificato dalla *Loi de bioéthique* n. 2011-814.

¹⁰⁸ Cfr. in precedenza sentenza n. 94-343/334 DC (27 luglio 1994), in riferimento al pregiudizio alla salute che può subire il figlio nato da procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo a causa dell'impossibilità di conoscere le proprie origini genetiche, e sentenza n. 2001-446 DC (27 giugno 2001) rispetto ai rischi per la salute legati all'estensione del periodo entro il quale può essere praticata l'interruzione volontaria della gravidanza.

con apposito decreto tali obblighi, alla luce della situazione epidemiologica e delle conoscenze mediche e scientifiche. Secondo i giudici costituzionali francesi, lo schema legislativo, riservando al ministro competente il potere di adeguare l'applicazione dell'obbligo vaccinale alle esigenze derivanti dall'evoluzione del contesto medico-scientifico, risulta costituzionalmente legittimo, in quanto – da un lato – il legislatore rappresenta il soggetto legittimato a svolgere questo tipo di scelte al fine di tutelare la salute pubblica e – dall'altro lato – la legge prevede meccanismi attraverso cui è possibile modificare tale assetto, tenendo conto dell'evoluzione dei dati scientifici, medici ed epidemiologici¹⁰⁹.

In ogni caso, si riafferma come non possa spettare al *Conseil* di «remettere en cause», alla luce dello stato delle conoscenze scientifiche, i contenuti della legge. Confermando una correlazione diretta tra *self-restraint* nella valutazione della fondatezza dei presupposti scientifici della legge e ampiezza dello scrutinio nel merito delle scelte operate dal legislatore, il *Conseil* afferma che la sua funzione non può estendersi fino a «rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé»¹¹⁰.

In tal senso, la giurisprudenza costituzionale francese sembra discostarsi da quella italiana: se entrambe affermano il principio secondo cui il giudice non è chiamato a sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dal legislatore (o, eventualmente, da organismi tecnici individuati da quest'ultimo)¹¹¹, nel caso francese l'adesione a questo principio limita in modo decisivo l'ampiezza dello scrutinio operato sul merito delle scelte legislative; mentre – come noto – la Corte costituzionale italiana è venuta ad affermare l'esistenza di limiti che derivano dalle acquisizioni tecnico-scientifiche al potere discrezionale del legislatore, i quali possono essere utilizzati come parametro nel giudizio di costituzionalità di leggi scientificamente connotate.

Una dimensione ulteriore di questo fenomeno è rappresentata da quei casi, nei quali una corte, pur svolgendo una valutazione in concreto della questione e individuando elementi di criticità nel quadro normativo di riferimento, riconosce la competenza esclusiva del legislatore nel verificare l'adeguatezza degli strumenti normativi, anche mediante una espressa delega ad autorità ministeriali o tecniche. In questo caso, la natura tecnica dell'oggetto rappresenta l'elemento decisivo per limitare le competenze dell'autorità giudiziaria, in favore della competenza assunta da altri soggetti istituzionali, titolari di adeguate risorse e competenze tecniche. Questo approccio, che accomuna sistemi di *civil law* e di *common law* (cfr. subito *infra*), sembra esprimere una dimensione ulteriore del *self-restraint* giurisprudenziale in contesti scientificamente connotati, in ragione del quale i giudici riconoscono che la struttura legislativa prevede meccanismi adeguati attraverso cui adeguarne i contenuti allo sviluppo delle acquisizioni medico-scientifiche e che, al contempo, essi non possono sostituirsi.

¹⁰⁹ Sentenza n. 2015-458 QPC, p. 10. Sul punto, si rinvia al contributo di M. TOMASI, *Unitarietà della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, pubblicato su questo numero della *Rivista*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ La Corte costituzionale italiana ha affermato questo principio nella sentenza n. 185 del 1998, per poi confermarlo in sentenze successive (*ex plurimis*, sentenze n. 121 del 1999 e n. 188 del 2000). Analizza in modo approfondito questo aspetto P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, 599 ss.

tuirsi ai soggetti legislativamente individuati (e legittimati) nell'applicazione dei medesimi. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana ha affermato questo principio in modo ormai sistematico (a partire dalla giurisprudenza Di Bella citata nella nota 111), ma anche a livello comparato è possibile trovare rilevanti esempi, nei quali l'esercizio del potere giurisdizionale viene orientato da questo principio.

In una recente sentenza avente ad oggetto un *recurso de amparo* finalizzato, a fronte del mancato inserimento nell'elenco delle prestazioni legislativamente ammesse, ad ottenere la copertura integrale della diagnosi genetica preimpianto, sulla base del diritto fondamentale all'accesso integrale alle tecniche di PMA e del diritto fondamentale alla salute, la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina ha applicato tale principio in modo espresso¹¹².

La *Corte* argentina, secondo un approccio diverso da quello assunto da altre corti in casi analoghi (cfr. la giurisprudenza britannica in materia di DGP), a fronte di una disposizione legislativa che non include espressamente tra le prestazioni assicurate dal servizio sanitario nazionale questo tipo di tecnica diagnostica, non utilizza i propri poteri ermeneutici al fine di valutare la possibilità di una interpretazione estensiva, teleologicamente orientata, del testo della legge. Al contrario, individuando nella legge la presenza di una clausola di apertura che prevede la possibilità di modificare l'elenco delle prestazioni alla luce della evoluzione tecnico-scientifica, ritiene di non poterne usufruire direttamente, richiamando la competenza esclusiva del soggetto individuato dal legislatore, nel caso di specie il Ministero della Salute argentino.

In questo caso, la Corte decide di non entrare nel merito della questione, rinunciando ad una interpretazione evolutiva delle formule legislative. Ciò sarebbe stato teoricamente possibile, in quanto la legge, riferendosi genericamente (secondo quello che è stato in altra sede definito come «rinvio mobile alla scienza»¹¹³) a «técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones» (art. 2, secondo comma), avrebbero potuto consentire questa operazione. Tuttavia la *Corte* afferma l'esistenza di una riserva normativa esclusiva in favore delle autorità tecniche ministeriali, alle quali la legge attribuisce il compito di determinare in concreto il contenuto della formula utilizzata dal legislatore e di includere eventualmente «nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos», mediante una specifica autorizzazione ministeriale¹¹⁴.

Riconoscendo che il quadro legislativo fornisce *de iure condito* meccanismi finalizzati ad adeguarne il contenuto agli sviluppi tecnico-scientifici avvenuti nel contesto della PMA mediante la tecnica del rinvio mobile ai dati scientifici e una riserva di competenza alle autorità ministeriali, la *Corte* ribadisce il principio per cui non è ammissibile che siano i tribunali, in particolare nel quadro dei limitati poteri di cognizione che fornisce il *recurso de amparo*, a determinare l'incorporazione al catalogo di procedimenti e tecniche di PMA autorizzati, una pratica quale quella della DGP¹¹⁵. Infatti, secondo la *Corte* argentina, «la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador

¹¹² *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, n. CSJ 3732/2014, sentenza del 1 settembre 2015. J. N. LAFFERRIERE, J.A. TELLO MENDOZA, *El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de "Artavia Murillo"*, in *Foro Jurídico*, 14, 2015. In generale, sulla normativa in materia, M. HERRERA, *La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida, saldando deudas*, in *La Ley*, n. 1, 10 giugno 2013, 1-3.

¹¹³ Cfr. S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., 140-141 e 347 ss.

¹¹⁴ *Corte Suprema*, cit., p. 7.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 10.

ni juzgar el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades», assumendo un approccio generale che, pur nelle diversità applicative evidenziate dall’analisi comparata, può dirsi consolidato dalle giurisdizioni superiori a livello comparato.

Il caso britannico rappresenta un approccio ibrido al bilanciamento tra *self-restraint*, inteso nel senso da ultimo descritto (il caso argentino) e *judicial activism*, caratterizzato dalla tendenza a utilizzare il potere ermeneutico in senso ampiamente evolutivo. In questo senso, la giurisprudenza in materia di PMA risulta paradigmatica. Lo *HFE Act* (1990) prevede l’attribuzione a un organismo tecnico indipendente – la *HFE Authority* – di ampie funzioni decisionali, in termini di autorizzazione e controllo delle attività disciplinate dalla legge¹¹⁶. Come riconosciuto dai giudici britannici che sono stati chiamati a decidere ricorsi contro decisioni assunte dall’*Authority*, la scelta del legislatore britannico di attribuire a un organismo tecnico ampi poteri autorizzatori e regolativi esprime l’esigenza di adeguare lo schema normativo generale alle caratteristiche del proprio oggetto – «an area of rapidly developing scientific knowledge and debate»¹¹⁷ – che richiede un costante adattamento a livello applicativo, il quale non può essere assicurato unicamente dalla fonte legislativa. L’individuazione della *ratio* legislativa conduce i giudici britannici ad affermare un principio comune alle giurisdizioni analizzate – la cui assunzione da parte di una giurisdizione di *common law* appare particolarmente sintomatica – secondo cui «it is not the function of the court to enter the scientific debate, nor is it the function of the court to adjudicate on the merits of the Board’s decisions or any advice it gives»¹¹⁸.

Pertanto, secondo la *Court of Appeal* nella sentenza citata, lo scrutinio del giudice non può spingersi oltre il limite della manifesta irragionevolezza, arbitrarietà o irrazionalità della decisione compiuta dall’organo tecnico. Pertanto, quando l’*Authority* abbia dimostrato di avere tenuto in considerazione le particolarità del caso concreto e di avere valutato i dati scientifici rilevanti, lo scrutinio non potrà che essere limitato. Come il limite che il giudice costituzionale incontra rispetto allo scrutinio dell’esercizio del potere discrezionale del legislatore deriva dalla natura democratico-rappresentativa dell’organo parlamentare, così il *self-restraint* adottato dalla corte britannica sembra dovuto alla natura tecnica dell’organo, legittimato dalla sua specifica *expertise* (oltre che da una formale attribuzione di potere da parte del legislatore).

Questa tendenza, che consente di sussumere questo filone giurisprudenziale alla categoria di decisioni caratterizzate da un tendenziale *self-restraint*, anche se diretto a decisioni assunte da un orga-

¹¹⁶ Per una descrizione di questo organismo tecnico, T. PROSSER, *The Regulatory Enterprise: Government, Regulation, and Legitimacy*, Oxford, 2010, 21-43; T. CALLUS, *Ensuring Operational Compliance and Ethical Responsibility in the Regulation of ART: The HFEA, Past, Present, and Future*, in *Law, Innovation and Technology*, 1, 2011, 86 ss.; R. BROWNSWORD, *Rights, Regulation and the Technological Revolution*, Oxford, 2008, 300 ss.

¹¹⁷ *Re v. HFE Authority, ex parte Assisted Reproduction and Gynaecology Centre & H (2002, Court of Appeal)*, nel quale si afferma che «this is an area of rapidly developing scientific knowledge and debate, in which the Authority, as the licensing body established by Parliament, makes decisions and gives advice. It is not the function of the court to enter the scientific debate, nor is it the function of the court to adjudicate on the merits of the Board’s decisions or any advice it gives. Like any public authority, the Board is open to challenge by way of judicial review, but only if it exceeds or abuses the powers and responsibilities given to it by parliament» (cfr. commento su *Medical Law Review*, 2002, 213).

¹¹⁸ *Ibidem*.

nismo tecnico, viene confermata da altre decisioni¹¹⁹, nelle quali le corti britanniche riconoscono che il Parlamento ha attribuito un ampio potere decisionale alla *Authority* proprio al fine di consentire un costante adattamento dei contenuti legislativi e delle finalità ad essi sottesi al mutare delle condizioni, in particolare tenendo conto la evoluzione delle acquisizioni tecnico-scientifiche, le quali impongono di introdurre soluzioni applicative idonee ad assicurare – anche in contesti mutati – l’effettiva attuazione della legge e il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dall’intervento legislativo. Su tali basi, le corti britanniche applicano un *self-restraint* nei confronti di un organismo tecnico, affermando che lo scrutinio delle decisioni di quest’ultimo non può spingersi oltre ad una valutazione della evidente arbitrarietà o irragionevolezza delle medesime e riconoscendo comunque una riserva di competenza relativamente al merito tecnico-scientifico delle decisioni assunte in capo alla medesima autorità¹²⁰.

L’atteggiamento di *self-restraint* che le corti britanniche assumono nei confronti delle decisioni assunte dall’*Authority*, secondo un approccio che richiama quello analizzato nel caso argentino nel senso di affermare la piena legittimità ed adeguatezza dei meccanismi introdotti a livello legislativo (anche quando prevedano una delega a organismi tecnici o esecutivi), si accompagna a un approccio “interventista” nel momento in cui siano chiamate a verificare in concreto l’ambito normativo di applicazione di concetti scientifici richiamati dal testo legislativo. Posta di fronte a valutare la possibilità di sussumere embrioni prodotti in vitro mediante tecniche alternative alla fecondazione dell’ovulo¹²¹ nella definizione legislativa di «human embryo» (art. 1 *HFE Act*), la giurisprudenza britannica ha consolidato un’interpretazione evolutiva, fondata sulla lettera e sulla *ratio* della legge¹²². I giudici britannici hanno adottato un approccio “aperto” anche in riferimento al caso – oggetto di decisioni da parte di altre tra le giurisdizioni analizzate¹²³ – relativo alla possibilità di estendere il concetto di embrione, come definito dalla legge britannica («*human live embryo*»), anche agli embrioni prodotti mediante trasferimento nucleare. La *High Court*¹²⁴ ha infatti riconosciuto che la volontà legislativa contenuta nella versione originaria dell’*Act*, e confermata dalla riforma del 2008, non consisteva nel prevedere una «immutable definition» di embrione, ma nel consentirne un’applicazione estensiva, mediante l’utilizzo di termini indeterminati in grado di adattarsi all’evoluzione scientifica. La *High Court* riconosce che la formula legislativa risulta funzionale a rispondere all’esigenza di «move on with the

¹¹⁹ Ad esempio il caso *Quintavalle (Comment on Reproductive Ethics) v HFEA, 2005, House of Lords*, relative alla autorizzazione ad effettuare la tecnica del *tissue typing*. Per un commento, S. SHELDON, S. WILKINSON, *Hasmi and Whitaker: An Unjustifiable and Misguided Distinction?*, in *Medical Law Review*, 137, 2004, 145; A. ALGHAMI, ‘Suitable’ to be a ‘saviour’: *R (Quintavalle) v Human Fertilisation and Embryology Authority*, in *Child and Law Family Quarterly*, 18(3), 2006, 407 ss.

¹²⁰ Cfr. il caso *Assisted Reproduction and Gynaecology Centre & Anor v The Human Fertilisation and Embryology Authority [2013] EWHC 3087 (Admin) (18 October 2013), High Court, Queen’s Bench Division, Administrative Court*.

¹²¹ Cfr. il caso dello *human admixed embryo* o del trasferimento nucleare.

¹²² Per una analisi sul punto, sia consentito il rinvio a S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica*, cit., 305 ss.

¹²³ Cfr. il *Tribunal Constitucional* portoghese, su cui subito *infra*.

¹²⁴ *Quintavalle & Anor, R (on the application of) v. Human Fertilisation & Embryology Authority (HFEA) [2008] EWHC 3395 (Admin) (09 December 2008)*.

development of science and which allows for amending regulations to be made to reflect developments when they occur within the intention of the Act»¹²⁵.

In una giurisprudenza precedente, sia la *Court of Appeal*¹²⁶ sia la *House of Lords*¹²⁷ avevano inaugurato questo approccio, fondato su una interpretazione teleologica e “scientificamente orientata” della legge, in quanto fondata sull’esigenza di tenere conto dell’«unforeseen scientific development» che caratterizza l’oggetto di intervento. In particolare, secondo la *House of Lords*, la definizione legislativa di embrione, che contiene un riferimento alla fecondazione dell’ovulo, deve essere interpretata «in the light of the new scientific knowledge», rappresentato nel caso concreto dalla tecnica del trasferimento nucleare, al fine di assicurare - anche in caso di mutamento del sostrato empirico della legge l’effettiva realizzazione - della *ratio* legislativa¹²⁸. Un diverso approccio, di natura letterale, risulterebbe secondo i giudici contrario alla volontà legislativa, oltre che incoerente e irrazionale in termini sistematici¹²⁹, in quanto presupporrebbe che il legislatore abbia voluto consapevolmente limitare l’ambito di applicazione della legge sulla base di una specifica modalità di produzione degli embrioni (la fecondazione), alla quale si è al contrario riferito nel testo legislativo con finalità meramente esemplificative, assumendo quella conosciuta sulla base del sapere scientifico all’epoca della redazione della legge¹³⁰.

Nei casi da ultimo citati, la natura del *self-restraint* appare diversa rispetto a quella che caratterizza l’esempio francese. Infatti, nel caso del *Conseil constitutionnel* francese, esso si basa su di una presunzione pressochè assoluta derivante dalla natura delle funzioni e della legittimazione dell’organo parlamentare, le quali impongono ai giudici costituzionali di non sostituirsi alle valutazioni compiute dal legislatore, mentre nel caso argentino e, in particolare, britannico, il *favor* rispetto all’approccio assunto dal legislatore e al merito delle decisioni di organismi tecnici competenti non si fonda su una presunzione automatica di legittimità, ma sulla valutazione delle caratteristiche del modello normativo adottato (ad es., previsione di meccanismi normativi di adeguamento al progresso scientifico-tecnologico).

5.3. Oltre il *self-restraint*: la funzione valutativa degli elementi tecnico-scientifici all’interno del giudizio di legittimità costituzionale (Canada, Spagna, Portogallo; Corte di giustizia dell’Unione europea)

Quando le corti superano un atteggiamento di rigido *self-restraint*, possono valutare la legittimità della disciplina anche alla luce di una verifica della fondatezza empirica della legge. In questo caso, la valutazione dei riferimenti legislativi ad elementi extra-giuridici possono risultare decisivi al fine di

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ *R v. Secretary of State for Health ex parte Quintavalle (on behalf of Pro-Life Alliance) [2002] EWCA Civ. 29.*

¹²⁷ *R v. Secretary of State for Health ex parte Quintavalle (on behalf of Pro-Life Alliance) [2003] UKHL 13.*

¹²⁸ «given that Parliament legislates on the assumption that statutes may be in place for many years, and that Parliament wishes to pass effective legislation, this is a benign principle designed to achieve the wishes of Parliament» (*House of Lords*, p. 25).

¹²⁹ Cfr. *House of Lords*, p. 49 (Lord Millett) e *Court of Appeal* (p. 38 e 42).

¹³⁰ Secondo la corte, «four words [“where fertilisation is complete”] were not intended to form an integral part of the definition of embryo but directed to the time at which it should be treated» (*House of Lords*, p. 14).

individuare una interpretazione in grado di rendere il dato normativo compatibile con i parametri costituzionali.

Un approccio temperato tra un rigido *self-restraint* e una valutazione nel merito delle scelte legislative, operata attraverso parametri costituzionali tradizionali, è rappresentato dalla recente sentenza della Corte Suprema canadese in materia di assistenza al suicidio. Nella sentenza *Carter c. Canada*¹³¹, la Corte Suprema, innovando la propria giurisprudenza (cfr. il caso *Rodriguez*, 1993), ha dichiarato *void* il divieto di assistenza al suicidio previsto dal codice penale canadese, al ricorrere di una serie di condizioni relative alla volontarietà della decisione e alla condizione clinica del soggetto, in quanto incompatibile con i diritti garantiti dall'art. 7 della *Charter*¹³². Pur riconoscendo che al legislatore debba essere in tale ambito attribuita una «measure of deference»¹³³, la Corte canadese non ritiene – al contrario di quanto avviene nella citata giurisprudenza francese – di non potere sviluppare il proprio scrutinio fino a valutare se, alla luce delle circostanze e delle evidenze fattuali assunte nei diversi gradi di giudizio, il legislatore avrebbe potuto prevedere uno strumento normativo meno limitativo dei diritti della persona al fine di perseguire una finalità – la tutela di soggetti in condizione di particolare vulnerabilità – costituzionalmente legittima (criterio del *minimal impairment*).

Pertanto, la Corte svolge uno scrutinio di proporzionalità in concreto, pur riconoscendo che al legislatore deve essere attribuito un «high degree of deference», in quanto si tratta di una materia – la morte medicalmente assistita (*physician-assisted death*) – che coinvolge complesse questioni di politica sociale e valori confliggenti. Applicando al caso il parametro del «minimal impairment», la Corte Suprema attribuisce un rilievo specifico al fatto che il giudice d'Appello abbia fondato la propria valutazione, contraria alla proporzionalità del divieto assoluto, anche sulla assunzione di elementi probatori («evidence») derivanti dalla consultazione di scienziati, professionisti della salute, a livello nazionale e internazionale. In questo caso, dimensione tecnica e dimensione etico-sociale risultano particolarmente connesse, in particolare quando associate alla relazione tra medico e paziente e alla capacità del primo di valutare in modo adeguato la capacità del secondo e la volontarietà e certezza («non-ambivalence») della scelta effettuata¹³⁴.

L'accertamento dell'*evidence* assunta nel corso del processo dimostra, secondo la Corte Suprema, che anche un regime permissivo, in presenza di garanzie adeguate («carefully designed and managed system»), può assicurare la protezione delle persone vulnerabili, dichiarando quindi nullo il divieto

¹³¹ Per un commento, M. TOMASI, *Alla ricerca di una disciplina per il suicidio medicalmente assistito in Canada: dal divieto penale a un articolato regime di controlli e cautele - Canada Supreme Court: Carter v. Canada (Attorney General)*, in *DPCE Online*, 2, 2015; F. REY MARTÍNEZ, *La ayuda médica a morir como derecho fundamental. Comentario crítico de la sentencia de la Corte Suprema de Canadá de 6 de Febrero de 2015, asunto Carter v. Canadá*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2015, 245-260; A. DI MARTINO, *La Corte Suprema canadese fa un "overruling" e dichiara incostituzionale il reato di aiuto al suicidio*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1, 2015; cfr. anche il *Symposium Carter v. Canada (Attorney General)*, in *Saskatchewan Law Review*, 2, 2015, 197 ss.

¹³² Secondo la Corte Suprema canadese la «section 241(b) and s. 14 of the Criminal Code unjustifiably infringe s. 7 of the Charter and are of no force or effect to the extent that they prohibit physician-assisted death for a competent adult person who (1) clearly consents to the termination of life and (2) has a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability) that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition. The declaration of invalidity is suspended for 12 months».

¹³³ *Carter c. Canada*, cit., p. 97.

¹³⁴ *Carter c. Canada*, cit., p. 104.

legislativo, in violazione del diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza (art. 7 della *Charter*). Allo stesso tempo, la Corte, limitando la propria competenza alla risoluzione del singolo caso concreto oggetto del giudizio, individua nel Parlamento canadese il soggetto comunque chiamato a intervenire al fine di adeguare l’assetto legislativo alla decisione, esercitando il proprio potere normativo in modo conforme ai principi affermati dalla Corte Suprema, sospendendo a tal fine di dodici mesi l’efficacia della sentenza¹³⁵.

Pur dichiarando la legge «void», la Corte non ritiene che la propria funzione possa andare oltre al perimetro dello scrutinio “negativo” della legittimità della legge, senza che a ciò possa seguire l’individuazione “in positivo” degli strumenti normativi più adeguati a dare attuazione ai principi ricavabili dalla propria giurisprudenza, sospendendo pertanto l’efficacia della dichiarazione: in questo caso, però, l’affermazione del principio secondo cui il legislatore rappresenta il soggetto più legittimato a svolgere valutazioni *de iure condendo* in materie scientificamente ed eticamente complesse, non comporta una rinuncia da parte della corte a valutare nel merito la legittimità dei contenuti legislativi, come sostanzialmente accade nella giurisprudenza costituzionale francese.

La giurisprudenza costituzionale spagnola in materia di PMA può essere considerata invece un esempio di utilizzo, anche se integrato da valutazioni di carattere assiologico, di concetti tecnico-scientifici quali elementi dell’interpretazione costituzionale, funzionali a valutare il bilanciamento operato dal legislatore.

In particolare, nella sentenza n. 116/1999¹³⁶ – avente ad oggetto la costituzionalità della legge in materia di PMA vigente all’epoca (*Ley n. 35/1988*) – il *Tribunal Constitucional* spagnolo ritiene pienamente compatibile la scelta legislativa di attribuire una protezione giuridica differenziata – e inferiore rispetto all’embrione in utero – all’embrione *in vitro*, sulla base di un criterio gradualista inaugurato con la sentenza n. 53/1985, secondo cui «la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente

¹³⁵ Ivi, pp. 126 e 127.

¹³⁶ *Tribunal Constitucional*, sentenza n. 116/1999, de 17 de junio en relación con la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Per alcuni commenti, cfr. C. LEMA AÑÓN, *Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (Parte I)*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12, 2000, 47-66; Id., *Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida (Parte II)*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 13, 2000, 103-118; G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, R. CHUECA RODRÍGUEZ, *Tribunal Constitucional y nuevos escenarios de la biomedicina (Reflexiones constitucionales sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio)*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12, 2000, 91-111; J. VIDAL MARTÍNEZ, *Comentario a la Sentencia de 17 de Junio de 1999 resolviendo el Recurso de Inconstitucionalidad n° 376/89 contra la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 12, 2000, 113-137; V. BELLVER CAPELLA, *El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 11, 1999, 119-144.

configuración humana»¹³⁷. All'interno di tale processo, il momento dell'annidamento in utero rappresenta una fase biologicamente e giuridicamente rilevante¹³⁸.

Il *Tribunal*, pertanto, ritiene compatibile con il quadro costituzionale¹³⁹ la scelta del legislatore di introdurre regimi giuridici differenziati, sulla base delle caratteristiche biologiche – lo stadio di sviluppo embrionale – degli embrioni in vitro, distinguendo tra “pre-embrione” ed “embrione”¹⁴⁰. In questo caso, i dati scientifici vengono assunti all'interno del giudizio di costituzionalità, contribuendo a orientarne il “verso”: l'attribuzione di livelli di protezione giuridica differenziati alle diverse fasi di sviluppo embrionale risulta funzionale a garantire un ragionevole bilanciamento tra concomitanti esigenze costituzionali.

Su tali basi, il *Tribunal* afferma la piena compatibilità con i principi costituzionali della disposizione che prevede il trasferimento in utero esclusivamente del numero di preembrioni scientificamente considerato come il più adeguato ad assicurare ragionevolmente la gravidanza¹⁴¹. Il fatto che da tale criterio normativo, che richiama standard di natura medico-scientifica (“il numero scientificamente più adeguato”), derivi – quale «fatto scientificamente inevitabile»¹⁴² – la necessità di crioconservare gli embrioni non traferiti non viene ritenuto dal *Tribunal* lesivo di principi costituzionali – la dignità umana – in quanto rappresenta, alla luce dello stato della tecnica, l'unico rimedio per evitare fecondazioni non necessarie e utilizzare al meglio i preembrioni esistenti (f.j. 11).

Occorre infine rimarcare come, analogamente ad altri tribunali costituzionali, anche il *Tribunal* spagnolo affermi che «no es función de este Tribunal establecer criterios o límites en punto a las determinaciones que (...) pueda establecer el legislador, máxime en una materia sometida a continua

¹³⁷ Per una descrizione dell'argomentazione del *Tribunal* sul punto, R. TUN AUSINA, *Cuerpo humano y persona ante las biotecnologías: implicaciones constitucionales*, in H. C. SILVEIRA (ed.), *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, Barcellona, 2008, 261-263.

¹³⁸ «como queda afirmado con reiteración, los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno». Utilizza questo concetto C.M. ROMEO CASABONA, *Política legislativa penal y extrapenal en relación con la biotecnología humana*, in H.C. SILVEIRA (ed.), *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, cit., 108.

¹³⁹ In particolare con l'art. 15 CE, secondo cui «todos tienen derecho a la vida». Approfondisce il rapporto tra art. 15 CE e natura giuridica del nascituro, C. DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, *La protección de la vida prenatal en el ordenamiento español: del “nasciturus” al “moriturus”*, in F. BLASCO, M. CLEMENTE, J. ORDUÑA, L. PRATS, R. VERDERA (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, Valencia, 2011, 519.

¹⁴⁰ Per un approfondimento sulle diverse teorie interne alla dottrina spagnola relative alla fondatezza scientifica e opportunità giuridica di questa distinzione, sia consentito rinviare a S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, cit., 332 ss.

¹⁴¹ Secondo il *Tribunal* spagnolo, «de la Constitución no se desprende la imposibilidad de obtener un número suficiente de preembriones necesario para asegurar, con arreglo a los conocimientos biomédicos actuales, el éxito probable de la técnica de reproducción asistida que se esté utilizando» (f.j. 11). *Contra*, R. JUNQUERA DE ESTÉFANI, *Las técnicas de reproducción humana asistida y la dignidad en el inicio de la vida*, in N. MARTÍNEZ MORÁN (coord.), *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*, Granada, 2003, 157. Cfr. sul punto S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, Milano, 2012, 142; M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. CASONATO, T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 61.

¹⁴² Tribunal Constitucional, sentenza n. 116/1999, cit., f.j. 11.

evolución y perfeccionamiento técnico, siempre, claro es, que las determinaciones legales no entren en colisión con mandatos o valores constitucionales»¹⁴³.

Anche il *Tribunal Constitucional* portoghese è stato chiamato a valutare la legittimità, sotto diversi profili, della legge in materia di PMA (legge n. 32/2006). Nella sentenza n. 101/2009, il *Tribunal* affronta diverse questioni, secondo un approccio caratterizzato da alcune linee di tendenza rilevanti in prospettiva comparata¹⁴⁴.

Il *Tribunal* valorizza i riferimenti a standard o concetti medico-scientifici contenuti nella legge, i quali nel giudizio di costituzionalità diventano oggetto di interpretazione (ad es. nel caso della distinzione tra «embryo» e «laboratory product»), contribuendo a riconoscere la legittimità costituzionale della soluzioni introdotte dal legislatore in ambiti complessi quali la diagnosi preimpianto e l'utilizzo di embrioni a scopo di ricerca.

In riferimento all'art. 9 della legge, che autorizza – in presenza di una serie predeterminata di condizioni¹⁴⁵ – la ricerca con embrioni, il *Tribunal* svolge una valutazione di conformità della disposizione, nella parte in cui autorizza l'utilizzo a scopo di ricerca di embrioni prodotti mediante la tecnica del trasferimento nucleare («non-reproductive cloning» nelle parole del *Tribunal* portoghese). Si tratta di una valutazione che abbiamo visto essere affrontata anche da altre giurisdizioni. La possibilità di definire “embrione” il prodotto di questa tecnica risulta decisiva, in quanto solo in questo caso sarebbe possibile applicarvi il rilievo etico e giuridico riconosciuto a quello: come affermato dal Consiglio Etico Nazionale per le Scienze della Vita (CNEV), nel caso esso sia assimilabile all'embrione, un suo eventuale utilizzo si porrebbe in contrasto con il principio della tutela della dignità umana, di cui anche l'embrione “clonato” sarebbe espressione.

A fronte della incertezza interna alla comunità scientifica e al parere in materia del CNEV, il quale aveva raccomandato di assumere un approccio proibizionista fondato sul principio di precauzione, il *Tribunal* portoghese esclude la possibilità di qualificare il prodotto della clonazione non terapeutica

¹⁴³ Ivi, f.j. 6.

¹⁴⁴ Per un commento, V. L. RAPOSO, R. VALE E REIS, *Assisted Reproductive Technologies in Portuguese Law – Commentary to the Judgment n. 101/2009, of march the 3rd of the Portuguese Constitutional Court*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 31, 2009, 125-158.

¹⁴⁵ L'art. 9 (*Investigação com recurso a embriões*) prevede:

«1 - É proibida a criação de embriões através da PMA com o objectivo deliberado da sua utilização na investigação científica.

2 - É, no entanto, lícita a investigação científica em embriões com o objectivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das técnicas de PMA, de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas.

3 - O recurso a embriões para investigação científica só pode ser permitido desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade, dependendo cada projecto científico de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.

4 - Para efeitos de investigação científica só podem ser utilizados:

a) Embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projecto parental;
 b) Embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação;
 c) Embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação;
 d) Embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide.

5 - O recurso a embriões nas condições das alíneas a) e c) do número anterior depende da obtenção de prévio consentimento, expresso, informado e consciente dos beneficiários aos quais se destinavam».

come “embrione”, alla luce di una interpretazione logico-sistematica tendente a garantire la coerenza interna della legge: attribuendo la natura di embrione («true embryo») al prodotto del trasferimento nucleare, si produrrebbe una «irrimediabile contraddizione» con la norma che vieta la produzione di embrioni a scopo di ricerca (art. 9, primo comma). Pertanto, al fine di salvaguardare la coerenza della legge, il *Tribunal* definisce il prodotto del trasferimento nucleare «a mere laboratory artefact without the capacity to turn into a human being». A fronte di una sostanziale incertezza scientifica e filosofica sulla natura di tale entità biologica, la corte portoghese giunge a una definizione basata non su elementi biologico-scientifici, ma derivante da una interpretazione sistematica del testo legislativo, inevitabilmente orientata anche da valutazioni di carattere assiologico.

Inoltre, assumono particolare rilievo i riferimenti all’esigenza che l’applicazione della legge avvenga sulla base di standard clinici verificati e di *best practices* consolidate. Dal punto di vista dello scrutinio di costituzionalità, quando il testo legislativo prevede espressamente clausole normative che si riferiscono a elementi cognitivi e applicativi di natura tecnico-scientifica, il giudizio tende a riconoscere l’adeguatezza dello schema normativo. Ciò avviene in riferimento alla disciplina della diagnosi genetica preimpianto, ammessa in situazioni e a condizioni definite e limitate (art. 29), nel momento in cui la legge prevede che le gravi ragioni di interesse pubblico connesse ad esigenze di tutela della salute¹⁴⁶ che autorizzano l’accesso alla diagnosi preimpianto devono essere valutate alla luce di un criterio rigido fondato sulla pratica clinica. Il riferimento all’esigenza che sussista una «specific medical indication determined by the current good practice»¹⁴⁷ assume un rilievo decisivo al fine di valutare la ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore.

Il ragionamento del *Tribunal* portoghese è assimilabile alla giurisprudenza costituzionale italiana in materia, soprattutto nell’evidenziare – attribuendovi rilievo normativo all’interno del giudizio di costituzionalità – l’esigenza, soddisfatta nel caso portoghese ma non, come noto, in quello italiano, che il legislatore preveda che la legge sia interpretata e applicata tenendo conto delle buone prassi mediche contenute nelle raccomandazioni di organismi ufficiali dotati di specifiche competenze tecnico-scientifiche e, più in generale, risulti adeguata agli standard più recenti e consolidati¹⁴⁸.

Un approccio tendenzialmente analogo al principio appena espresso con riferimento alla sentenza portoghese caratterizza una recente sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea¹⁴⁹, derivante da un rinvio pregiudiziale relativo alla disciplina francese di attuazione di una direttiva europea in materia di donazione di sangue. La normativa francese prevede una esclusione permanente per gli uomini che hanno avuto rapporti con una persona dello stesso sesso, in quanto – alla luce dei dati

¹⁴⁶ I casi previsti dalla legge sono il rischio elevato di trasmissione di malattie in presenza di alterazioni genetiche che provocano morte prematura o malattie gravi, secondo la legge.

¹⁴⁷ Riferendosi a specifici casi che possono autorizzarne l’utilizzo (es., aneplioide e la presenza di “serious genetic illnesses”, art. 28, terzo comma).

¹⁴⁸ Cfr. Corte costituzionale italiana, sentenza n. 282 del 2002.

¹⁴⁹ Geoffrey Léger/*Ministre des Affaires sociales et de la Santé et des Droits des femmes, Etablissement français du sang*, causa C-528/13, 29 aprile 2015.

medico-epidemiologici dedotti dal governo francese – questa categoria presenterebbe un rischio più elevato di altri soggetti di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili con il sangue¹⁵⁰.

Nelle argomentazioni della Corte, il ruolo della valutazione dei dati medico-epidemiologici al fine di determinare in particolare la proporzionalità della misura assumono un rilievo decisivo¹⁵¹.

La Corte riconosce l’esistenza di un margine di discrezionalità agli Stati membri, derivata dall’assenza di una definizione di «persone il cui comportamento sessuale le espone ad alto rischio» all’interno della direttiva. Tuttavia, ritiene di dovere comunque verificare l’adeguatezza e la proporzionalità della misura nazionale – l’esclusione permanente degli omosessuali dalla donazione di sangue in quanto categoria statisticamente a rischio elevato di trasmissione di malattie infettive – al fine di determinare la natura assoluta dell’esclusione risponda al requisito, previsto dalla direttiva, della sussistenza di un «alto rischio» di contagio¹⁵².

Nel caso concreto, la Corte utilizza il riferimento a dati di natura epidemiologica al fine di verificare la fondatezza scientifica dello strumento normativo, che prevede un rigido divieto di donazione di sangue per le persone omosessuali. Secondo la Corte, il caso francese presenterebbe rilevanti specificità, evidenziate da dati statistici relativi ai contagi da HIV, secondo cui l’incidenza nella popolazione omosessuale sarebbe nettamente maggiore rispetto alla media generale¹⁵³. Su tali basi, la Corte, riconoscendo la dinamicità delle acquisizioni in tale ambito, ritiene la misura francese compatibile con il diritto europeo, attribuendo però al giudice nazionale la responsabilità di verificare se, alla luce delle attuali conoscenze mediche, scientifiche ed epidemiologiche, i dati utilizzati siano affidabili e tuttora rilevanti¹⁵⁴.

Inoltre, la Corte svolge un giudizio di proporzionalità della misura (ex art. 52, primo comma, della Carta), alla luce del principio sancito dalla Carta dei diritti fondamentali della UE che vieta discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale, pur riconoscendo la legittimità dell’obiettivo di tutelare la salute pubblica. Secondo la Corte, il principio di proporzionalità è rispettato «solo se un elevato livello di protezione della salute dei riceventi non possa essere garantito mediante tecniche efficaci di ricerca dell’HIV e meno restrittive rispetto al divieto permanente della donazione di sangue»¹⁵⁵. Nell’operare tale scrutinio, la Corte ritiene decisivo verificare – compito che spetta *in primis* ai legislatori nazionali – l’esistenza di tecniche efficaci alternative al divieto permanente, anche alla luce delle acquisizioni più recenti in tale ambito, condizionando all’esito negativo di tale indagine il riconoscimento della proporzionalità della misura. Pertanto, nel caso concreto la Corte attribuisce al giudice del rinvio il compito di «verificare se i progressi della scienza o della tecnica sanitaria (...) consentano

¹⁵⁰ La Corte è chiamata a valutare la compatibilità della esclusione assoluta di questa categoria di persone con il divieto di discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale (art. 21 della Carta dei diritti fondamentali) e della proporzionalità della misura (ex art. 52, primo comma, della Carta).

¹⁵¹ Sul punto, si rinvia al contributo su questo numero della Rivista di L. BUSATTA, *Per la costruzione di un pluralismo sostenibile nel rapporto tra diritto e scienze della vita*.

¹⁵² Geoffrey Léger/*Ministre des Affaires sociales et de la Santé et des Droits des femmes, Etablissement français du sang*, cit., p. 40.

¹⁵³ Ivi, p. 42.

¹⁵⁴ Ivi, cit., p. 44.

¹⁵⁵ Ivi, p. 59.

di garantire un livello elevato di protezione della salute dei riceventi, senza che l'onere che ne consegue sia esorbitante rispetto agli obiettivi di protezione della salute perseguiti»¹⁵⁶.

Alla luce delle argomentazioni della Corte, sembra trovare conferma il principio secondo cui la legge, specialmente quando preveda una rigida limitazione delle libertà individuali, deve fondarsi sull'acquisizione e la verifica della conoscenze e dei dati medici, scientifici e – nel caso di specie – epidemiologici attuali, i quali vengono assunti quali parametri per verificare la fondatezza dei presupposti empirici sui quali si fonda la legge.

6. Le “scientific questions” come nuovo contesto di confronto tra *judicial deference* e *judicial activism*? Linee di tendenza in via di consolidamento a livello comparato

I casi analizzati confermano il rilievo specifico che assumono i dati e le acquisizioni tecnico-scientifiche all'interno del giudizio sulla legittimità – si svolga questo a livello costituzionale, convenzionale o europeo – di una legge che disciplina ambiti connotati da un elevato livello di complessità scientifica.

Il rapporto tra “scientific questions” e modalità di esercizio del potere decisionale, da parte di corti dotate di funzioni di controllo di costituzionalità o convenzionalità, sembra rappresentare un inedito contesto nel quale trova espressione la tradizionale dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e discrezionalità legislativa, secondo linee di sviluppo che, se richiamano in termini generali l'andamento tipico di questa relazione, risentono, nel loro concreto manifestarsi, degli effetti specifici provocati dalla interazione tra dato scientifico e dato normativo.

A seconda dell'approccio assunto dalle corti, può darsi una espansione o una riduzione della pervasività dello scrutinio, assumendo la natura scientifica della questione uno specifico rilievo all'interno di un giudizio che tendenzialmente utilizza i “tradizionali” parametri di ragionevolezza e proporzionalità. La tendenza appena richiamata trova rilevanti conferme a livello comparato¹⁵⁷, tanto da potere essere assunta quale vero e proprio parametro comune ai diversi livelli giurisdizionali. Tuttavia, occorre sottolineare che tale principio-parametro non trova applicazione “obbligata” all'interno di un giudizio che abbia ad oggetto discipline scientificamente caratterizzate, in quanto esso si trova a “convivere”, secondo una logica tipica del giudizio di legittimità, con esigenze di riconoscimento della discrezionalità legislativa, come gli esempi di *self-restraint*¹⁵⁸ sembrano dimostrare, e, in generale, con istanze di natura assiologica, che tendono a prevalere soprattutto nei casi relativi alla disciplina delle fasi finali della vita¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Ivi, p. 67. A. SCHILLACI, *La prudenza non è mai troppa? La Corte di giustizia e il divieto di donazione di sangue per gli omosessuali*, in <http://www.sidi-isil.org/>, post del 6 giugno 2015, si esprime in termini di «delega del giudizio di proporzionalità «in concreto» al giudice del rinvio, ferma restando la fissazione, da parte della Corte, dei principi e dei criteri che devono guidare tale valutazione «in astratto»».

¹⁵⁷ Cfr. la giurisprudenza costituzionale italiana e quella portoghese, ma anche il principio enunciato dalla Corte EDU nel caso *S.H. e altri c. Austria*.

¹⁵⁸ Cfr. la giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* francese e, in termini generali, della Corte EDU.

¹⁵⁹ Cfr. la sentenza *Carter* della Corte Suprema canadese e la sentenza della *Corte Suprema de Justicia* argentina.

Nel corso dell’analisi sono state approfondite due dimensioni del rapporto tra esercizio della funzione giurisdizionale (di legittimità) e natura scientifica delle questioni: l’interpretazione – intesa nel senso di attribuzione di significato normativo – di concetti di natura tecnico-scientifica e la valutazione nel merito delle scelte normative operate dal legislatore in tali ambiti.

Per quanto riguarda la prima dimensione, la scelta tra un approccio astensionista e uno interventista sembra essere rimessa a valutazioni di pura discrezionalità da parte delle corti, che trovano tendenzialmente fondamento in motivi di opportunità in relazione alla garanzia di un adeguato margine di apprezzamento per il legislatore. La scelta di entrare nel merito delle questioni scientifiche deriva da una preliminare attribuzione di senso alle medesime, tanto più decisiva in quanto caratterizzata da un elevato livello di discrezionalità. Infatti, quando le corti ne valorizzano la dimensione fattuale – necessità di determinare l’esatto significato di un concetto extra-giuridico – prevale un atteggiamento astensionista, che riconosce una riserva di competenza al legislatore (o agli organismi tecnici da questo eventualmente istituiti). Quando invece le corti ne valorizzano la natura funzionale all’interpretazione del dato normativo (costituzionale o convenzionale), lo spazio della discrezionalità giurisdizionale tende ad espandersi, sulla base dell’esigenza di garantire la concreta attuazione delle norme costituzionali (*ex plurimis*, Corte Suprema irlandese) o convenzionali (Corte Interamericana)¹⁶⁰.

Inoltre, non sembra che la natura della funzione (controllo di costituzionalità o di convenzionalità) possa rappresentare un criterio decisivo al fine di orientare l’approccio delle corti, in quanto – pur tenendo conto delle diversità di contesto socio-politico e di tradizioni giuridiche – è stato rilevato un approccio dicotomico da parte delle due giurisdizioni “convenzionali” analizzate: un consolidato atteggiamento astensionista da parte della Corte EDU, a fronte di un approccio interventista della Corte Interamericana, sviluppato comunque attraverso canoni ermeneutici tradizionali. Il medesimo andamento è riscontrabile all’interno delle giurisdizioni titolari di funzioni di controllo di costituzionalità.

Un elemento comune è rappresentato da una stretta relazione tra la scelta di un approccio interventista e il livello di discrezionalità nel valutare in concreto la questione scientifica prodromica alla soluzione di quella giuridica: a fronte di valutazioni tendenzialmente analoghe – determinazione della fase dalla quale attribuire rilievo giuridico al concepimento – i tribunali giungono a esiti ermeneutici differenziati, motivando generalmente la propria scelta alla luce della assenza di posizioni scientifiche unanimi o consolidate. La coesistenza di opinioni contrastanti a livello scientifico, così come l’assenza di uniformità a livello normativo, possono – in via preliminare – fare prevalere un atteggiamento astensionista, il quale produce però l’effetto inverso di attribuire un “surplus” di discrezionalità al legislatore.

Pertanto, la scelta di approccio in questa fase contribuisce comunque a determinare il “verso” del giudizio nel merito operato dalla corte, alla luce del descritto effetto prodotto sul livello di discrezionalità legislativa o giurisdizionale: nel caso di un approccio astensionista, il principio generale è rap-

¹⁶⁰ Evidenzia in modo efficace la natura discrezionale e “strumentale” della scelta C. E. BORGMANN, *Rethinking Judicial Deference to Legislation Fact-Finding*, cit., 5, secondo cui «if the Court wants to decide the issue, it characterizes the question as one of law. If it prefers to leave the issue to Congress, the Court frames it as a question of fact».

presentata da un *favor* – financo una presunzione di legittimità – rispetto all’assetto tra interessi individuato a livello legislativo; nel caso dell’approccio interventista, gli esiti sono più difficilmente prevedibili, in quanto – come detto – il flusso di discrezionalità tende a spostarsi in modo deciso verso la funzione giurisdizionale.

Per quanto riguarda la seconda dimensione, la valutazione nel merito delle scelte normative operate dal legislatore, le tendenze sono strettamente collegate – quasi in termini causali – con le tendenze evidenziate in relazione alla prima dimensione.

Pertanto, il *self-restraint* (Corte EDU e *Conseil constitutionnel* francese) risulta particolarmente rigido quando si accompagna alla scelta di riservare al legislatore valutazioni di natura discrezionale in tali ambiti, mentre tende a divenire “temperato” (Corte Suprema canadese), nel caso in cui elementi empirici (*evidence*) entrano – seppur in modo limitato e funzionale a valutazioni di carattere assiologico-valoriale – nel percorso argomentativo della corte. In tale secondo caso, pur compiendo uno scrutinio in termini di proporzionalità della misura legislativa, la corte ritiene esaurita in tale dimensione la propria funzione, attribuendo al legislatore la responsabilità di introdurre una disciplina che tenga conto dei principi enunciati a livello giurisdizionale.

Una dimensione ulteriore del *self-restraint* giurisdizionale, che prende comunque in considerazione la natura scientifica della questione, è rappresentato da quei casi in cui l’atteggiamento deferente non è rivolto esclusivamente al legislatore, ma a soggetti tecnici ai quali la legge attribuisce – in forza della loro *expertise* e indipendenza – funzioni normative e autorizzative¹⁶¹. La specificità di questo approccio risiede nella sua relazione con la fonte legislativa, della quale viene comunque effettuato uno scrutinio di adeguatezza, soprattutto in termini di capacità di adattarsi all’evoluzione delle conoscenze e applicazioni in materia tecnico-scientifica: il *self-restraint* in questo caso si fonda sul riconoscimento della attribuzione da parte della legge della funzione di attuazione in concreto dei contenuti legislativi, in modo da adeguarne l’ambito al mutare delle condizioni empiriche (Argentina e Regno Unito).

Infine, quando le corti (Spagna, Portogallo) effettuano uno scrutinio nel merito delle scelte legislative, quest’ultimo si svolge anche alla luce della loro ragionevolezza scientifica, evidenziandosi una tendenza comune alla maggioranza delle giurisdizioni costituzionali analizzate, dalla quale deriva un *favor* nei confronti della legge nel momento in cui emerga una connessione¹⁶² tra dato normativo e dato scientifico. Occorre sottolineare che, se nel caso della Corte EDU o del *Conseil* francese il riconoscimento di un *favor* verso le scelte legislative deriva da un atteggiamento astensionista, costituendo una sorta di automatismo derivante da tale scelta, nei casi descritti a livello nazionale esso deriva da un pieno esercizio di discrezionalità da parte delle corti, le quali entrano nel merito delle questioni u-

¹⁶¹ Nella prospettiva del sistema statunitense, critica rispetto ad un atteggiamento particolarmente deferente nei confronti di agenzie e organismi tecnici, E. HAMMOND MEAZELL, *Super Deference, the Science Obsession, and the Judicial Review as Translation of Agency Science*, in *Michigan Law Review*, 5, 2011, 733-784.

¹⁶² Si utilizza qui l’efficace concetto proposto da R. BROWNSWORD, M. GOODWIN, *Law and the Technologies of the Twenty-First Century. Text and Materials*, Cambridge, 2012, 63, utilizzano il concetto di «regulatory connection», inteso come capacità dello strumento di regolazione di essere e continuare ad essere adeguato – “connesso” – al progresso scientifico-tecnologico che caratterizza l’oggetto di disciplina. Gli Autori sottolineano che «in (...) regulatory environments, where law is the favoured regulatory instrument – and, where there is an expectation that legal measures will be clear and calculable – the challenge is at its greatest».

tilizzando criteri argomentativi tradizionali – ragionevolezza, proporzionalità – ma riconoscendo l’esigenza di tenere conto della specificità dell’oggetto della questione.

L’analisi comparata ha evidenziato che la determinazione in concreto del rapporto tra esigenze di garanzia dell’autonomia decisionale del legislatore, da un lato, e valutazione della adeguatezza, anche alla luce di elementi tecnico-scientifici, delle soluzioni normative adottate rimane ampiamente nella disponibilità (*rectius*, discrezionalità) delle corti, come sembrano dimostrare le modalità di applicazione del margine di apprezzamento da parte della Corte EDU e il diverso atteggiamento delle corti nazionali di fronte alla attribuzione di specifici contenuti normativi a concetti o processi di natura biologica (come nel caso della definizione di “embrione”). L’attribuzione a ciò che è stato definito “*scientific questions*” di un rilievo autonomo, in termini di determinazione delle modalità e dell’ampiezza dello scrutinio, all’interno del giudizio di costituzionalità o convenzionalità si fonda sul riconoscimento della natura ampiamente discrezionale delle scelte operate dalle corti. In tal senso, è possibile comunque sussumere questo fenomeno all’interno del tipico atteggiamento assunto da tali corti rispetto a questioni connotate da un elevato livello di politicITÀ, in ciò trovando ragione il richiamo, che necessita di ulteriore approfondimento, alla *political question doctrine* quale possibile matrice originaria della tendenza qui analizzata¹⁶³.

Focus on: PMA

¹⁶³ Del resto, che la discrezionalità si esprima anche – e soprattutto – in una fase preliminare rispetto alla valutazione nel merito delle scelte legislative costituisce un elemento costante, che si ritrova anche nell’ambito qui analizzato. Nella prospettiva dell’ordinamento italiano, coglie in modo molto efficace questo aspetto M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2009, 1689, la quale, nel commentare la sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale italiana, avente ad oggetto la legge 40/2004 in materia di PMA, riconosce che la qualificazione da parte della Corte della natura della questione relativa al livello di tutela da riconoscere all’embrione è risultata decisiva nel senso di orientare il verso della decisione: «non riguarda la validità dell’opzione etico-politica posta alla base della legge, ma la necessaria coerenza tra questa opzione e la scelta del legislatore». Diversamente argomentando – riconoscendo cioè nella valutazione dell’approccio etico-scientifico assunto dal legislatore l’oggetto della questione – «la questione avente ad oggetto il protocollo legislativo della PMA rappresentava una *political question*, la tipica occasione per una sentenza di inammissibilità».

Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo

Marta Tomasi*

JURISDICTIONAL AND SCIENTIFIC UNIFORMITY: HOW TO MAKE PLURALISM SUSTAINABLE

ABSTRACT: The need of translating health requests – deeply affected by individual moral conceptions of life, wellbeing and illness – into protected rights, represents today a tough challenge for judges to be solved. The judiciary is, in fact, often called to play a fundamental role in selecting individual positions to be granted protection. The inescapable relation between the two dimensions of the right to health – the individual and the collective one – requires a constant activity of balancing different positions. On this premise, the paper focuses on two different fields in which individual health-related demands put judges in front of a pluralistic scenario in need to be filtered through constitutional principles. The first is related to vaccines policies, both in the USA and in Italy and to the consequences deriving from the growth of the anti-vaccine movement. The second example comes from the deceptive stem cells therapies offered in Italy by Stamina Foundation. In answering some of these cases, judges found themselves pressed by dramatic individual needs and eventually come to forget science, its methods and its procedures. The paper aims at identifying contradictions and inconsistencies of the described jurisprudence in order to realign law and science, to re-establish roles and methods of both disciplines and to mark the borders of a sustainable form of pluralism.

KEYWORDS: Pluralisms; Moral values; Right to health; Vaccines; Stem cells therapies.

SOMMARIO: 1. Pluralismo e moltiplicazione delle domande individuali – 2. Dall’aspirazione al diritto individuale: il caso delle vaccinazioni – 2.1. La consistenza delle *rules plus exemptions* statunitensi – 2.2. Le *religious exemptions* – 2.3. Le esenzioni “personali” – 2.4. Il dato scientifico come criterio per una selezione necessaria – 2.5. La gestione del dissenso e delle richieste di esenzione in Italia – 2.6. I giudici di fronte ai metodi della scienza: rapporti di causalità e gradi di certezza – 3. Il bisogno individuale nel momento del divenire: il caso Stamina e la costruzione delle certezze della scienza – 4. Alcune conclusioni: la capienza dei principi costituzionali e il metodo scientifico come limite del pluralismo.

* *Assegnista di ricerca, European Centre for Law, Science and New Technologies, Università degli Studi di Pavia. Contributo sottoposto a referaggio.*

1. Pluralismo e moltiplicazione delle domande individuali

L'ambizioso obiettivo di dar forma alle regole che disciplinano l'ambito delle scienze della vita trova sul cammino della propria realizzazione ostacoli che ad altre branche del diritto sono per lo più sconosciuti.

Non si tratta semplicemente della difficoltà di entrare in relazione con un sapere caratterizzato da un elevato livello di tecnicismo, da un'epistemologia e da un metodo propri, differenti da quelli posti a fondamento del fenomeno giuridico, quanto piuttosto di dar forma e riconoscimento – nei termini che si cercheranno di chiarire in queste pagine – alle aspirazioni dei singoli che in questo ambito si manifestano. La concezione individuale di vita e la lettura delle due dimensioni che endemicamente la connotano – la salute e la malattia – si traducono, infatti, nella realtà quotidiana, in una molteplicità di istanze che necessitano di trovare risposta e composizione da parte dell'ordinamento.

L'evoluzione della scienza, soprattutto nel campo biomedico, ha sensibilmente ampliato quell'ambito etico di libertà che sta alla base delle società liberali¹. Questo processo si è sviluppato e continua a procedere lungo due fasi parallele e interconnesse: da un lato, la scienza e la tecnica hanno consegnato i processi biologici alla volontà dell'uomo, facendo del corpo umano un oggetto della regola giuridica. Il fatto che la realtà naturale sia diventata oggetto dell'attività umana, e sia almeno in certa misura disponibile e controllabile, ha chiamato il diritto alla responsabilità di esercitare la sua propria funzione di individuare regole e porre limiti. Dall'altro, l'incrementato grado di "disponibilità" dei fenomeni della vita² determina la circostanza che ciascuno sia messo nelle condizioni di poter perseguire i propri progetti e di dar forma alla propria esistenza, con il conseguente affermarsi di diverse impostazioni e di differenti atteggiamenti, strettamente dipendenti dalla struttura morale del singolo. Si assiste quindi ad una evidente moltiplicazione delle domande e delle situazioni che – nell'ambito della salute latamente inteso – al diritto chiedono protezione e tutela, dando corso ad una massimizzazione della frammentazione e all'emergere di una forma tutta nuova del pluralismo.

Si afferma, infatti, una manifestazione estrema di esso, sconosciuta in altri casi – si pensi agli ambiti di tutela delle minoranze linguistiche, religiose, politiche – in cui gli ordinamenti giuridici si confrontano con il pluralismo delle moderne società multiculturali e, segnatamente, in tutti i casi in cui il pluralismo deriva dalla rilevanza di componenti che, se da un lato dividono, dall'altro rafforzano un senso di appartenenza.

Si tratta dell'emersione della dimensione di quello che è stato definito come "costituzionalismo dei bisogni"³, connotato dalla centralità della persona e dell'esigenza che la fase di concreta attuazione

¹ Nelle parole di Habermas: «nelle società liberali, ogni cittadino ha pari diritto di perseguire – col maggior impegno possibile – i suoi personali progetti di vita (*individuelle Lebenspläne*). Questo ambito etico di libertà è anche determinato da capacità (*Fähigkeiten*), qualità (*Eigenschaft*) e predisposizioni (*Dispositionen*) genetiche» (J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana: i rischi di una genetica liberale*, Torino, 2010, p. 62).

² La questione della "sovranità" dell'individuo sul proprio corpo e della disponibilità delle dimensioni esistenziali è indagata da P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, pp. 90-97.

³ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere di diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 37. Il richiamo è a un processo di deformalizzazione che consente, attraverso un momento di scontro o di crisi (intesa come trasformazione), di attuare il passaggio dalla dimensione materiale della vita e delle situazioni e relazioni che la costituiscono al riconoscimento giuridico delle posizioni individuali. Sul punto si veda anche G. AZZARITI, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Politica del diritto*, 2-3, 2013, p. 3 ss.

dei diritti prevalga su quella antecedente di proclamazione degli stessi (Rodotà, Il diritto di avere diritti).

In questa lotta per un riconoscimento che possa far corrispondere ai bisogni altrettanti diritti fondamentali⁴, la delicata fase di trasformazione dall'aspirazione individuale alla pretesa giuridica dipende dal ruolo di filtro svolto ormai in moltissimi casi dalla giurisprudenza. Sempre più spesso i tribunali si confrontano con istanze di salute, declinate in una molteplicità di forme che richiedono definizione all'interno del sistema.

Il ruolo da protagonista della giurisprudenza, fondamentale sin dalla nascita della disciplina del biodiritto, parte dal caso concreto, ma evolve fino a diventare stimolo per l'ordinamento complessivo. Questa funzione essenziale è legata a due dinamiche che tipicamente si manifestano quando il diritto incontra le scienze della vita, l'una spesso descritta, l'altra, forse, meno evidente; due tendenze apparentemente contraddittorie, che sono in realtà analoghe manifestazioni della difficoltà di compenetrare metodologie appartenenti a saperi differenti. Si è spesso rilevato, infatti, come gli interventi legislativi – in maniera fisiologica o patologica – arranchino al seguito delle rapide e costanti evoluzioni del sapere scientifico e tecnico⁵. D'altro canto però, la scienza, soprattutto in ambito medico, procede mediante la costruzione di progressive certezze, il cui consolidamento richiede tempi lunghi e può venire a cozzare, in alcuni casi, con l'urgenza e l'immanenza del bisogno di salute.

L'analisi della giurisprudenza, soprattutto di quella che si produce nel momento storico del divenire – che spesso coincide con quello della crisi⁶ – consente, da un lato, di comprendere le tecniche di interpretazione e le strategie di inveroamento e concretizzazione dei valori costituzionali e, dall'altro, di verificare fino a che punto l'ordinamento sia in grado di gestire e integrare nel sistema differenziati assetti di valori e concezioni dell'esistenza.

2. Dall'aspirazione al diritto individuale: il caso delle vaccinazioni

Uno specifico ambito all'interno del quale trovano declinazione le considerazioni sin qui svolte è quello delle vaccinazioni obbligatorie, interessato di recente da un crescente fenomeno di obiezione vaccinale⁷ che, in diversi ordinamenti, ha messo i giudici nelle condizioni di dover selezionare le connesse richieste di esenzione.

⁴ È il momento del convergere delle due dimensioni individuate da Kant, quella della «legge di ciò che il bisogno degli uomini esige», che pone «doveri accidentali», e quella di «ciò che il diritto esige», che pone «doveri essenziali» (I. KANT, *Critica della ragion pratica*, 1788, A 284).

⁵ La lentezza di diritto ed etica nel rispondere all'incalzare delle innovazioni tecnico scientifico è rilevata, rispettivamente, in C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, p. 93 e in L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002, p. 7.

⁶ Come è stato affermato «Esistono problemi (...) che continuano a vivere nella società allo stato endemico, come certe malattie, fino a quando un episodio di particolare gravità li porta in evidenza, o fino a quando un gruppo, direttamente o indirettamente interessato, li reclama all'attenzione» (D. VINCENZI AMATO, Tutela della salute e libertà individuale, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, I, p. 2462).

⁷ Secondo recenti statistiche diffuse dal Ministero della Salute le coperture vaccinali nazionali a 24 mesi d'età relative all'anno 2014 (per i nati nel 2012) contro la poliomielite, il tetano, la difterite, l'epatite B, lo *Haemophilus influenzae* b e la pertosse sono scese al di sotto del livello critico del 95% previsto dal piano nazionale di prevenzione vaccinale; la copertura vaccinale per morbillo, parotite e rosolia (MPR – vaccino trivalente che viene somministrato al primo anno di vita) è diminuita dal 2013 di quasi quattro punti

In generale, quello delle vaccinazioni obbligatorie è un fertile terreno di riflessione circa le questioni su esposte per alcune fondamentali ragioni. In primo luogo, si tratta di un ambito all'interno del quale è evidentemente necessario un bilanciamento fra tutela dell'aspirazione individuale e protezione della salute collettiva⁸. In secondo luogo, trattandosi dell'unico esempio di trattamento sanitario universalmente obbligatorio, almeno in Italia, le manifestazioni di dissenso opposte da parte del pubblico a queste terapie, fondate – come si farà emergere – sull'affermazione di principi di differente natura, risultano particolarmente interessanti in riferimento al descritto pluralismo relativo alle visioni di vita e di salute. Inoltre, in questo campo, l'esigenza di proteggere il diritto alla salute – nella sua accezione individuale o collettiva – crea possibili profili di interazione con altri diritti fondamentali, fra i quali il più naturale riferimento va al diritto all'istruzione.

L'esigenza dei genitori di prendersi cura della salute dei propri figli, seguendo autonomi convincimenti personali, è argomento che offre importanti spunti per comprendere a cosa ci si riferisca quando si richiama il ruolo della giurisprudenza nel fungere da filtro al fine di individuare quegli interessi, quegli assetti valoriali interni alle persone che siano meritevoli di tutela e che possano quindi assurgere al rango di diritti riconosciuti dall'ordinamento. Proprio la ragione fondante la richiesta di esenzione, e il fondamento costituzionale dell'interesse avanzato, diventa dunque determinante in questo passaggio dall'umano al giuridico.

2.1. La consistenza delle *rules plus exemptions* statunitensi

Queste problematiche hanno interessato non solo il dibattito italiano – sul quale si tornerà a breve – ma anche quello svoltosi negli Stati Uniti, dove, in assenza di una legge federale che introduca specifici obblighi vaccinali, sono le legislazioni statali a rivestire un ruolo fondamentale nell'assicurare elevati livelli di copertura, introducendo, per esempio, l'obbligo di presentare una certificazione che attesti l'avvenuta vaccinazione per poter avere accesso alla scuola pubblica.

Lo scopo di siffatte legislazioni è quello di mantenere la c.d. "herd immunity", situazione che si realizza, all'interno di una comunità, quando si raggiunge una percentuale così elevata di soggetti immunizzati nei confronti di una data malattia che questa non avrà modo di diffondersi all'interno della comunità di riferimento. Questo approccio preventivo consente, oltre che sensibili risparmi dal punto di vista economico, di proteggere anche quei soggetti che non possono essere vaccinati, ma che beneficiano dell'alto livello di immunizzazione dell'ambiente all'interno del quale vivono⁹.

percentuali (dal 90,3 all'86,6 %). I dati sono reperibili sul sito del Ministero: http://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6_2_8_3_1.jsp?lingua=italiano&id=20 e sono riportati nella recente mozione del Comitato Nazionale per la Bioetica "L'importanza delle vaccinazioni", del 24 aprile 2015.

⁸ Sui criteri per un bilanciamento cfr. J.D. BLUM, N. TALIB, *Balancing Individual Rights versus Collective Good in Public Health Enforcement*, in *Medicine and Law*, 25, 2006, p. 273-281. In particolare gli Autori richiamano i tradizionali criteri di necessità, ragionevolezza, proporzionalità e sicurezza, richiedendo però che essi siano integrati da una rigorosa analisi dei presupposti scientifici delle valutazioni effettuate, aspetto sul quale si tornerà nel prosieguo. Nella dottrina italiana, questo profilo, con specifico riferimento agli obblighi vaccinali, è affrontato da L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Politica del diritto*, 1997, fasc. 4, pp. 591-625.

⁹ Sulla vulnerabilità del concetto di "herd immunity", si veda A.M. BUTTENHEIM, D.A. ASCH, *Making vaccine refusal less of a free ride*, in *Human Vaccines and Immunotherapeutics*, 9, 2013, pp. 2674-5.

Sensibili all'esigenza di bilanciare i rilevanti interessi in gioco, tuttavia, le legislazioni di tutti gli *States* prevedono le c.d. "medical exemptions": si tratta di clausole che consentono specifiche ipotesi di eccezione rispetto all'obbligo vaccinale, generalmente applicabili nei confronti di soggetti con sistemi immunitari deficitari, soggetti che abbiano manifestato in passato reazioni avverse ai vaccini, che presentino comprovate allergie alle componenti vaccinali o che siano affetti da specifiche malattie. A queste eccezioni condivise, fondate sull'esigenza di tutelare la salute di chi, sottoponendosi a un vaccino, andrebbe incontro con maggior probabilità a un rischio, piuttosto che a un beneficio, solo alcuni Stati ne affiancano altre, basate sulle credenze religiose o i convincimenti filosofici dei genitori (c.d. *religious/belief or philosophical exemptions*).

È interessante notare che la Costituzione federale non impone un dovere per gli Stati di prevedere esenzioni dagli obblighi vaccinali per ragioni diverse da quelle mediche¹⁰, così come chiarito dalla Corte Suprema nel celebre caso *Jacobson v. Massachusetts*. Si tratta di un precedente risalente all'inizio del secolo scorso – la cui validità è stata però richiamata anche molto di recente – con il quale la Corte, confermando la legittimità di una multa di 5 \$ comminata a un uomo che si era rifiutato di sottoporsi al vaccino impostogli nel corso di un'epidemia di vaiolo, ha chiuso per gli anni a venire la questione relativa alla possibilità di imporre per legge trattamenti vaccinali¹¹.

Come si è accennato, differenti sono le ragioni considerate idonee nei diversi ordinamenti statali all'attivazione dell'eccezione all'obbligo vaccinale per l'iscrizione a scuola: esse possono infatti essere fondate, alternativamente, su dati scientifici che evidenziano l'incompatibilità della profilassi vaccinale con lo stato di salute individuale, oppure, sull'altro versante, più problematico, su profili relativi alla dimensione individuale religiosa, morale o filosofica dei legali rappresentanti del bambino che intenda frequentare la scuola.

Se la selezione delle posizioni considerate rilevanti e meritevoli di tutela è effettuata in questi casi a monte dalla legislazione statale, è spesso la giurisprudenza a doversi fare carico dell'applicazione del dato normativo e – in definitiva – a determinare il grado di ampiezza concreto del pluralismo assiologico del quale l'ordinamento può farsi carico.

La strategia cui gli Stati fanno ricorso, dunque, è quella descritta come "rule-plus-exemption", che si concretizza al verificarsi di tre condizioni: i) che esista una buona ragione perché vi sia una regola; ii) che vi sia una buona ragione per ammettere un'esenzione da questa regola; iii) che si mostri che solo

¹⁰ Alcuni Stati, per esempio il Mississippi e il West Virginia, consentono solo esenzioni basate su ragioni mediche e, come si vedrà, altri ordinamenti si sono mossi di recente in questo senso. Informazioni sulla situazione legislativa di ogni Stato in relazione agli obblighi vaccinali sono presenti sul sito del National Vaccine Information Center (www.nvic.org).

¹¹ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905). La richiesta di salvaguardia dell'ambito etico di libertà che involge la vita e la salute si vince dalle doglianze avanzate dal ricorrente, secondo il quale «a compulsory vaccination law [was] unreasonable, arbitrary and oppressive, and, therefore, hostile to the inherent right of every freeman to care for his own body and health in such way as to him seems best; and that the execution of such law against one who objects to vaccination, no matter for what reason, is nothing short of an assault upon his person». Secondo la Corte, invece, «the police power of a state must held to embrace, at least, such reasonable regulations established directly by legislative enactment as will protect the public health and the public safety». Il riconoscimento della legittimità dell'obbligo vaccinale per l'iscrizione a scuola risale a qualche anno dopo con il caso *Zucht v. King*, 260 U.S. 174, 176 (1922).

alcuni e non altri hanno diritto a fare ricorso alla prevista esenzione¹². Evidentemente, quanto al primo punto, la ragione fondante la legittimità dell'imposizione di un obbligo generalizzato è stata rinvenuta dalla Corte Suprema statunitense, così come da altri giudici¹³, nell'esigenza di tutela della pubblica salute.

Più problematici sono invece i due punti relativi alla "bontà" della ragione fondante l'eccezione e alla valutazione del suo carattere intrinsecamente "eccezionale", poiché sono le risposte date a questi interrogativi a determinare il grado di ampiezza e le condizioni di sostenibilità del pluralismo.

Pochi spunti si possono trarre dalle esenzioni di carattere medico, agevolmente giustificabili in funzione della tutela di un diritto alla salute fisica individuale e circoscrivibili a una serie di condizioni identificabili sulla base di dati medici concreti, empiricamente valutabili. Le questioni più delicate, almeno per il discorso che in questa sede interessa, sono invece quelle legate ai casi in cui l'obiezione dei genitori nei confronti delle politiche vaccinali obbligatorie derivi da motivi non medici, legati alle concezioni religiose, filosofiche o, in senso più generale, "personali".

Tutte le eccezioni "non medical" introdotte si giustificano, oltre che – in generale – in ragione del radicamento rispetto del quale la libertà individuale gode nella cultura giuridica statunitense (considerazioni di giustizia liberale), in termini più pratici, anche in ragione del fatto che la "herd immunity" possa dirsi conseguita e produca i suoi effetti anche quando meno del 100% dei soggetti sia stato immunizzato. Recenti episodi, però, – si pensi all'epidemia di morbillo in California nell'estate 2015¹⁴ – e i

¹² B. BARRY, *Culture and Equality*, Cambridge, 2002, p. 62, cui fa riferimento anche F. ZUOLO, *Salute pubblica e responsabilità parentale. L'esenzione dall'obbligo di vaccinazione*, in *Ragion Pratica*, 40, 2013, p. 130.

¹³ In una recente decisione anche il Conseil constitutionnel francese ha escluso che l'imposizione per legge della vaccinazione contro difterite, tetano e polio, possa essere considerata in contrasto con il diritto alla salute sancito in Costituzione. La questione di costituzionalità era stata sollevata dalla Corte di Cassazione nel corso di un giudizio penale contro i genitori di due bambini di tre e un anno che avevano deciso di non sottoporli all'unica vaccinazione prevista come obbligatoria nell'ordinamento francese. I genitori erano stati accusati per non aver sottoposto il figlio di tre anni alla vaccinazione contro la difterite, il tetano e la polio adducendo una presunta tossicità di alcune sostanze in essa contenute. L'accusa derivava dall'art. L.3116-4 del Code de la santé publique («Le refus de se soumettre ou de soumettre ceux sur lesquels on exerce l'autorité parentale ou dont on assure la tutelle aux obligations de vaccination prévues aux articles L. 3111-2, L. 3111-3 et L. 3112-1 ou la volonté d'en entraver l'exécution sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 Euros d'amende») e da un articolo del codice penale che punisce i genitori che non adempiano ai propri obblighi mettendo a rischio la salute dei figli (article 227-17: «Le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende»). Secondo i genitori le due previsioni sarebbero state in contrasto con il diritto alla salute riconosciuto nel preambolo della Costituzione della quarta Repubblica, diritto che comprenderebbe anche la scelta di non essere vaccinati. Secondo i giudici del Conseil constitutionnel, al contrario, rientra nel potere discrezionale del Parlamento la scelta di «définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective». Il legislatore, nel configurare la vaccinazione in questione come obbligatoria, avrebbe perseguito la legittima intenzione di contrastare tre malattie gravi e contagiose che attualmente non possono essere eradicare. Il testo della decisione è reperibile in www.biodiritto.org.

¹⁴ Oltre a questo, ulteriori episodi simili sono riportati sul sito dei Centers for Disease Control and Prevention (CDC): <http://www.cdc.gov/outbreaks/> (*Current Outbreak List*). Sugli effetti di questi episodi in termini di normazione si veda Y.T. YANG, L. BARRAZA, K. WEIDENAAR, *Measles Outbreak as a Catalyst for Stricter Vaccine Exemption Legislation*, in *JAMA*, 314(12), 2015, pp. 1229-1230.

preoccupanti dati riportati ormai in più sedi relativi al calo della copertura vaccinale¹⁵, impongono una riflessione sulla possibilità per l'ordinamento di farsi carico delle richieste di esenzione variamente motivate, in particolare in riferimento ai possibili abusi cui queste prestino il fianco.

2.2. Le *religious exemptions*

In riferimento alle esenzioni fondate su motivi di carattere religioso, dal punto di vista della previsione legislativa, una minoranza degli Stati ne limita l'estensione agli individui che facciano parte di confessioni "organized", "recognized" o "established"¹⁶; quanto invece all'operatività delle stesse, alcuni introducono procedure specifiche per la valutazione della genuinità delle motivazioni addotte («genuinely and sincerely held beliefs»¹⁷), mentre altri si limitano a richiedere la sottoscrizione di un semplice modulo contenente un'autodichiarazione¹⁸.

Comunque siano formulate, le esenzioni religiose hanno portato, nel corso degli anni, all'affermarsi di dubbi di costituzionalità delle stesse, in particolare in riferimento alla *Establishment clause* del primo Emendamento costituzionale, che vieta l'approvazione di leggi che favoriscano una specifica confessione, inibendo la pratica delle altre e determinando un eccessivo coinvolgimento dello stato con la dimensione religiosa¹⁹.

A queste problematiche si affiancano quelle connesse alla *Equal protection clause*, poiché le eccezioni dedicate a persone praticanti confessioni religiose riconosciute o istituzionalizzate causerebbero una discriminazione nei confronti di persone con convincimenti religiosi non altrettanto diffusi e formalizzati. Nel caso *Dalli v. Board of Education*²⁰, la Supreme Court del Massachusetts, per esempio, ha dichiarato che le esenzioni rivolte esclusivamente ai credenti in "recognized church[es] or religious denomination[s]" determinavano una violazione della *Equal Protection Clause*, introducendo trattamenti di favore nei confronti di un gruppo determinato, ma ignorando coloro che avessero

¹⁵ Si vedano i dati del Ministero della Salute, riportati *supra*, nota 7.

¹⁶ Si noti, peraltro, che sono in genere gruppi minoritari – come gli amish e gli scienziati cristiani – a porre limitazioni alle vaccinazioni, piuttosto che le religioni maggiori. Come riportato, peraltro, anche i appartenenti a queste ultime hanno, con esiti differenti, chiesto di poter accedere ad esenzioni basate su motivi religiosi. A titolo esemplificativo, in *Berg v. Glen Cove City School District* (853 F.Supp. 651, 655 (E.D.N.Y. 1994)) è stata concessa l'esenzione a genitori ebrei, anche se i precetti di tale religione non contengono ragioni di opposizione ai vaccini, mentre in *Farina v. Board of Education* (116 F.Supp. 2d 503, 508 (S.D.N.Y. 2000)) e in *McCarney v. Austin* (293 N.Y.S.2d 188, 200 (N.Y. 1968)) è stata esclusa la possibilità per genitori cattolici di ricorrere all'esenzione. Sul punto si vedano A. CIOLLI, *Mandatory School Vaccinations: The Role of Tort Law*, in *Yale Journal of Biology and Medicine*, 81(3), 2008, pp. 129-137 e S. CALANDRILLO, *Vanishing vaccinations: Why are so many Americans opting out of vaccinating their children?*, in *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2004;37, p. 420. I casi sono riportati da A. NOVAK, *The religious and philosophical exemptions to state-compelled vaccination: constitutional and other challenges*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 7, 2005, in particolare pp. 107 s.

¹⁷ L'espressione è impiegata nel caso *Berg v. Glen Cove City School District*, cit., *supra*, nota 16.

¹⁸ Sulle procedure per poter accedere all'esenzione, si veda J.S. ROTA, D.A. SALMON, L.E. RODEWALD, R.T. CHEN, B.F. HIBBS, E.J. GANGAROSA, *Processes for Obtaining Nonmedical Exemptions to State Immunization*, in *American Journal of Public Health*, 91, 2001, p. 645-648.

¹⁹ Gli standard per verificare la compatibilità di una legge con la *Establishment Clause* sono stati individuati dalla Corte Suprema nel caso *Lemon v. Kurtzman* (403 U.S. 602 (1971)).

²⁰ *Dalli v. Board of Education*, 267 N.E.2d 219, 223 (Mass. 1971).

convincimenti sinceri, seppur non riconosciuti. Più in generale, in Mississippi le *religious exemptions* sono andate incontro a dichiarazioni di incostituzionalità per violazione della *Equal Protection Clause* perché avrebbero causato discriminazioni nei confronti della maggioranza dei bambini i cui genitori non hanno convinzioni religiose riconducibili alle eccezioni previste²¹.

Questa difficoltà di conciliare l'interesse del singolo con quello, più generale, di protezione della collettività, emerge con ancor maggior evidenza laddove si rifletta sul complicatissimo ruolo che le corti si trovano a dover svolgere nel caso in cui l'applicabilità dell'esenzione sia subordinata alla verifica della genuinità e sincerità del credo manifestato²². La delicatezza di questo tipo di indagine si evince, per esempio, dalle parole impiegate dalla corte federale d'appello per il secondo circuito nel caso *International Society for Krishna Consciousness Inc. v. Barber*²³: secondo i giudici lo scopo dello scrutinio svolto sarebbe quello di dare tutela solo a quei convincimenti "held as a matter of conscience"²⁴.

2.3. Le esenzioni "personali"

L'attività di individuazione e selezione dell'interesse da proteggere raggiunge comunque il livello massimo di complessità in riferimento alle esenzioni *lato sensu* "personali", l'accesso alle quali comporta un onere probatorio ancor meno rigoroso rispetto a quello legato ai motivi religiosi, con evidenti rischi di un più ampio margine di abuso. Le ragioni per le quali le esenzioni rientranti in questa ampia categoria sono concesse variano da stato a stato e spaziano da convinzioni qualificate variabilmente come "personal", "philosophical", "moral", fino a un genericissimo "other"²⁵. Rispetto alle eccezioni fondate su motivazioni di carattere religioso, più cauto è il ricorso a questa tipologia di esenzioni da parte dei legislatori statali che, in molti casi, dopo averle introdotte, sono intervenuti eliminandole nei primissimi anni '90, anche a seguito di raccomandazioni provenienti dalle istituzioni federali²⁶.

Dovrebbe essere evidente, quindi, in questo percorso a complessità crescente, il ruolo critico svolto dalla giurisprudenza nel dare concretezza alle previsioni legislative che ammettono una considerazione della dimensione individuale.

Ciò è tanto più vero se si considerano due aspetti ai quali si è già fatto cenno in precedenza: in primo luogo, un profilo rilevante, che rende tutto ciò che si è detto particolarmente critico, deriva dai rischi

²¹ *Brown v. Stone*, 378 So. 2d 218, 224 (Miss. 1979).

²² In questi casi i giudici svolgono un vero e proprio "sincerity test", con evidenti rischi di determinare uno sconfinamento nella dimensione morale e religiosa della persona.

²³ *International Society for Krishna Consciousness Inc. v. Barber*, 650 F.2d 430 (2d Cir. 1981).

²⁴ Nelle parole dei giudici: «Sincerity analysis seeks to determine the subjective good faith of an adherent in performing certain rituals. The goal, of course, is to protect only those beliefs which are held as a matter of conscience. Human nature being what it is, however, it is frequently difficult to separate this inquiry from a forbidden one involving the verity of the underlying belief».

²⁵ Per citare alcuni esempi, la legislazione del Colorado fa riferimento a «*a personal belief that is opposed to immunization*», quella del Maine a «*an opposition to the immunization for moral, philosophical or other personal reasons*»; in Vermont si richiamano «*moral convictions opposed to immunization*», mentre in Michigan fa riferimento a «*other objection to immunization*» (corsivi aggiunti). Gli esempi e i riferimenti ai testi legislativi sono riportati in A. NOVAK, *op. cit.*, p. 1109.

²⁶ Sul punto, cfr. K.M. SEVERYN, *Jacobson v. Massachusetts: Impact on Informed Consent and Vaccine Policy*, in *Journal of Pharmacy and Law*, 5, 1995, p. 261, n. 84.

di impiego abusivo delle esenzioni messe a disposizione dall'ordinamento. Il pericolo è che esse siano invocate per dare spazio a timori relativi alla sicurezza dei vaccini – la cui fondatezza è, nella maggior parte dei casi, dimostrata inconsistente dagli studi di settore²⁷ – ingenerati da un mala informazione, sempre più diffusa e sempre più accessibile²⁸.

Il secondo profilo riguarda quello delle dimensioni del fenomeno: in ragione del meccanismo di funzionamento stesso della *herd immunity*, l'ordinamento è in grado di farsi carico di un numero limitato di posizioni individuali divergenti rispetto alla regola generale, che in essa non trovano soddisfazione. Dati sempre più preoccupanti relativi alle coperture vaccinali hanno portato molti Stati, nel corso del 2015, a rivedere le loro politiche²⁹. L'esempio più noto è quello della California che, dopo essere intervenuta nel 2014 per limitare la "personal-belief exemption"³⁰, richiedendo che i genitori producessero un attestato rilasciato da un medico che comprovasse l'avvenuta informazione in relazione alle malattie contrastabili mediante vaccini e ai benefici e rischi connessi all'immunizzazione, ha approvato una normativa che restringe in maniera rilevante le esenzioni dall'obbligo vaccinale per l'accesso alla scuola. La nuova normativa, che trova applicazione nelle scuole elementari, secondarie e nei centri diurni, pubblici e privati, vieta a queste istituzioni di accettare l'iscrizione di bambini che non siano stati sottoposti alla profilassi vaccinale per una lista di malattie³¹, salvo eccezioni fondate esclusivamente su ragioni mediche.

²⁷ Sulla sicurezza ed efficacia dei vaccini si veda il Piano Nazionale Prevenzione Vaccinale 2016-2018, Allegato al parere del Consiglio Superiore di Sanità del 9 giugno 2015. Negli Stati Uniti le medesime conclusioni sono confermate dai CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, *Benefits from Immunization During the Vaccines for Children Program Era — United States, 1994–2013*, in *Weekly*, 63(16), 2014, pp.352-355.

²⁸ M.F. DALEY, J.M. GLANZ, *Straight Talk about Vaccination. Parents need better information, ideally before a baby is born*, in *Scientific American*, 1 settembre 2011 (online: <http://www.scientificamerican.com/article/straight-talk-about-vaccination>). Si veda anche G. ALTIERI, *I rimedi giurisdizionali contro la "esitazione vaccinale"*, in *Questione Giustizia*, 10 dicembre 2015 (online: http://questionegiustizia.it/articolo/i-rimedi-giurisdizionali-contro-la-esitazione-vaccinale_10-12-2015.php).

²⁹ Tutti i più recenti provvedimenti legislativi in materia sono raccolti sul sito della National Conference of State Legislatures, al link <http://www.ncsl.org/research/health/school-immunization-exemption-state-laws.aspx>. Oltre alla California, della quale si parlerà subito, e al Vermont – che ha da poco eliminato la propria *personal belief exemption* (H. 98, § 1122. Exemptions) – molti altri Stati hanno adottato o valutato l'adozione di normative volte principalmente a rendere più rigorose le procedure per poter accedere alle esenzioni o a incrementare la pubblicizzazione dei dati relativi al tasso di immunizzazione e al ricorso alle esenzioni. Sulle legislazioni adottate cfr. Y.T. YOUNG, R.D. SILVERMAN, *Legislative Prescriptions for Controlling Nonmedical Vaccine Exemptions*, in *JAMA*, 313, 3, 2015, pp. 247-248. In generale, sui collegamenti fra le formulazioni normative e i dati relativi alla diffusione di malattie contro le quali è disponibile una vaccinazione W.D. BRADFORD, A. MANDICH, *Some State Vaccination Laws Contribute To Greater Exemption Rates And Disease Outbreaks In The United States*, in *Health Affairs*, 34, 8, 2015, pp. 1383-1390. In senso contrario a una diretta correlazione Y.T. YANG, V. DEBOLD, *A Longitudinal Analysis of the Effect of Nonmedical Exemption Law and Vaccine Uptake on Vaccine-Targeted Disease Rates*, in *American Journal of Public Health*, 104, 2, February 2014, pp. 371-377.

³⁰ M.M. MELLO, D.M. STUDDERT, W.E. PARMET, *Shifting Vaccination Politics — The End of Personal-Belief Exemptions in California*, in *The New England Journal of Medicine*, 373, 2015, p. 785-787.

³¹ Senate Bill (SB) 277, *Vaccines Required for Unconditional Entry into Schools, Child-Care Centers, Day Nurseries, Nursery Schools, Family Day-Care Homes, and Development Centers in California*, Section 2. A quelle indicate, lo State Department of Public Health potrà aggiungerne altre, «taking into consideration the recommendations of the Advisory Committee on Immunization Practices of the United States Department of Health and Human Services, the American Academy of Pediatrics, and the American Academy of Family Physicians». Nel

Interventi come questo rendono manifesta la centralità – in particolare in un momento di crisi della fiducia nelle prassi vaccinali – della questione della selezione delle posizioni eleggibili per il ricorso all'esenzione, poiché da questo filtro dipende la tenuta dell'intero sistema, la sostenibilità del grado di frammentazione da parte dell'ordinamento, dell'angolo di ampiezza del pluralismo da parte delle società.

2.4. Il dato scientifico come criterio per una selezione necessaria

Un recente caso³², illustra bene le difficoltà sin qui delineate, mettendo in evidenza il fondamentale ruolo dei giudici nell'identificare gli interessi individuali riconoscibili come meritevoli di tutela. La questione è sorta nello Stato di New York, la cui legislazione contempla esenzioni mediche ed esenzioni religiose, ma esclude quelle filosofiche. I signori Check, al momento di iscrivere la loro bambina a scuola, avevano richiesto un'esenzione religiosa, rigettata dall'amministrazione perché non sarebbe stata data prova dei «genuine and sincere religious beliefs which are contrary to immunization», e una richiesta di *medical exemption*, rigettata dopo la verifica da parte di un medico del *Department of Health* che aveva ritenuto la documentazione presentata dal medico curante non conforme ai «nationally recognized standards for medical contraindication of immunization». La Corte distrettuale, dopo aver sentito la madre della bambina³³, concludeva che il rifiuto delle vaccinazioni sarebbe derivato, più che da un sincero convincimento religioso, da timori per il benessere della piccola e che la previsione normativa non avrebbe potuto essere interpretata nel senso di dare spazio a opposizioni fondate meramente sulla considerazione di «moral scruples or by reasons of *unsupported* personal fears» (corsivo aggiunto)³⁴.

Anche i giudici d'appello³⁵ condividono l'approccio adottato dalla Corte distrettuale e, richiamando il cristallino principio sancito in *Jacobson*³⁶, rispondono ai timori avanzati dai ricorrenti – secondo i quali un sempre più ampio *corpus* di letteratura scientifica dimostrerebbe che i rischi derivanti dai vaccini supererebbero i loro benefici – riservando simili valutazioni al legislatore e sottraendole all'ambito di valutazione meramente individuale.

Dalla decisione resa dalla Corte d'appello emerge con forza un elemento al quale, sino ad ora, non si è fatto riferimento, ma che certamente contribuisce ad arricchire il ragionamento e a chiarire il sen-

contesto di un sistema complesso, in cerca costante di un punto di equilibrio, resta, per le patologie aggiunte, la possibilità di ricorrere alla “personal-belief exemption”.

³² *Check v. New York City Department of Education*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 71124 (ED NY, May 20, 2013). I passaggi principali della vicenda sono riportati in B. MUELLER, *Judge upholds policy barring unvaccinated students during illness*, in *The New York Times*, 22 giugno 2014, online: www.nytimes.com.

³³ Secondo quanto riportato la madre si sarebbe dichiarata cattolica e avrebbe affermato di non essere a conoscenza di principi di quella religione che si potessero dire in contrasto con le prassi vaccinali.

³⁴ I giudici richiamano la giurisprudenza del caso *Sherr* (*Sherr v. Northport-East Northport Union Free School District*, 672 F. Supp. 81, 89 (E.D.N.Y. 1987) par. 91) e affermano che «[p]laintiff's desire to protect her child from what she believes will cause her harm is undeniable, but it does not justify a religious exemption» (enfasi aggiunta).

³⁵ *Phillips v. City of New York*, No. 14-2156 (2d Cir. 2015). Il ricorso è stato deciso congiuntamente a quello presentato da due coppie di genitori che lamentavano l'illegittimità della prassi affermata nella città di New York in base alla quale, a fronte del manifestarsi di un'epidemia, gli scolari non vaccinati vengono temporaneamente esclusi dalle istituzioni scolastiche.

³⁶ Si veda *supra*, nota 11.

so: l'elemento scientifico, solido e dimostrato, sembra rappresentare una chiave per poter filtrare e selezionare le pretese avanzate dai singoli e per poterle conciliare con più ampie esigenze di tutela e protezione.

2.5. Le gestione del dissenso e delle richieste di esenzione in Italia

La questione della legittimità delle previsioni che sanciscono gli obblighi vaccinali si è posta anche in Italia. Come noto, i vaccini rappresentano l'unica ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio universale posto dalla legislazione italiana che li impone contro la difterite³⁷, il tetano³⁸, la poliomielite³⁹, l'epatite virale B⁴⁰. Altre vaccinazioni, come per esempio quella contro morbillo, parotite e rosolia, sono facoltative, anche se il Sistema sanitario nazionale ne favorisce l'accesso e ne garantisce la gratuità.

A dimostrazione della crescente attenzione anche nel nostro ordinamento nei confronti dell'obiezione di coscienza all'obbligo vaccinale, vale la pena ricordare come esso fosse in origine accompagnato da una duplice sanzione: una diretta, consistente in una pena pecuniaria, e una indiretta, derivante dall'introduzione di una norma che subordinava l'ammissione alla scuola dell'obbligo primaria alla presentazione della certificazione vaccinale. Nel corso degli anni '90, a seguito di un ampio dibattito circa i rapporti fra obbligatorietà e coercibilità dei vaccini⁴¹, il legislatore interviene con alcuni provvedimenti volti proprio ristabilire il bilanciamento fra salvaguardia della salute pubblica e garanzia dell'ambito etico individuale: dapprima il d.l. 6 maggio 1994, n. 273 ha stabilito che «l'esecuzione delle vaccinazioni obbligatorie su minori non può essere coercitivamente imposto con l'intervento della forza pubblica»⁴² – salva la responsabilità che, in caso di danni subiti dal bambino, da ciò possa derivare in capo a genitori o tutori legali⁴³ – e poi il d.P.R. 26 gennaio 1999, n. 355 ha abolito il rifiuto di ammissione alla scuola dell'obbligo e agli esami per i minori non sottoposti alle vaccinazioni obbligatorie⁴⁴.

La prima apertura per giungere al superamento dell'obbligo vaccinale si può rinvenire nel [Piano nazionale vaccini 2005-2007](#) che, rilevando che «sarebbe preferibile (...) l'impegno per l'informazione e la persuasione, piuttosto che l'imposizione legale», consentiva ad alcune Regioni di intraprendere «un percorso per una futura sperimentazione della sospensione dell'obbligo vaccinale»⁴⁵. A questa

³⁷ Legge del 6 giugno 1939, n. 891, G.U. 1 luglio 1939, n. 152, e legge del 27 aprile 1981, n. 166, in G.U. 2 maggio 1981, n. 119.

³⁸ Legge del 20 marzo 1968, n. 419, G.U. 19 aprile 1968, n.100.

³⁹ Legge del 4 febbraio 1966, n. 51, in G.U. 19 febbraio 1966, n. 44.

⁴⁰ Legge del 27 maggio 1991, n. 165, in G.U. 1 giugno 1991, n. 127.

⁴¹ Le tappe di questo dibattito sono ripercorse da F. ZUOLO, *L'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo legislativo e concettuale*, in C. CASONATO, C. PICCOCCHI, P. VERONESI, *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Padova, 2009, pp. 534 e ss.

⁴² D.l. 6 maggio 1994, n. 273, in G.U. 9 maggio 1994, n. 296, art. 12, co. 1.

⁴³ D.l. 6 maggio 1994, n. 273, in G.U. 9 maggio 1994, n. 296, art. 12, co. 3.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 1, co. 2: «La mancata certificazione non comporta il rifiuto di ammissione dell'alunno alla scuola dell'obbligo o agli esami».

⁴⁵ Tale impostazione è stata confermata dal successivo Piano nazionale prevenzione vaccinale 2010-2012 che aggiungeva agli obiettivi già fissati il raggiungimento o mantenimento delle coperture vaccinali relative alle malattie da eradicare o contenere e prefigurava un eventuale *iter* di superamento dell'obbligo, attivabile a

strategia hanno dato corso alcune Regioni: per esempio, nel 2006 la Regione Piemonte ha sospeso ogni sanzione pecuniaria nel caso di rifiuto di sottoporsi alle vaccinazioni⁴⁶; nel 2007 il Veneto ha reso le vaccinazioni raccomandate, ma non obbligatorie⁴⁷; nello stesso anno la Toscana, pur mantenendo l'obbligo, ha introdotto una procedura di riconoscimento dell'obiezione di coscienza⁴⁸. Si noti, peraltro, in specifico riferimento alla sostenibilità della dimensione del pluralismo, che i provvedimenti regionali (si veda in particolare l'art. 3 della legge Veneta), introducono clausole che consentono una revoca della sospensione dell'obbligatorietà nel caso in cui riemerge un pericolo epidemiologico: la validità della gestione del dissenso dipende, in sostanza, dal tasso concreto di rischio e dalla stabilità del tasso di immunizzazione⁴⁹. È evidente, quindi, che il grado di ampiezza del pluralismo individuale si "piega" in ragione del dato scientifico e da esso necessariamente dipende.

Nel corso degli anni, il movimento di opposizione agli obblighi vaccinali è andato crescendo anche in Italia, provocando – stando a quanto riportato dai dati diffusi dal Ministero della Salute – un progressivo e preoccupante calo della copertura che, nel 2014, è scesa per tutte le vaccinazioni obbligatorie, al di sotto del 95%, soglia per il mantenimento della *herd immunity*⁵⁰. Analogamente a quanto accaduto negli Stati Uniti, la reazione è stata immediata: la bozza del nuovo "Piano nazionale della prevenzione vaccinale 2016-2018"⁵¹, tutto orientato alla promozione e al rafforzamento delle prassi vaccinali, chiarisce che «la diffusione di informazioni non basate su prove scientifiche da parte di operatori sanitari è moralmente deprecabile, costituisce grave infrazione alla deontologia professionale oltreché essere contrattualmente e legalmente perseguibile». In Parlamento è all'esame della Commissione Affari Sociali della Camera una proposta di legge⁵² che mira, tra l'altro, a reintrodurre l'obbligo vaccinale come preconditione per l'ammissione alla scuola dell'obbligo e agli esami.

La questione relativa alla forza dell'obbligo legislativo è stata oggetto di attenzione, in più di un caso, tanto da parte della Corte di Cassazione, quanto da parte della Corte costituzionale. Al di là di altre considerazioni, per quanto in questa sede interessa, le due corti, pur partendo da differenti presupposti e circostanze di fatto, paiono concordare nel ricondurre la possibilità di sottrarsi all'obbligo legislativamente imposto, solo là dove la scienza sia in grado di fornire solide basi per agire in tal senso, al fine generale di garantire la tutela del miglior interesse del minore.

La Corte di Cassazione osserva, infatti, che «[i]l dovere di tutelare la salute del minore da parte del genitore che costituisce causa di giustificazione della infrazione non può risolversi [...] nel *timore generico* di un pregiudizio per il minore, ma deve concretarsi nella prospettazione di specifiche ragioni che nel singolo caso rendono la vaccinazione pericolosa e nella dimostrazione di particolari *controin-*

seguito di adeguate attività di formazione degli operatori sanitari e di informazione della popolazione sui benefici del vaccino «quale misura di prevenzione».

⁴⁶ Delibera G.R. 63/2598, 10 aprile 2006, 3.2.3, Bollettino Ufficiale Regione Piemonte, 27 aprile 2006, n. 17.

⁴⁷ Bollettino Ufficiale Regione Veneto, 27 marzo 2007,

⁴⁸ Delibera G.R.T. 369 del 2006, Bollettino Ufficiale Regione Toscana, 14 giugno 2006, n. 24.

⁴⁹ F. ZUOLO, *L'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie*, cit., p. 542.

⁵⁰ Cfr. quanto anticipato *supra*, nota 7. Una tabella illustrativa è riportata sul sito del Ministero della Salute al link: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_tavole_20_allegati_iitemAllegati_2_fileAllegati_itemFile_0_file.pdf.

⁵¹ Cfr. *supra*, nota 27.

⁵² A.C. 3370 "Disposizioni in materia di vaccinazioni obbligatorie". Ai sensi del proposto art. 3, co. 1 «La mancata presentazione della certificazione o della dichiarazione sostitutiva relativa alle vaccinazioni o alle rivaccinazioni obbligatorie comporta il rifiuto di ammissione dell'alunno alla scuola dell'obbligo o agli esami».

dicazioni, desunte dalla salute del soggetto da vaccinare, o quanto meno di *fatti concreti* che siano comunque tali da giustificare l'*erronea* persuasione di un pericolo per il minore». Il giudice di legittimità richiede dunque una qualificazione scientifica dell'interesse che i genitori intendano far valere, e subordina l'operatività di una causa di giustificazione, alla sussistenza di prove empiriche rendano concreto il pericolo. Similmente, la Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi circa la compatibilità con il dettato costituzionale della normativa italiana⁵³, evidenzia l'esigenza di distinguere l'opposizione dei genitori alla vaccinazione motivata «solo dalla *convinzione della illegittimità del relativo obbligo legale*» da quella fondata su una «*pericolosità in concreto*, per il minore, della somministrazione del vaccino, in ragione di specifiche condizioni cliniche» o in ragione del fatto che il vaccino in uso contenga sostanze pericolose (i.e. mercurio). Nella seconda eventualità – nel caso di opposizione motivata da specifiche condizioni sanitarie del minore – «il giudice minorile dovrebbe operare i necessari *approfondimenti tecnico-sanitari*», mentre, nel caso di opposizione motivata dalla allegata pericolosità del vaccino in uso, si dovrebbe valutare, «sulla base di *comprovati elementi di natura tecnico-scientifica*, la fondatezza di tale allegazione» (tutti corsivi aggiunti).

Le Corti sono state chiamate a far fronte all'esigenza di fornire tutela alle istanze individuali, che nel corso degli anni hanno acquisito concretezza e forza parallelamente alla progressiva messa in discussione della monolitica certezza circa l'innocuità e la beneficialità dei vaccini⁵⁴, e hanno individuato appunto nel dato scientifico il filtro utile a selezionare le richieste meritevoli di protezione.

2.6. I giudici di fronte ai metodi della scienza: rapporti di causalità e gradi di certezza

Il nodo più critico da sciogliere, nel risalire alle ragioni che fondano gli atteggiamenti di sfiducia e di opposizione individuale, risiede nel fatto che questi si radicano in una commistione fra diversi elementi: da un lato, il fatto che il metodo scientifico proceda per graduali acquisizioni di certezze, spesso temporanee, e, dall'altro, la diffusione di una cattiva informazione scientifica o, *rectius*, di un'informazione non scientificamente fondata.

Con queste problematiche si sono dovuti confrontare i giudici chiamati a risolvere questioni relative all'applicazione della legge n. 210 del 1992 che introduce la possibilità di ottenere un risarcimento per danni irreversibili derivati da vaccinazioni obbligatorie, previsione che, come noto, è stata estesa dalla Corte costituzionale anche ai casi di danni derivanti da vaccinazioni che, pur non obbligatorie, siano comunque raccomandate e promosse a livello istituzionale⁵⁵.

⁵³ Negli anni precedenti la sentenza cui si fa riferimento, la Corte aveva già, in più di una occasione, dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale.

⁵⁴ Se prima degli anni '80 non si erano sostanzialmente verificati effetti avversi, negli anni successivi sono andate aumentando le denunce di persone che avevano subito danni in conseguenza delle vaccinazioni e si è consolidata la consapevolezza di una possibile pericolosità degli stessi. Questa nuova fase della conoscenza circa la funzionalità e l'effettività dei vaccini ha portato il legislatore italiano ad approvare la legge 25 febbraio 1992, n. 210, sulla quale si tornerà a breve, che predispone forme di compensazione per tutti coloro che abbiano subito lesioni permanenti dalle vaccinazioni obbligatorie. Secondo la Consulta, l'assetto normativo, stante il prevalere dei benefici vaccinali rispetto ai rischi da essi derivanti, garantisce un appropriato bilanciamento degli interessi in campo (sent. 20-23 giugno 1994, n. 258).

⁵⁵ Con sentenze 23-26 febbraio 1998, n. 27 e 9-16 ottobre 2000, n. 423 la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2 e 32 della Cost., l'art. 1, co. 1 della legge 25 febbraio 1992, n. 210 nella parte in cui non prevedeva il diritto all'indennizzo, alle condizioni ivi stabilite, di coloro che

L'applicazione di questa legge sembra ancor oggi avvenire all'interno di un contesto irrimediabilmente viziato da un episodio risalente a ormai quasi venti anni fa, quando il dottor Wakefield pubblicò su *The Lancet* un articolo che legava causalmente il vaccino contro il morbillo all'insorgere di sindromi riconducibili allo spettro autistico⁵⁶. Nonostante tutti i successivi studi abbiano smentito tale assunto⁵⁷, nonostante l'articolo sia stato formalmente ritirato e l'autore principale sia stato radiato dall'Ordine dei medici britannico, con l'accusa di essere portatore di un conflitto di interessi e di aver falsificato i dati raccolti, l'eco di questo caso non sembra ancora definitivamente sopita.

Sono oggi numerosi i provvedimenti giudiziari che si sono espressi sui rapporti causali intercorrenti fra trattamenti vaccinali (non solo il vaccino trivalente) e il prodursi di danni (non solo l'insorgere di disturbi del comportamento di tipo autistico) nelle persone ad essi sottoposti⁵⁸.

Si tratta di giudizi ad alta complessità tecnica sui quali incidono perlomeno due fattori determinanti. Il primo rischio è che l'elemento scientifico possa entrare nel giudizio filtrato da un poco scrupoloso atteggiamento dei periti che, in alcuni casi, si sono dimostrati estranei al rigore metodologico della disciplina medico-legale e al valore della ricerca epidemiologica⁵⁹, asserendo, pur a fronte di numerosi studi scientificamente solidi che provano la sicurezza delle prassi vaccinali obbligatorie, una diretta consequenzialità fra vaccinoterapia ed evento dannoso⁶⁰.

erano stati sottoposti alle vaccinazioni non obbligatorie antipoliomelitiche e antiepatite B a seguito delle campagne legalmente promosse dalle autorità sanitarie per la diffusione di tali vaccinazioni. Più di recente, la Consulta, con sentenza 16 aprile 2012, n. 107 ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati), nella parte in cui non prevede il diritto ad un indennizzo, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, nei confronti di coloro i quali abbiano subito le conseguenze previste dallo stesso articolo 1, comma 1, a seguito di vaccinazione contro il morbillo, la parotite e la rosolia». A sollevare il caso di fronte alla Consulta era stato il Tribunale ordinario di Ancona adito, per ottenere un indennizzo, dai genitori di una bambina che aveva subito un danno a seguito della vaccinazione contro morbillo-parotite-rosolia (MPR), che, «ancorché non obbligatoria – e, dunque, non suscettibile di dar luogo, ove generatrice delle complicanze previste dalla normativa denunciata, all'indennizzo ivi previsto – si presentava, però, fortemente incentivata dalle pubbliche autorità, avendo essa formato oggetto di una intensa campagna di sensibilizzazione, attestata da numerosi atti emanati a tale riguardo dalla pubblica amministrazione».

⁵⁶ Sulla vicenda, per tutti, F. GODLEE, J. SMITH, H. MARCOVITCH, *Wakefield's article linking MMR and autism was fraudulent*, in *The British Medical Journal*, 2011; 342, c7452.

⁵⁷ Fra i vari studi si vedano F. DE STEFANO, C.S. PRICE, E.S. WEINTRAUB, *Increasing Exposure to Antibody-Stimulating Proteins and Polysaccharides in Vaccines Is Not Associated with Risk of Autism*, in *The Journal of Pediatrics*, 163, 2, 2013, pp. 561-567 e K.M. MADSEN ET AL., *A Population-Based Study of Measles, Mumps, and Rubella Vaccination and Autism*, in *New England Journal of Medicine*, 347, 2002, pp. 1477-1482. Esclude ogni correlazione anche la scheda dell'OMS sui disturbi dello spettro autistico: <http://www.who.int/features/qa/85/en/>.

⁵⁸ Numerose pronunce sono raccolte nel Dossier del sito [biodiritto.org](http://www.biodiritto.org) al seguente link: <http://www.biodiritto.org/index.php/novita/news/item/577-dossier-vaccini-e-autismo>.

⁵⁹ S. D'ERRICO, C. POMARA, E. TURILLAZZI, *Ancora in tema di «vaporizzazione giurisprudenziale» del nesso di causa: se e quando il sapere scientifico si sottomette all'umana solidarietà*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 2015, pp. 1747-1755.

⁶⁰ Poco condivisibile, e criticato in altre pronunce, pare l'atteggiamento di quei periti che sembrano dedurre la probabilità del nesso causale da una mera valutazione temporale del succedersi degli eventi (vaccinazioni-insorgere delle patologie) che si riassume in una insoddisfacente applicazione del criterio cronologico del *post hoc, propter hoc*.

L'altro elemento di complessità deriva dal criterio di accertamento delle condizioni per la concessione di un indennizzo che non richiede un grado assoluto di certezza, ma un approccio basato sulla logica del "più probabile che non" che richiede che la correlazione fra l'evento e il danno sia provata in misura certamente superiore al contrario⁶¹. Secondo i giudici, in molti casi, il passaggio dalla mera possibilità alla probabilità può essere soddisfatto mediante il ricorso all'argomento dell'assenza di qualunque altra causa patogena ed escludono che l'esistenza di un inevitabile margine di relatività possa essere di per sé sufficiente ad escludere la sussistenza del nesso di causalità⁶².

Emblematico in questo senso il recente caso risolto prima dal Tribunale di Rimini e poi dalla Corte d'appello di Bologna⁶³. In primo grado il consulente tecnico d'ufficio aveva ritenuto l'insorgenza di un disturbo di tipo autistico riconducibile con ragionevole probabilità scientifica alla somministrazione del vaccino trivalente MPR, ed è sulla base di questa valutazione che il giudice aveva riconosciuto l'attribuzione dell'indennizzo. L'impostazione del CTU veniva rovesciata in appello da una nuova consulenza che escludeva che, «sulla base di una buona evidenza medico-scientifica e di una sufficiente probabilità logica e scientifica», si potesse ritenere esistente un collegamento causale fra la condizione sviluppata e la vaccinazione di profilassi trivalente. Secondo il CTU nominato dalla Corte d'appello non sarebbe possibile «ritenere valido il riportato assioma che, in assenza di dimostrazione di altre cause (...), l'origine del disturbo sia da riferire alla vaccinazione sulla base del solo criterio temporale»; non vi sarebbe «sulla base di ciò che oggi è riconosciuta essere l'evidenza medico-scientifica, alcuna possibilità di correlare con meccanismo causa-effetto la comparsa dell'autismo alle vaccinazioni. L'apparente assenza di altre cause deve essere vista solo come attuale assenza di più approfondite informazioni».

Al di là delle impostazioni di periti e giudici, più o meno fedeli ai dati e alle metodologie della scienza, ciò che preme sottolineare è un atteggiamento di certa giurisprudenza che ricorre alle incertezze insite in un giudizio di carattere probabilistico per dare tutela a situazioni considerate meritevoli. La sensazione, insomma, è che più che una tutela del diritto alla salute mediata da una richiesta di inden-

⁶¹ L'applicazione di questo criterio è particolarmente evidente nella sentenza del 23 settembre 2014 con la quale il Tribunale di Milano riconosce la sussistenza del nesso causale fra il vaccino esavalente Infanrix Hexa SK e l'insorgere di una sindrome di tipo autistico. Secondo il consulente tecnico d'ufficio «È probabile, in maniera superiore al contrario, che il disturbo autistico del piccolo sia stato concausato, sulla base di un polimorfismo che lo ha reso suscettibile alla tossicità di uno o più ingredienti [...]. Il presidio, come recentemente risultato da documenti riservati che ne detiene il brevetto, mostra una specifica idoneità lesiva per il disturbo autistico». Il riferimento è a un documento di Glaxo Smith and Kline nel quale si segnalano cinque casi di autismo emersi nel corso delle sperimentazioni. Ancora, secondo il CTU «[d]etti elementi [...] accreditano attualmente il nominato presidio quale unica causa conosciuta della malattia in oggetto, rendendola perciò di gran lunga più probabile delle eventuali altre, così incerte sotto il profilo dell'efficienza lesiva da risultare oggi relegate nell'ambito della mera ipotesi».

⁶² Così argomenta, pur a fronte dell'esclusione del nesso eziologico da parte del CTU, il Tribunale di Busto Arsizio, Giudice del lavoro, nella sentenza n. 413 del 2 dicembre 2009. Secondo il giudice «si deve tener conto del fatto che in campo biopatologico, è estremamente difficile raggiungere un grado di certezza assoluta e, pertanto, la sussistenza del nesso causale fra un determinato antecedente e l'evento dannoso ben può essere affermata in base ad un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, soprattutto quando manca la prova della preesistenza, della concomitanza o della sopravvenienza di altri fattori determinanti».

⁶³ Tribunale ordinario di Rimini, sentenza del 15 marzo 2012, n. 886 e Corte d'appello di Bologna, sentenza n. 1767/2014 pubblicata il 13 febbraio 2015.

nizzo, l'obiettivo dei giudici sia quello di garantire una condivisione di eventuali, pur non dirette, conseguenze negative, subite da chi, per imposizione o sollecitazione, si sia determinato a tenere un comportamento di utilità generale per ragioni di solidarietà sociale. L'indennizzo previsto dalla legge rappresenta lo strumento per la realizzazione di quella necessaria e imprescindibile forma di condivisione sociale di eventuali conseguenze negative, indipendentemente dalla prova piena di un legame di causalità.

In assenza di un incontrovertibile nesso etiologico fra vaccinazione e danno, i giudici argomentano in termini probabilistici al fine di giungere al riconoscimento dell'indennizzo, dando veste e copertura giuridica alla dimensione del bisogno umano. Se la complessità dei giudizi in questione, cui si è fatto prima riferimento, potrebbe far percepire come condivisibile l'esigenza di tutelare il singolo che, per un interesse collettivo, si esponga a un rischio, una riflessione sulla sostenibilità del pluralismo non può prescindere da considerazioni che involgono un piano più generale. L'assoggettamento delle motivazioni costruite dai giudici a un senso di solidarietà⁶⁴, pur condivisibile, che si sostituisce a una diretta tutela del diritto alla salute, ancorata ad elementi solidamente scientifici, rischia di provocare una sovrapposizione di piani che dovrebbero rimanere distinti. E si corre il rischio che, il provvedimento giurisdizionale, cui i mezzi di comunicazione restituiscono ampia risonanza, possa essere interpretato come una conferma di relazioni causali in realtà mai comprovate e come una forma di legittimazione di condotte avverse alle terapie vaccinali, con critiche conseguenze in termini di calo del livello della copertura generale⁶⁵.

3. Il bisogno individuale nel momento del divenire: il caso Stamina e la costruzione delle certezze della scienza

Le difficoltà emergono dunque dall'intersecarsi delle insicurezze ingenerate da una fisiologica gradualità del metodo di costruzione delle certezze scientifiche e da quelle derivanti da un sempre più capillare diffondersi di informazioni pseudo-scientifiche.

⁶⁴ A questo senso di comunione ha fatto riferimento anche la Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 107 del 2012 nella quale afferma che «[i]n presenza di diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore della pratica di vaccinazioni è [...] naturale che si sviluppi un generale clima di "affidamento" nei confronti proprio di quanto "raccomandato": ciò che rende la scelta adesiva dei singoli, al di là delle loro particolari e specifiche motivazioni, di per sé obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell'interesse collettivo». Da ciò la Corte deriva l'esigenza di guardare alle vicende delle singole persone da una «prospettiva "integrale", vale a dire riferita all'intera comunità: con la conseguenza, tra le altre, che, al verificarsi di eventi avversi e di complicità di tipo permanente a causa di vaccinazioni effettuate nei limiti e secondo le forme di cui alle previste procedure, debba essere, per l'appunto, la collettività ad accollarsi l'onere del pregiudizio individuale piuttosto che non i singoli danneggiati a sopportare il costo del beneficio collettivo». Conforme con questo approccio, e con un contesto di irrinunciabile solidarietà, la scelta legislativa di introdurre una misura indennitaria «destinata non tanto, come quella risarcitoria, a riparare un danno ingiusto, quanto piuttosto a compensare il sacrificio individuale ritenuto corrispondente a un vantaggio collettivo [...]».

⁶⁵ Risale all'inizio del 2016 la notizia, riportata dai quotidiani, di una bimba che, avendo un sistema immunitario fortemente deficitario, non può frequentare la classe di una scuola in Toscana nella quale otto bambini su diciotto non si sono sottoposti alle vaccinazioni previste (*Sei anni, non può andare a scuola perché i compagni non sono vaccinati*, in *Corriere della sera online*, 27 gennaio 2016).

Un altro episodio, cui la cronaca ha dato ampio risalto, ha seguito analoghe dinamiche e ha messo in evidenza la difficoltà dei giudici di selezionare le pretese individuali, a fronte di un'apparente vacillare dell'unitarietà della voce della comunità scientifica. La più approfondita lettura che si cercherà di offrire pare però invertire la prospettiva: similmente al caso precedente, le decisioni adottate dai giudici sembrano determinate, più che dalla crisi manifestata dal dato scientifico nel momento del divenire, da considerazioni relative alla capienza del principio costituzionale sancito dall'art. 32 della Carta, con il rischio, anzi, che siano proprio le decisioni giurisprudenziali a indebolire l'immagine unitaria della scienza e a dare spazio e legittimazione a posizioni che, per metodo e contenuto, non possono che definirsi come anti-scientifiche.

La vicenda cui si fa riferimento è quella – giunta oggi a un punto che somiglia molto a una conclusione⁶⁶ – relativa ai trattamenti proposti dalla Stamina Foundation⁶⁷.

Quanto avvenuto a partire dal 2012, dall'esplosione mediatica del caso, sino alle ribadite prese di posizione della comunità scientifica in generale e delle istituzioni specificamente incaricate di una valutazione⁶⁸, evidenzia la difficoltà di individuare un inquadramento all'interno del sistema costituzionale della drammaticità del bisogno individuale che sia coerente con l'assetto ordinamentale complessivo e che possa pertanto essere percepito come "giusto".

Sono stati i giudici, più di ogni altro soggetto, a doversi misurare con la difficoltà di risolvere la tensione emergente dal confronto fra l'immediatezza del bisogno di salute e il tempo della scienza e della ricerca, dilatato dall'esigenza di rispettare i principi etici e giuridici posti a tutela della persona.

Diversamente dai casi analizzati nella prima parte di questo contributo, emerge, in riferimento a questi, il profilo pretensivo della libertà di cura, espresso mediante richieste avanzate da pazienti in gravissime condizioni e senza alternative terapeutiche. Come noto, a partire dall'estate del 2012, alcuni giudici sono stati investiti di numerosi ricorsi presentati in via d'urgenza, volti ad ottenere specifiche autorizzazioni a intraprendere o a proseguire le infusioni proposte dalla Stamina Foundation, dopo che l'AIFA, a seguito di un'ispezione condotta nei locali degli Spedali Civili di Brescia, ne aveva disposto il blocco per ragioni di sicurezza e per opacità delle procedure.

La vicenda si divide in due momenti temporali ben definiti. In una prima, più breve fase, le decisioni adottate dai giudici sono sostanzialmente dipese dall'interpretazione che questi hanno dato alle di-

⁶⁶ Oltre alla decisione 5 dicembre 2014, n. 274 della Corte costituzionale, sulla quale si tornerà *infra*, il riferimento va alle tre sentenze con le quali la Corte di Cassazione ha confermato l'ordinanza del Tribunale di Torino che, nell'ambito del procedimento penale a carico di Davide Vannoni e altri indagati, aveva disposto il sequestro cautelare dei laboratori degli Spedali Civili di Brescia dove si svolgevano le infusioni e si conservavano i materiali e alla sentenza di condanna di due degli imputati nel processo sul metodo Stamina svoltosi avanti il Tribunale di Torino nella quale il giudice definisce il metodo «un'enorme truffa scientifica», sottolineando che «si deve ritenere che sia stata raggiunta la prova non solo all'inutilità e della mancanza di fondamento scientifico del cosiddetto metodo Stamina, ma anche alla potenziale nocività e pericolosità dello stesso».

⁶⁷ I principali passaggi della vicenda sono riassunti nel dossier Stamina sul sito [biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), all'indirizzo: <http://www.biodiritto.org/novita/news/item/330-dossier-staminali>.

⁶⁸ L'intervento più recente è il Documento della 12 Commissione permanente (Igiene e Sanità) del Senato della Repubblica, approvato nella seduta del 18 febbraio 2015 a conclusione dell'indagine conoscitiva su origine e sviluppo del cosiddetto caso Stamina, Roma, 2015. Sul documento si veda il commento di G. D'AMICO, «Funziona! non vi basta?». a proposito delle conclusioni dell'indagine conoscitiva del senato della repubblica sul c.d. caso Stamina, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, pp. 297-313.

sposizioni contenute nel D.M. 5 dicembre 2006. Il decreto prevedeva che l'impiego di medicinali per terapia genica e per terapia cellulare somatica, al di fuori di sperimentazioni cliniche, fosse possibile, in mancanza di valide alternative terapeutiche, a fronte di un pericolo per la vita del paziente o di un grave danno per la sua salute. La liceità di tale utilizzo era condizionata, inoltre, alla compresenza di taluni requisiti fra i quali il parere favorevole del competente Comitato etico, il consenso del paziente, l'esistenza di pubblicazioni in riviste scientifiche internazionali accreditate sui trattamenti in questione e il fatto che il trattamento fosse effettuato in laboratori e strutture che rispettassero determinate caratteristiche.

Con l'intenzione di ritrovare un margine di certezza perso nella multiformità delle impostazioni adottate dai giudici in questa prima fase, in un secondo momento, è intervenuto il legislatore con una disciplina specifica volta a consentire la somministrazione dei trattamenti o la continuazione degli stessi in quei pazienti che avessero ottenuto un'autorizzazione giudiziaria in tal senso o che fossero già stati sottoposti a precedenti infusioni⁶⁹.

In questa vicenda, connotata dai passaggi appena tracciati, è emersa in più occasioni una nozione particolarmente ampia del diritto alla salute la cui estensione pare, almeno in alcuni casi, aver raggiunto una misura faticosamente condivisibile e difficilmente sostenibile.

Già in passato la Corte costituzionale aveva avuto modo di riconoscere che, a fronte di «esigenze terapeutiche estreme», «senza risposte alternative», il diritto alla tutela della salute si possa estendere fino a comprendere aspettative che scaturiscono da sperimentazioni in corso, potendosi così derogare a quell'insieme di procedure finalizzate alla verifica e alla validazione scientifica dei farmaci e delle terapie, a quell'insieme di regole volte a garantire standard di eticità e scientificità⁷⁰.

Tuttavia, in questa vicenda, si corre apertamente il rischio di spostare l'attenzione dalla tutela del diritto alla salute degli individui, all'intenzione di dare protezione a differenti posizioni soggettive.

⁶⁹ Il governo, come noto, è intervenuto con decreto legge 25 marzo 2013, n. 24, convertito con modificazioni dalla l. 23 maggio 2013, n. 57 (in G.U. 25/05/2013, n. 121).

⁷⁰ Questa l'impostazione suggerita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 185 del 1998, relativa al c.d. multittrattamento Di Bella. Punto 9 del Considerato in diritto: «La determinazione del legislatore di avviare la sperimentazione di un complesso di sostanze e l'autorizzazione al loro impiego nei confronti di altri soggetti estranei alla sperimentazione, prima che siano noti gli esiti di essa (in deroga alla regola posta dal comma 1 dell'art. 3 del decreto-legge n. 23), non sottendono, certo, un "riconoscimento della utilità di impiego" dei medicinali compresi nel multittrattamento (art. 1). Costituiscono, però, un "fatto legislativo" che ha una sua oggettività, tale da differenziarlo da un qualsiasi mero "fatto sociale" spontaneo. Ora, nei casi di esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative, come quelle che si verificano in alcune patologie tumorali, va considerato che dalla disciplina della sperimentazione, così prevista, scaturiscono indubbiamente aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute. Si che non può ammettersi, in forza del principio di uguaglianza, che il concreto godimento di tale diritto fondamentale dipenda, per i soggetti interessati, dalle diverse condizioni economiche». Fra le numerose note alla decisione della Corte si vedano A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza delle "fattispecie dubbiose"* (Nota a Corte costituzionale 26 maggio 1998, n. 185), in *Giurisprudenza italiana*, 1, 1999, pp. 166-167; C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del "multittrattamento Di Bella"* (Nota a Corte costituzionale 26 maggio 1998, n. 185), in *Giurisprudenza italiana*, 1999, fasc. 1, pp. 160-166; M. GIANNUZZI, *Il "multittrattamento Di Bella" tra sperimentazione ufficiale e tutela giurisdizionale del diritto alla salute* (Nota a Corte costituzionale 2 aprile 1999, n. 121), in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 4, 2000, pp. 306-310.

Si passa così da letture capienti, ma certamente compatibili con il dettato costituzionale, a interpretazioni ben più estreme, almeno in certa misura preoccupanti. Alla prima categoria, per esempio, è ascrivibile l'impostazione proposta dal Tribunale di Pordenone che, in esito a una consulenza tecnica d'ufficio, conclude che «il trattamento con cellule staminali non ha effetti collaterali, non aiuterà il paziente a guarire, potrebbe però rallentare il degenerare della malattia e consentirgli di continuare a comunicare con i familiari»⁷¹. Più problematico l'approccio del giudice di Marsala, per esempio, che pare far prevalere una dimensione collettiva della salute sulla sua primaria dimensione individuale: secondo il Tribunale, con il rigetto della domanda «verrebbe [...] irrazionalmente compresso il diritto al miglioramento della vita e della salute collettiva, essendo evidente che l'inopinata interruzione del trattamento priverebbe la società umana e la comunità scientifica della possibilità di apprezzare fino in fondo le caratteristiche, i limiti e le prospettive di un eventuale futuro sviluppo dell'impiego delle cellule staminali mesenchimali...»⁷². Ancora più critiche paiono quelle manifestazioni che disancorano il concetto di salute da qualsivoglia aggancio con presupposti di benché minima razionalità scientifica: «il subordinare la somministrazione delle c.d. cure compassionevoli alla ricorrenza dei requisiti di scientificità medicinale e alla acquisizione del parere favorevole del CE appare contrario ai precetti degli artt. 32 e 2 Cost. che impongono, in assenza di rimedi alternativi, una tutela *piena e incondizionata* del diritto alla salute, inteso anche quale diritto alla tutela della dignità della persona»⁷³ (corsivo aggiunto).

Questa tendenza è sembrata ad alcuni confermata dall'intervento legislativo che, nelle more del consolidarsi di un punto di approdo a livello scientifico, è parso aprire un margine di fiducia nei confronti delle metodiche proposte dalla Stamina, dando spazio ad aspettative sempre più astratte. La relazione illustrativa al decreto legge n. 24/2013, infatti, afferma che la necessità di proseguire o intraprendere trattamenti autorizzati risponderebbe all'esigenza di far fronte ad «uno stato di grave angoscia negli interessati, che sperano di ottenere dalla terapia con cellule Stamina quei benefici in termini di salute che, per le gravissime malattie di cui si discute, non possono essere offerti dall'impiego di medicinali già autorizzati o almeno sperimentati». E il testo originariamente approvato dal Governo, poi modificato in sede di conversione, prevedeva la continuazione di trattamenti su singoli pazienti con medicinali per terapie avanzate a base di cellule staminali mesenchimali già avviati, «anche se preparati presso laboratori non conformi ai principi delle norme europee di buona fabbricazione dei medicinali e in difformità delle disposizioni del decreto del Ministro della salute 5 dicembre 2006»⁷⁴.

Proprio l'apparente riconoscimento di queste pretese, smarcate da un *minimum* di razionalità scientifica e identificate, in Italia, con la locuzione «diritto alla speranza» e, negli Stati Uniti, con la formula «right to try»⁷⁵, hanno portato a mettere in discussione la legittimità costituzionale del provvedimento.

⁷¹ Tribunale di Pordenone, ordinanza del 5 agosto 2013.

⁷² Tribunale di Marsala, ordinanza del 11 aprile 2014.

⁷³ Tribunale di Asti, ordinanza del 12 novembre 2013.

⁷⁴ Questa critica formulazione, contenuta nell'art. 2, co. 2 del d.l. n. 24/2013, è stata avvedutamente eliminata in sede di conversione del decreto.

⁷⁵ «Right to try» è il sottotitolo del testo legislativo *Access to Treatments to Terminally Ill Patients* (Colorado House Bill 14-1281), recentemente approvato in Colorado, che riconosce il diritto dei malati terminali a richiedere cure che non abbiano ancora ricevuto l'approvazione da parte della Food and Drug Administration. Nel corso del 2014 e nei primi mesi del 2015 numerosi Stati degli Stati Uniti hanno approvato leggi che,

to normativo che autorizzava i trattamenti solo in pazienti che soddisfacessero a un determinato requisito temporale (essere già in possesso di un'autorizzazione giudiziaria o aver già ricevuto una precedente infusione al momento dell'entrata in vigore della normativa).

Secondo la ricostruzione effettuata dal tribunale rimettente⁷⁶, la volontà del legislatore avrebbe introdotto nel sistema una disparità di trattamento in particolare fra i soggetti che, pur avendo ottenuto un'autorizzazione in tal senso, non avessero ancora iniziato a ricevere il trattamento in questione e coloro i quali non si fossero ancora attivati per riceverlo, essendo le condizioni di salute di entrambe queste categorie di soggetti ampiamente sovrapponibili. La seconda categoria di persone, affette da malattie altrettanto gravi, per ragioni di sola cronologia, rimarrebbe irragionevolmente esclusa dalla previsione legislativa, essendo stata presentata una richiesta ai medici o ai giudici solo dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina⁷⁷.

La risposta data dalla Corte costituzionale al quesito presentatole fornisce indicazioni di fondamentale importanza in riferimento alla misura di sostenibilità da parte dell'ordinamento del pluralismo delle visioni individuali di salute.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 274 del 2014⁷⁸, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità, perché il decreto, inserendosi in un contesto anomalo, ha voluto privilegiare «principi di continuità terapeutica ed esigenze di non interferenza con provvedimenti dell'autorità giudiziaria». Sarebbe dunque irragionevole una estensione di «siffatta, temporalmente circoscritta, deroga» ad altri pazienti, poiché per questi non sussisterebbero «[l]e circostanze peculiari ed eccezionali che hanno indotto il legislatore a non interrompere il trattamento con cellule staminali nei confronti dei pazienti che di fatto l'avevano già avviato, o per i quali un giudice aveva, comunque, già ordinato alla struttura pubblica di avviarlo», prevalendo per questi l'esigenza di dare applicazione al più generale principio di «doverosa cautela nella validazione e somministrazione di nuovi farmaci».

Il “contesto anomalo”, nel quale si incardina l'intervento del legislatore, sarebbe determinato dalla circostanza per cui alcuni trattamenti basati sul metodo Stamina erano stati attivati all'interno del circuito sanitario nazionale e dal fatto che altri erano stati autorizzati ad opera di vari giudici che, in via cautelare, avevano ordinato a strutture pubbliche di effettuarli.

La Corte esclude che il principio di eguaglianza imponga l'estensione della deroga nei riguardi di pazienti che abbiano presentato richiesta di accesso alle cure dopo l'entrata in vigore del decreto, poiché per questi non varrebbero le peculiari ed eccezionali circostanze che hanno determinato il legislatore nel discostarsi dal principio di doverosa cautela nella somministrazione dei nuovi farmaci. Le

analogamente a quella del Colorado, consentono l'accesso a terapie che abbiano passato solo le prime fasi di sperimentazione. Sulle criticità di tali normative, che ricalcano in molti casi il modello predisposto dal Goldwater Institute, si veda C.H. LIEU, A. SORKIN, W.A. MESSERSMITH, *Right to try?*, in *Journal of Clinical Oncology*, 33, 13, 2015.

⁷⁶ Tribunale ordinario di Taranto, in funzione del giudice del lavoro, ordinanza del 24 settembre 2013, n. 4960, reperibile sul sito www.biodiritto.org.

⁷⁷ Ragionevolmente differente potrebbe invece essere la posizione di coloro che si siano visti rifiutare l'autorizzazione da parte dei giudici.

⁷⁸ Sentenza n. 274 del 1 dicembre 2014, pubblicata in G.U. n. 51 del 10 dicembre 2014. Si vedano le note di G. D'AMICO, *Caso “Stamina”, la “lotta per la salute”* e di C. NARDOCCI, *Caso “Stamina”: la Corte rimette ordine nelle relazioni tra scienza e diritto*, entrambe in *Quaderni costituzionali*, 1, 2015 (rispettivamente pp. 157-159 e 160-162).

categorie di pazienti, insomma, esclusi dai e ammessi ai trattamenti, si troverebbero in situazioni fattuali differenti che giustificerebbero il diversificato regime normativo.

Sotteso a questa conclusione sta un punto centrale di tutto il ragionamento, quello cioè dell'individuazione del diritto protetto, della posizione giuridica da tutelarsi.

Se l'intervento del legislatore, derogatorio rispetto alle tradizionali regole poste a presidio della somministrazione di nuovi farmaci, fosse stato rivolto alla tutela diretta della salute del paziente, in presenza di analoghe, se non identiche, condizioni cliniche, sarebbe difficile poter sostenere l'opportunità di sottoporre i pazienti a diverso regime giuridico in base alla data di presentazione di un ricorso. La *ratio* della norma andrebbe quindi identificata in un profilo diverso rispetto a un intervento direttamente rivolto alla tutela del nucleo essenziale del diritto alla salute.

La Corte, a differenza di quanto aveva fatto con la sentenza del 1998 – con la quale identificava nell'intervento legislativo un fatto idoneo a creare aspettative ricomprese nel contenuto minimo del diritto alla salute – non accoglie in questo caso l'impostazione proposta dal giudice *a quo* in base alla quale il concreto godimento del fondamentale diritto alla salute sarebbe condizionato, in seguito all'entrata in vigore della previsione legislativa, a un dato meramente temporale. La Corte, al contrario, richiama la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che ha ritenuto che, stante le carenze in punto di costruzione di un sufficiente grado di certezza scientifica, l'esclusione dall'accesso ai trattamenti Stamina è funzionale al raggiungimento del legittimo scopo di tutelare la salute, essendo proporzionato a tale obiettivo⁷⁹. È dunque evidente che la *ratio* della normativa introdotta dal legislatore sarebbe quella di tutelare una situazione di aspettativa di intervento, un affidamento ingenerato in alcuni individui dal fatto che a livello istituzionale alcuni trattamenti fossero già stati avviati o autorizzati.

La decisione della Corte segna dunque il limite delle posizioni soggettive delle quali l'ordinamento può farsi carico, determina la capienza del pluralismo, stabilendone una misura che sia rispettosa di una razionale allocazione delle risorse e di un effettivo principio di eguaglianza. Essa conferma inoltre che, per quanto ampia possa essere la concezione della salute – intesa quale bene complesso, quale diritto rivolto alla persona nella multidimensionalità dei suoi bisogni, non solo fisici, quindi, ma anche psicologici e relazionali – difficilmente una sua realizzazione potrà totalmente prescindere dalle acquisizioni progressive, temporanee ed incomplete fornite dalla scienza.

4. Alcune conclusioni: la capienza dei principi costituzionali e il metodo scientifico come limite del pluralismo

Nell'ambito del biodiritto, la forza dirompente della dimensione individuale e l'esigenza di portare a piena realizzazione il principio di autodeterminazione fanno emergere una massimizzazione del pluralismo, una frammentazione inedita, che rappresenta una evidente sfida per l'uniformità della giuri-

⁷⁹Il riferimento è alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Durisotto c. Italia* (ricorso n. 62804/13, sentenza del 6 maggio 2014), con la quale si dichiara manifestamente infondato il ricorso presentato dal padre perché la figlia malata si era vista rigettare la richiesta di somministrazione di cellule staminali mesenchimali elaborate secondo la metodica Stamina. La Corte riconosce che il diniego del Tribunale di Udine costituisce un'ingerenza nella vita privata della figlia del ricorrente, ma ritiene che tale ingerenza sia imposta dal d.l. n. 24/2013 e che essa sia volta a perseguire il legittimo scopo di proteggere la salute individuale.

sprudenza. Come i casi illustrati hanno messo in evidenza, i giudici sono, in queste sedi, chiamati a gestire una moltiplicazione delle istanze di salute, fondate su una molteplicità di assetti valoriali, che tende all'atomizzazione.

Il primo punto di approdo della riflessione proposta riguarda proprio la consapevolezza circa il fondamentale e delicatissimo ruolo della giurisprudenza nel selezionare le posizioni individuali, definendo il grado di capienza dei principi costituzionali.

Si sono scelti due ambiti caratterizzati dalla comune esigenza di individuare un appropriato bilanciamento fra la domanda individuale – di esenzione o di intervento – e la necessità di garantire, oltre alla sicurezza del singolo paziente, anche obiettivi di più ampia portata: la tutela della salute collettiva, nel caso dei vaccini ed esigenze di giustizia che passano attraverso una razionale allocazione delle risorse e il rispetto del principio di eguaglianza, nel caso Stamina. L'inscindibile binomio costituzionale "dimensione individuale - dimensione collettiva", derivante dall'interazione fra l'art. 2 e l'art. 32 della Costituzione, costituisce un importante criterio orientatore nel verificare fino a che punto l'ordinamento sia in grado di gestire e integrare nel sistema differenziati assetti di valori e concezioni dell'esistenza.

In questo senso – ed è questa la seconda conclusione che può trarsi dalla disamina della casistica svolta – il filtro rappresentato dalla decisione dei giudici deve necessariamente essere informato alla considerazione del dato scientifico che, costituendo il presupposto dell'ampliamento del novero di posizioni e aspirazioni individuali, non può che rappresentarne il limite contestuale.

A questo proposito, rileva un'altra cifra condivisa fra i due ambiti considerati: quella dello scontro, almeno apparente, fra la dimensione dell'emotività e dell'irrazionalità⁸⁰ che fanno emergere la concreta e pressante potenza del bisogno individuale nelle sedi decisionali e il rigore della metodologia scientifica che impone il rispetto di tempi e processi logici e gradualità per la costruzione di progressive certezze.

Le innegabili difficoltà che scaturiscono dall'incontro fra queste due dimensioni, che faticano a trovare un movimento sintonico, non devono tuttavia portare i giudici a rinunciare al loro penetrante ruolo critico di custodi, non del sapere scientifico *ex se*, ma del rispetto del suo metodo da parte delle varie componenti del mondo del diritto⁸¹.

Come si è cercato di dimostrare in entrambi i casi presentati, più che l'incertezza del dato tecnico, smentita con solide prese di posizione da parte delle comunità scientifiche di riferimento, ciò che pare aver portato a una frammentazione delle soluzioni adottate dai giudici deriva dalla differente configurazione dell'interesse da tutelarsi.

In alcune delle decisioni che, autorizzando i trattamenti offerti da Stamina o risarcendo i pretesi danni, sembrano aver tradito in maniera a volte grossolana le indicazioni fornite dalla scienza, pare po-

⁸⁰ Dell'esigenza di «risalire dall'analisi dei sentimenti all'enucleazione di beni giuridici plausibili» parla G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "Post-Secolarismo"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2-3, 2007, pp. 546-562.

⁸¹ In altro ambito la Corte di Cassazione ha sostenuto che «il giudice non può certamente assumere un ruolo passivo di fronte allo scenario del sapere scientifico, ma deve svolgere un penetrante un ruolo critico, divenendo (come è stato suggestivamente affermato) custode del metodo scientifico». (Cassazione Penale, Sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786).

tersi leggere un progressivo ampliamento del diritto alla salute che cela, almeno in alcuni casi, l'intenzione di fornire tutela a posizioni differenti.

Gli esempi riportati – che sottendono la delicata ricerca di un equilibrio fra le due citate dimensioni costituzionali, individuale e collettiva, della persona umana – mostrano come la scelta di estendere l'atteggiamento inclusivo dell'ordinamento al di là dei limiti segnati dalla razionalità tecnico-scientifica, fino a comprendere situazioni altre, comporti una serie di conseguenze critiche in termini di sicurezza e, dunque, di concreta protezione del soggetto vulnerabile, di ponderata allocazione delle risorse e di garanzia di una concreta realizzazione del principio di eguaglianza.

Come si è evidenziato, inoltre, un ulteriore esito problematico di un atteggiamento iper-inclusivo concerne l'immagine della scienza determinata dalla frammentazione degli esiti decisionali: una scienza che, privata spesso della propria autonomia, appare più debole di quanto non sia, costretta a uscire dalle logiche del proprio metodo per ritrovare legittimazione e per dar prova della propria unitarietà.

La moltiplicazione delle aspirazioni e domande individuali, derivanti da autonome concezioni della vita, della salute e della malattia trova, insomma, il suo naturale limite nelle acquisizioni – progressive e temporanee – della scienza. Esse costituiscono indicazioni di metodo cui i giudici non possono rinunciare nello svolgere il loro ruolo di governatori dell'incertezza e complessità della realtà degli ordinamenti pluralistici contemporanei e di garanti della natura poliedrica dello stato costituzionale di diritto.

Focus Plus

Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto

*Antonio D'Aloia**

JUDGES AND THE LAW IN BIOLAW'S DYNAMICS

ABSTRACT: Analysing the articles by Marta Tomasi and Simone Penasa, this contribution reflects on the role of the judiciary in the peculiar field of biolaw and, in particular, on its limits. The paper calls for a constitutionally and scientifically oriented biolaw, able to mediate between two extreme poles: the one of an almighty judge, on the one hand, and the one of an isolated decision maker, both left to their arbitrary adjudication of facts.

KEYWORDS: Jurisdiction; Pluralism; Limits; Biolaw; Constitutionalism.

Le due relazioni di Marta Tomasi e Simone Penasa ruotano intorno ad uno stesso fenomeno, pur partendo da differenti prospettive: in sintesi, il tema è quello dell'impatto della giurisprudenza sul biodiritto, anche a parti invertite, giacché il condizionamento e l'influenza sono reciproci. Entrambe le dimensioni subiscono modificazioni qualitative. Il modo di essere del biodiritto, come diritto prioritariamente giurisprudenziale, costituisce, al tempo stesso il segno di una trasformazione profonda del ruolo del giudice e della giurisdizione nello Stato costituzionale "aperto", dove il ragionamento giuridico si forma con materiali e flussi argomentativi che ormai hanno attraversato i confini territoriali dei singoli ordinamenti.

Questo protagonismo giurisdizionale trova sul terreno biogiuridico un "ambiente" particolarmente favorevole.

La regola legislativa spesso tarda ad arrivare, è troppo lenta rispetto alla emersione di *issues* frutto della combinazione tra possibilità scientifiche e fattori culturali; e anche quando interviene, essa è il frutto di mediazioni troppo esposte a variabili sociali e politiche, che inevitabilmente possono riaprire lo spazio dell'interpretazione giudiziaria, e del suo controllo sulla discrezionalità legislativa.

Come scrive Gaetano Silvestri, se

«il legislatore può omettere di dettare una regola dettagliata, [...] non riesce ad assumere, per mancanza di elementi conoscitivi o per carenza di volontà politica, un orientamento preciso su un dato oggetto, [...]. Il giudice non può che emettere una decisione, se questa gli viene chiesta in modo rituale. Se non esiste una regola *iuris* specifica, egli farà ricorso agli elementi ermeneutici di integrazione del sistema normativo...».

* *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Parma. Il presente contributo rappresenta la trascrizione, con poche aggiunte, per lo più bibliografiche, della relazione di sintesi svolta nell'ambito del Convegno su "Diritto e scienze della vita: verso un pluralismo sostenibile?", Trento, 14 maggio 2015.*

Focus on: Bio

Tante volte è andata così per il biodiritto. Il Giudice ha creato “biodiritto” anche prima che lo chiamassimo con questo nome: penso alle sentenze addirittura dei primi del '900 sul consenso nella relazione terapeutica medico-paziente, ai casi americani di sterilizzazione dei malati di mente negli anni '20 e '40 sempre del secolo scorso, a *Roe vs. Wade* che ormai rappresenta una sorta di “Grundnorm” materialmente costituzionale del biodiritto americano, oppure, da noi, al caso della minore ereditaria che agisce per chiedere il riconoscimento del danno da nascita malformata davanti al Tribunale di Piacenza nel 1950 (pochi mesi fa, una sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione [n. 25767 del 22 settembre 2015], ha negato la configurabilità di un danno legato al semplice fatto della vita malformata, sul presupposto che la “non – vita” non può essere un bene della vita, non è comparabile con una vita per quanto segnata dalla malattia e dalla sofferenza; la “non-vita” non è nulla, e il danno invece, è necessariamente un “avere di meno”).

Una creatività imposta dalla sua funzione, non usurpata. Il giudice, come sottolinea Cappelletti nel suo celebre lavoro del 1984 su *Giudici legislatori?*, deve essere creativo: il giudice creativo non è il giudice che pretende di essere un legislatore, ma il giudice che usa doverosamente la ricchezza dei materiali e delle risorse che appartengono alla sfera interpretativa, che fa parlare le norme giuridiche, incrociando principi e clausole generali (che sono diritto scritto), con la straordinaria varietà dei fatti e dei contesti umani, sociali, culturali che danno vita e restano sullo sfondo dei casi giudiziari¹.

Il Giudice è stato il motore di sviluppo del biodiritto, anche perché se è vero che egli risolve singoli casi, le sue decisioni vanno sempre oltre la fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio. Possiamo dire che il giudice non è solo, né prima né dopo aver preso la sua decisione.

Le sue decisioni sono assunte dopo il contraddittorio tra le parti, dopo aver ascoltato il suo consulente e gli altri consulenti, tenendo conto della strategia processuale degli avvocati, i precedenti giurisprudenziali, la dottrina. Insomma, il giudice è dentro un sistema dinamico di cui lui rappresenta uno degli anelli della catena, e, al tempo stesso, la sua decisione (dopo che è stata presa), e soprattutto la motivazione che ha esternato, finiscono di nuovo dentro questo contenitore così complesso, fatto di impugnazioni, letture critiche, precedenti.

La decisione del caso diventa un elemento di stimolo, una sorta di interrogazione che il giudice rivolge all'ordinamento giuridico, alle sue risorse, allo stesso legislatore.

La soluzione di un caso esprime una potenzialità del diritto. Significa che i materiali che abbiamo a disposizione (norme legislative specifiche, disposizioni richiamabili analogicamente, principi generali del diritto, principi costituzionali e/o europei) consentono un determinato risultato interpretativo: e il legislatore può decidere di consolidarlo (un esempio può essere quello della legislazione americana sui *living wills* dopo il caso di Karen Quinlan), di “sfidarlo” (si pensi alla legge 40 rispetto alle dinamiche giurisprudenziali fino a quel momento emerse in tema di PMA), ovvero di lasciare campo alla capacità adattativa e alla flessibilità delle situazioni processuali (è forse questo il tentativo recentissimo del legislatore italiano sulla *stepchild adoption*?).

Questo movimento è il cuore dell'evoluzione del diritto, la sua inesauribile forza espansiva. Per rimanere alle categorie di Marta Tomasi, direi più un'evoluzione naturale del diritto che non una sua mu-

¹ Cfr. F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 29.

tazione genetica, specialmente in alcuni settori dove il diritto è intrinsecamente sospinto dentro un contesto in cui viene particolarmente in risalto il profilo interpretativo e argomentativo.

Il biodiritto è uno di questi settori, forse il più esposto a queste caratteristiche. Due connotazioni in particolare appaiono decisive in questo senso.

La prima è che le questioni biogiuridiche hanno quasi sempre un tono costituzionale molto alto. Il biodiritto si costruisce intorno a beni come salute, vita, dignità, e a loro volta questi concetti richiamano emozioni, aspettative sociali, speranza. Un libro recente di A. Sajo² parla proprio dei “*constitutional sentiments*”, cioè del ruolo che le emozioni e i sentimenti giocano, lui dice, in «building constitution and constitutionalism»; le emozioni diventano un fatto sociale, esprimono quello che si agita all’interno di una società di fronte a nuove sollecitazioni (nel nostro caso scientifiche, tecnologiche), e inevitabilmente diventano un elemento costituzionale perché fanno parte di quella cultura sociale, politica, giuridica, che poi ritroviamo nelle argomentazioni dei giudici comuni e costituzionali.

Di fronte a questi elementi, è fatale che le distanze interpretative possano allargarsi in modo incontenibile. Come ha scritto G. Zagrebelsky, quando ci si confronta con queste cose, con questi principi, c’è un dato normativo formale (per quanto possa essere indeterminato), e c’è un “altrove”³, che diventa non meno capace di esprimere una sua normatività. Sono due contesti che non appaiono nettamente distinguibili. Lo sfondo dei grandi principi costituzionali è costituito da valori morali, esigenze di giustizia, visioni esistenziali. L’opera della Costituzione, e soprattutto di quella parte chiamata in causa nel discorso bioetico, consiste nell’immettere questi valori nel circuito del diritto positivo, e del ragionamento giuridico.

Al tempo stesso, però, l’incorporazione ha un “prezzo”: quello di riflettere il pluralismo del dibattito inesauribile sulle grandi categorie dell’agire umano, riportandolo in pieno, con tutto il suo carico di posizioni anche opposte⁴, dentro il contesto normativo costituzionale, nelle sue proiezioni applicative.

Chi può dire quanti e quali sono i significati che può assumere la nozione di dignità?

La dignità dell’uomo concreto, dell’uomo nelle sue vicende esistenziali (che è poi l’uomo a cui guardano le nostre costituzioni contemporanee, non a caso la nostra parla di “dignità sociale”), non è un quadro fisso e immutabile, ma subisce il peso delle situazioni reali che un soggetto si trova a vivere, delle sue esperienze, della sua inimitabile soggettività. Questo può spiegare come mai l’argomento della dignità, come ricordava Lucia Busatta, può essere usato dai sostenitori della legittimazione del

² A. SAJO, *Constitutional sentiments*, New Haven, CT, 2011.

³ Su cui insiste anche M. SANDEL, *Giustizia. Il nostro bene comune*, trad. it., Milano, 2010, 282 ss., quando dice che molte delle principali controversie bioetiche, come quelle sull’aborto e sulle cellule staminali, non possono essere risolte senza prendere posizione sulla controversia etica e religiosa ad esse sottesa. [...] l’apparente neutralità delle posizioni liberali in realtà non è veramente neutrale. La tesi che mira ad autorizzare l’aborto è altrettanto poco neutrale quanto lo è la tesi che intende vietarlo: entrambe le posizioni presuppongono che sia stata risolta in qualche modo la controversia etica e religiosa sottostante.

⁴ Per dirla con S. LEE, *Law and Morals*, Oxford-New York, 1986, 21, «The law is not, cannot be, and should not be, morally neutral. But which moral values should it seek to enforce?».

divieto di suicidio medicalmente assistito, e dalla sentenza *Carter* (della Corte Suprema canadese) che invece ha ritenuto incostituzionale, proprio perché viola la dignità umana, il divieto stesso⁵.

La dignità non può valere come una sorta di limite esterno (ed “estraneo”) all’autonomia personale del soggetto, a quelle concezioni di se stessi che Dworkin⁶ ha identificato nel concetto di “interessi critici”, che rappresentano “quanto di speciale c’è” in ogni uomo; in altre parole, la dignità non può significare per tutti e in tutte le circostanze la stessa cosa, altrimenti finirebbe col contraddire il suo fondamento più autentico nella capacità del soggetto di sviluppare e determinare se stesso liberamente⁷.

L’altra connotazione del biodiritto è lo stretto collegamento con il caso, vale a dire il fatto che le diverse decisioni e posizioni del dibattito bioetico prendono forma intorno a problemi particolari, elementi di un vissuto reale che il giudice è costretto a guardare direttamente, con tutto il loro carico di sofferenza e di emotività.

«Casuistry» e «principlism»⁸: due caratteristiche che si alimentano vicendevolmente. Il caso sprigiona la forza espansiva del principio, la sua capacità di offrire una base di discussione e di soluzione del problema specifico.

Sempre G. Zagrebelsky⁹ scrive che

«in un diritto per principi i fatti vengono illuminati e animati, diventano “casi problematici” che sollevano domande, mentre in un “diritto per regole” si può ragionare come se essi siano meri accadimenti. Potremmo fare molti esempi [...]. I più chiarificatori riguardano i casi nuovi, come quelli che nascono dalle applicazioni della tecnologia biomedica agli eventi della nascita, della vita e della morte».

Parafrasando l’immagine di Zagrebelsky, si potrebbe dire che il caso mette in movimento le possibili proiezioni sostanziali di un principio, lo rende “determinato” e idoneo a produrre norme particolari, almeno in rapporto a quella situazione, e alle situazioni analoghe. A sua volta, i “casi” hanno bisogno di appoggiarsi al “principio”, sia quando non ci sono regole (il che era la condizione normale, soprattutto agli albori della bioetica), e occorre pur trovare una risposta alla domanda di giustizia che da essi promana; sia quando una regola c’è, ma appare insufficiente, parziale, incoerente nella traduzione del parametro ‘generale’ (principi, clausole costituzionali indeterminate) e del suo contenuto assiologico.

⁵ Per G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Bologna, 2009, 108-109, «Tutti sottoscrivono il principio di difesa della dignità umana. Ma la dignità umana postula, permette, oppure vieta che i malati terminali decidano in libertà se richiedere l’eutanasia?».

⁶ R. DWORKIN, *Life’s dominion*, trad. It. *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano, 1994, 274, 291 ss., 294.

⁷ Cfr. R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2004, 234, secondo cui la dignità si basa sulla comprensione dell’essere umano come una creatura intellettuale e morale capace di determinare e sviluppare se stesso liberamente.

⁸ Sul principlismo e sulla “casuistry” come le due metodologie fondamentali del biolaw, v. D. SPERLING, *Law and Bioethics: A Right-Based relationship and Its Troubling Implications*, in M. FREEMAN (ed.), *Law and Bioethics*, Oxford, 2008, 58.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Napoli, 2006, 46-47.

Ad ogni modo, è qui, in questa speciale relazione con i fatti (e i casi)¹⁰, che risiede la differenza principale tra il giudice e il legislatore.

Il primo ha una straordinaria (ed inimitabile dal legislatore) capacità di vedere il caso, i suoi profili particolari, le piccole o grandi differenze che rendono ogni vicenda diversa da un'altra¹¹. Il giudice ne percepisce la drammaticità, può leggere il contesto, e questo non è irrilevante quando la sua decisione deve appunto confrontarsi con un parametro normativo che magari non c'è, o che deve essere in ogni caso integrato e combinato con i contenuti "aperti" che derivano dai principi e dalle clausole costituzionali indeterminate (quelle sulla dignità, sul pieno sviluppo della persona, sull'identità e sulla libertà personale), ovvero dal loro confronto con norme costituzionali più definite sul piano dei significati, come ad esempio quella sulla salute, con le sue implicazioni in termini di *self-determination* e consenso.

In realtà, entrambe le dimensioni, quella giudiziaria e quella legislativa, sono contemporaneamente essenziali per le tematiche biogiuridiche¹². Più in generale, il diritto, in qualsiasi campo, è sempre l'esito di un processo, al quale concorrono, ciascuno per la sua parte, il legislatore e il giudice, ed entrambi i contributi sono *diversamente* indispensabili¹³.

Per molto tempo, almeno nell'esperienza italiana (su questa come su altre tematiche; si pensi ad es. ai numerosi profili problematici riguardanti la procreazione medicalmente assistita), la decisione giudiziaria (ma anche meccanismi regolativi "endogeni", come il codice di deontologia medica) si è mossa in un'area non regolata dal diritto legislativo, svolgendo una funzione sostanzialmente suppletiva, e al tempo stesso obbligatoria, perché – come si è detto – il giudice deve comunque dare una soluzione ai casi che vengono portati alla sua attenzione anche quando manca una specifica e puntuale disciplina normativa¹⁴, costruendo questa soluzione attraverso l'incrocio di materiali testuali e logiche ermeneutiche più "generaliste", che ampliano lo schema concettuale della "legge" alla quale il giudice è soggetto ai sensi del secondo comma dell'art. 101 Cost. (i riferimenti normativi "analoghi", i principi costituzionali e i principi generali dell'ordinamento giuridico, i principi del diritto comunitario ed internazionale, le clausole indeterminate come la dignità, il pieno sviluppo della persona, la vita, la salute)¹⁵; anzi, quasi "deformano" questa relazione tra il giudice e la legge, se è vero che il primo è soggetto alla legge, ma "law is what judges say it is"¹⁶.

Dietro lo schermo della legge ci sono ormai, come si è detto, i principi del diritto europeo. Nel biodiritto degli ultimi anni sono soprattutto le sentenze della Corte EDU ad avere "ri-aperto" una serie di dossier tematici, dalla fecondazione eterologa alla maternità surrogata, alle decisioni di fine vita (con

¹⁰ Sulla distinzione tra "fatti" e "casi", nel senso che i primi sono "accadimenti oggettivi", mentre il caso «è una costruzione della mente umana», v. R. BIN, *A discrezione del giudice*, Milano, 2013, 25.

¹¹ Sul punto, v. le acute riflessioni di C.H. BARON, *Decisioni di vita o di morte. Giudici vs. legislatori come fonti del diritto in bioetica*, Parma, 2003, paper.

¹² Vedi A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà*, Milano, 2001, 302 ss.

¹³ G. AMATO, *Il "potere diviso" e l'interpretazione della legge*, in *Questione giustizia*, 2, 2003, 317.

¹⁴ Cfr. le illuminanti riflessioni di G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2004, 412 e 438.

¹⁵ Vedi ora, in tema, l'importante lavoro di D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, Napoli, 2008.

¹⁶ La frase riportata è la parafrasi di un'affermazione del Chief Justice Hughes riportata in D.J. DANIELSKY, J.S. TULSHIN, *Autobiographical notes of Charles Evan Hughes*, Harvard University Press, 1973, 143.

i casi *Haas, Koch*, e soprattutto la vicenda di Vincent Lambert), alla diagnosi genetica pre-impianto (caso *Costa-Pavan*).

Non sempre il concorso di giudici nazionali e sovranazionali produce risultati incrementali e “progressivi”. Per alcune questioni biogiuridiche non regge lo schema (un po’ “irenico”) della maggiore espansione della tutela del diritto fondamentale, rilanciato da alcune sentenze della Corte Costituzionale nella prima fase post-sentenze gemelle del 2007 (nn. 348 e 349 del 2007; 317/2009): ad esempio, nei casi di inizio vita, qual è la posizione che vogliamo tutelare di più? Quella di chi deve prendere la scelta di procreare (o di non procreare), ovvero la posizione del “soggetto” di questa scelta, cioè del concepito, nei diversi stadi in cui la vita nascente può manifestarsi?

Insomma, non possiamo escludere che si creino dei conflitti tra due visioni del bilanciamento tra gli interessi coinvolti. E l’esito di questi conflitti potrebbe anche essere una resistenza degli ordinamenti nazionali, come sembra emergere dalla sentenza della Corte Costituzionale sul caso *Varvara* (n. 49/2015), dove di fronte ad un’oggettiva distonia tra l’opinione della Corte e quello che il Giudice europeo dei diritti aveva detto sullo stesso problema, da un lato la Corte ha provato a ridimensionare la portata del precedente, dall’altro, alla fine ha concluso nel senso della superiore rilevanza del patrimonio assiologico costituzionale.

Il ruolo centrale della decisione giudiziaria non dipende solo dalla carenza di regolazione legislativa. Anche quando il legislatore interviene, non per questo vengono meno i margini di intervento del giudice: per adattare la rigidità della regola legislativa alla imprevedibile singolarità dei casi e al continuo mutare dei paradigmi scientifici e tecnologici, che finisce col rendere provvisorie tutte le “certezze” via via raggiunte; ma anche per riaprire i termini del dibattito, proponendo (con gli strumenti dell’interpretazione costituzionalmente conforme o della questione di legittimità costituzionale) una differente proiezione applicativa dei principi costituzionali.

In effetti, la storia giuridica delle questioni bioetiche riguardanti la fine della vita sembra proprio caratterizzata da una concorrenza quasi “naturale” tra la dimensione legislativa e quella giudiziaria, l’una inevitabile al pari dell’altra, l’una necessaria per correggere le insufficienze e i limiti dell’altra¹⁷. In altre parole, se è vero che il giudice deve muoversi nell’ambito di condizioni testuali che costituiscono il limite costituzionale della sua attività come attività di interpretazione (e non di “creazione”) del diritto¹⁸, non si può non vedere che soprattutto i principi costituzionali presentano una incoercibile “apertura semantica”¹⁹, che finisce con il ridurre l’ambizione di oggettività del parametro esplicito, esaltando proprio gli spazi della ricerca (che diventa vera e propria rielaborazione) interpretativa del

¹⁷ Secondo G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, 213, nello Stato costituzionale contemporaneo la gestione dei diritti fondamentali è condivisa tra giudici e legislatore, ci sono cose che spettano agli uni e cose che spettano agli altri.

¹⁸ Come rileva M. LUCIANI, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere, III. Dei diritti e dell’eguaglianza*, Padova, 2009, 1059, tra il porre del legislatore e il porre del giudice c’è una insuperabile differenza logica, proprio sul piano dei margini di discrezionalità, [...], il secondo non può mai arrivare all’apprezzamento politico non motivato del primo.

¹⁹ Cfr., C. PINELLI, *L’interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Studi in memoria di L. Paladin*, Padova, 2004, 13, secondo il quale la presenza nei testi costituzionali di disposizioni di principio costituisce «il modo in cui il diritto costituzionale è in grado di reagire alle incognite del tempo».

giudice, che si alimenta anche di precedenti giurisprudenziali²⁰ che provengono da altri ordinamenti²¹, il che –da un diverso versante- conferma il carattere contemporaneamente “giurisprudenziale” e “a-territoriale” delle questioni bioetiche²².

Dal canto suo, il legislatore stesso, è chiamato a muoversi in coerenza con questo riferimento così “mobile” e complesso, alla cui ricomposizione concorre il giudice: allora, la soggezione del giudice alla legge perde la sua tradizionale impronta a senso unico. In fondo, il giudice e la legge sono “soggetti” ad una trama assiologica unitaria, che vincola entrambi e che entrambi contribuiscono a delineare nei suoi contenuti sostanziali.

Quando si parla di diritti fondamentali, e dunque di questioni che riguardano il modo di decidere della propria salute e della propria vita, potremmo ben dire con J. Finnis, che «la disciplina specifica [di esso] diventa ... un affare complesso, in cui nessuno ha veramente l’ultima parola»²³.

Il giudice non può non decidere solo perché una legge manca; il legislatore non può pretendere che il giudice aspetti le sue indicazioni, o peggio si faccia interprete e di una sorta di sentimento maggioritario virtualmente rappresentato dalla maggioranza parlamentare e dalle sue posizioni.

Tuttavia, il legislatore può e (anzi) deve intervenire su queste tematiche.

Il dibattito su tali fondamentali opzioni non può rimanere confinato nel cerchio delle situazioni concrete individuali. Ci sono questioni sulle quali la società nel suo complesso deve prendere posizione, pur con i rischi (che indubbiamente sussistono) di adottare modelli regolativi in prima battuta instabili o tali da determinare conflitti o da essere esposti alle spinte “correttive” dell’interpretazione giudiziaria o degli orientamenti del giudice costituzionale, e con la consapevolezza che nessuna decisione sarà mai completamente condivisa.

In questo mondo che il giudice prova a reggere sulle sue spalle, senza essere né Ercole (secondo la nota qualificazione dworkiniana), perché in fondo fa il suo dovere anche quando interviene in una situazione non regolamentata dal legislatore, né Sisifo, perché non è solo, ma dietro la sua decisione ci sono le parti, altri giudici, altri casi, ci deve essere un posto anche per il legislatore.

Il problema è capire “quale legislatore”, cioè quali caratteristiche dovrebbe avere un legislatore che voglia essere ragionevole, sia costituzionalmente sia scientificamente.

Su questo punto la Corte Costituzionale è stata chiara. Nelle decisioni sul numero di embrioni da produrre e da impiantare (n. 151/2009), e ancora prima sulla moratoria regionale delle terapie elettro-

²⁰ Anche legislativi e dottrinali, come nota S. RAGONE, *La comparazione come tecnica strumentale all’interpretazione e all’applicazione dei principi: il caso del rifiuto dei trattamenti medici vitali*, in A. D’ALOIA (ed.), *Il diritto alla fine della vita*, Napoli, 2012. Sulla circolazione dei formanti giurisprudenziali, v. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, e C. SUNSTEIN, *A Constitution of many minds*, Princeton, 2009, 187 ss.

²¹ Sul metodo della comparazione come elemento fondamentale dell’interpretazione costituzionale, v., in generale, G. BOGNETTI, *Diritto costituzionale comparato. Approccio metodologico*, Modena, 2011, 73.

²² A. D’ALOIA, *Norme giustizia diritti nel tempo delle biotecnologie*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005.

²³ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, 220. Cfr. anche V. BALDINI, *L’attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2012., 16, secondo cui «...non è incongruo ritenere che lo “Stato giurisdizionale” possa declinarsi come una forma evoluta dello Stato costituzionale di diritto, nel quale trova un fondamentale riconoscimento la primazia dell’istanza di libertà...».

convulsioni (n. 282/2002), il Giudice costituzionale ha censurato il fatto che le scelte legislative fossero ispirate ad una logica di “discrezionalità politica pura”.

In altre parole, il legislatore deve rapportarsi alle acquisizioni scientifiche, partire da quelle per impostare il suo approccio regolativo, e tener conto di tutto quel complesso di sedimentazioni che vengono da quel mondo “paranormativo”, ma che preme con forza sull’edificio del diritto, che il mondo dei codici deontologici, delle linee guida, delle regole “autoprodotte” della pratica medica.

Come è stato detto, l’imparzialità dovrebbe essere una «condizione strutturale del biodiritto»²⁴.

Imparzialità è a sua volta un concetto indeterminato, che può significare tante cose. In questo contesto può significare che il legislatore deve contemperare attentamente gli interessi in gioco e i punti di consolidamento che provengono da altre risorse procedurali del (bio)diritto: non solo l’interpretazione giudiziaria, ma anche la prassi medica alla luce del codice deontologico. Sarebbe sbagliato non tenerne conto, pensare di poter fare da solo, o peggio utilizzare la forza della legge per reagire o neutralizzare l’attività interpretativa della giurisprudenza (e le istanze sociali che la muovono), perché poi questa in qualche modo si riprenderebbe i suoi spazi attraverso le varie tecniche di controllo della discrezionalità legislativa di cui il giudice dispone²⁵.

Come ho provato a dire in precedenza, l’impatto delle decisioni giudiziarie spesso oltrepassa il caso di riferimento: una volta che un giudice si pronuncia su un problema, offre la sua interpretazione di un conflitto bioetico, non c’è nulla da fare, non è che si può chiudere il discorso semplicemente costruendo un recinto legislativo intorno. Non serve a nulla per il legislatore mostrare i muscoli e poi vedersi strappato lo schermo della sua falsa onnipotenza.

Un diritto legislativo perciò anche “sussidiario”, consapevole della necessità di mantenere costantemente una finestra aperta sul contesto in cui dovrà trovare applicazione, di cercare anche lì una legittimazione che non può poggiare solo sull’autorità in sé della procedura legislativa.

A questa stregua, anche il codice di deontologica medica, come schema regolativo a base volontaria, può essere una risorsa (o una “fonte”) del biodiritto. Lo è stato per lungo tempo svolgendo un ruolo di supplenza e di compensazione rispetto all’assenza della legge da molte delle questioni bioetiche, talvolta anche proponendo soluzioni dissonanti dagli indirizzi giurisprudenziali, o anticipando (e orientando) il lavoro del legislatore.

Anche oggi, in uno spazio ormai abbastanza occupato dalle risorse formali del biodiritto, le norme deontologiche, nel momento in cui definiscono un primo “statuto” del malato, finiscono con l’esercitare una funzione indiretta, di conferma e di stabilizzazione del dettato normativo, come un pezzo del c.d. “diritto vivente”. Per altro verso, quando la legge si muove secondo linee di coerenza con il sistema dell’autoregolazione deontologica, è certamente più probabile che le soluzioni proposte in sede politica o amministrativa, troveranno un ambiente più pronto ad accoglierle e a dare ad esse piena effettività²⁶.

²⁴ A. COSTANZO, *Livelli del biodiritto nella società attuale*, Acireale, 2002, 58 ss.

²⁵ Per S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, cit., 17 dell’estratto, sarebbe «utile una legge di consolidamento del diritto vivente, come si è venuto definendo negli orientamenti dei giudici; non certo una legge che lo contrastasse e lo negasse nei capisaldi».

²⁶ Per C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2013, 172, va confermato che il diritto, nella sua componente sia legislativa che giurisprudenziale, non possa non fare riferimento alla dimensione deontologica al fine di costruire elementi essenziali della disciplina.

Imparzialità, sussidiarietà, ragionevolezza: tre elementi, che si “tengono” reciprocamente, di una corretta catena normativa del biodiritto, nella quale è altresì decisivo il rapporto tra discrezionalità politica e dato tecnico-scientifico.

Sulle questioni bioetiche, la razionalità scientifica diventa un presupposto di legittimazione, un elemento del giudizio di ragionevolezza, e di legittimità costituzionale di una legge²⁷.

Il biodiritto, in sostanza, ha bisogno del dialogo tra i due sistemi, quello politico-legislativo, e quello scientifico, come elemento di “qualità” sostanziale del prodotto normativo. Una legge che interrompa questo dialogo, che pretenda di frapporti rigidamente tra le acquisizioni scientifiche e sperimentali da un lato, e i comportamenti e le scelte delle persone e dei medici dall’altro, supera i limiti della discrezionalità legislativa, perde in un certo senso la sua “imparzialità”, che è appunto ragionevole contemperamento degli interessi e delle conseguenze della scelta normativa, disponibilità al confronto; e questo, anche dopo l’approvazione della legge, perché una legge imparziale e ragionevole deve accettare una costante verifica dei suoi problemi di fattibilità, della sua perdurante attualità, della necessità o meno di rivedere e aggiornare i suoi contenuti²⁸.

Allora, per concludere, un biodiritto legislativo fatto in questo modo, un biodiritto costituzionalmente e scientificamente fondato, potrebbe forse evitare da un lato, gli eccessi di un giudice onnipotente, e dall’altro la solitudine di un giudice abbandonato.

²⁷ Vedi A. SPADARO, *Sulle tre forme di legittimazione (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D’ALOIA (a cura di.), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 569 ss.

²⁸ Sulla strategia di “manutenzione” della *loi de bioéthique* francese del 2004, e sui meccanismi partecipativi che sono stati messi in campo, e che ha portato all’approvazione della nuova l. 814/2011, v. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 192.

Diritto e coscienza: circoscrivere per garantire, in nome del pluralismo

Cinzia Picocchi*

LAW AND CONSCIENCE: CIRCUMSCRIBE TO SAFEGUARD, IN THE NAME OF PLURALISM

ABSTRACT: Conscientious objection is an “exemption right”, providing exceptions to legal rules; as such, it must be clearly defined. This paper deals with conscientious objection to abortion and to ART, with regard to some recent cases occurred in the Italian legal system. These cases are considered as examples of the difficult relationship between legal rules and pluralism.

KEYWORDS: Comparative constitutional law; Conscientious objection; Abortion; Selective conscientious objection; ART.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. “Adeguata” ma non troppo: i tentativi di contenimento dell’obiezione nell’ambito dell’interruzione volontaria di gravidanza. – 2.1 Se tutto è coscienza...La ricerca della ragionevolezza in alcuni provvedimenti regionali. – 3. Contrario ma solo un po’: l’obiezione di coscienza “selettiva” nella procreazione medicalmente assistita?

1. Introduzione

La “coscienza” è un termine estremamente evocativo, la cui collocazione concettuale non è esclusivamente giuridica. Nella letteratura del ‘900, ad esempio, tale termine è sovente richiamato, anche in relazione alle nascenti teorie psicanalitiche nel flusso di coscienza che caratterizza i romanzi di James Joyce, Virginia Woolf e la stessa *Coscienza di Zenò* di Svevo. Dalla dimensione individuale relativa all’*io*, si passa ad una dimensione collettiva in relazione ad altri concetti che marciano anch’essi in particolare il secolo scorso come la “coscienza civile” («intima adesione ai concetti di una società»¹), la “coscienza sociale” che produce il diritto nel pensiero di Santi Romano², o la “coscienza di classe”. In particolare emerge l’importanza della dimensione collettiva, poiché spesso attraverso di essa passa la presa di coscienza da parte dell’individuo che, solo avvedendosi dell’esistenza di stereotipi sui quali è appiattita l’identità di un “gruppo” al quale appartiene, comprende le ragioni dei confini angusti della libertà di definire anche se stesso.

Nel dibattito più recente, poi, diritto, scienza e bioetica si confrontano attorno agli “stati di coscienza”, talvolta in modo conflittuale ed alla luce di parametri che si modificano nel tempo, rendendo più complesso il dialogo tra queste tre discipline, tutte essenziali ma con possibili prospettive differenti ad esempio quando si tratti delle scelte terapeutiche relative a chi non abbia la capacità di manife-

* Professoressa Associata di diritto costituzionale comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento. Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Così V. CAIANIELLO, *Istituzioni e liberalismo* (a cura di F. Cintioli), Catanzaro, 2005, 229 e 230.

² Cfr. S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1962 (in particolare 18 ss. e, in proposito, la riflessione di A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell’ordinamento giuridico*, Milano, 1976, in particolare 14 ss.

stare la propria volontà personalmente, alla luce dell'espressione giuridica della dimensione morale della persona che è il consenso informato³.

Nella Costituzione italiana tale termine non è espressamente menzionato, anche se la libertà di coscienza è tutelata a livello costituzionale. Il termine "coscienza" appare a più riprese nei dibattiti dell'Assemblea costituente, ad esempio nelle esortazioni dei componenti, che si appellano alla propria "coscienza", o a quella dei colleghi. Sovente, poi, emerge il ricordo vivo del «controllo delle coscienze»⁴ al quale ambivano i precedenti regimi totalitari e rispetto al quale si avverte la necessità di apprestare strumenti di tutela della libertà, anche nella comune volontà di costruire una «coscienza costituzionale», in linea con una «coscienza internazionale della libertà»⁵.

Se la coscienza oggi non appare esplicitamente menzionata nel testo della Costituzione italiana, va però ricordato come tale termine fosse nominato nel testo originario di alcuni articoli. Non a caso, essa s'intersecava con il tema della giustizia, ad esempio, nelle prime formulazioni dell'art. 101, nelle quali si statuiva che i giudici «nell'esercizio delle loro funzioni, dipendono soltanto dalla legge che essi applicano secondo la loro coscienza»⁶. Anche in questo caso emerge la dimensione collettiva, poiché la coscienza professionale differisce da quella meramente personale, recando in sé una portata identitaria che si fa interprete di valori condivisi. Mi pare, questo, un senso non dissimile dalla coscienza che caratterizza anche altre professioni, come ad esempio le scelte compiute del medico, considerate nell'ambito della deontologia professionale, tradizionalmente improntate a «scienza e coscienza»⁷. Il dibattito che segue alla formulazione dell'art. 101 è volto ad ancorare la "coscienza"

³ In tema cfr. C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 39 ss.

⁴ Cfr. le parole di G. Amendola cit in E. GENTILE, *Fascismo. Storia e interpretazione*, Bari, 2002, 65 : «(...) il fascismo non ha mirato tanto a governare l'Italia, quanto a monopolizzare il controllo delle coscienze italiane. Non gli basta il possesso del potere: vuole il possesso della coscienza privata di tutti i cittadini, vuole la «conversione» degli italiani (...) il fascismo ha le pretese di una religione (...) le supreme ambizioni e le inumane intransigenze di una crociata religiosa. Non promette la felicità a chi non si converte, non concede scampo a chi non si lasci battezzare».

⁵ Cfr. ad es. la *Relazione del deputato Paolo Rossi sulla revisione della costituzione*: «Come uno dei rappresentanti in questa Sottocommissione, del Partito Socialista, chiedo di poter esprimere, per incidente, un giudizio ed un voto. La *coscienza costituzionale* è elemento indispensabile per l'esercizio e la sicurezza dei diritti politici. L'altro elemento è una *coscienza internazionale della libertà*. Spinto alle sue estreme conseguenze, il principio del non intervento negli affari interni degli altri, che ci ha mostrato un mondo civile spettatore impotente davanti allo strazio della dignità e della vita umana perpetrato da tirannici regimi, fu l'*humus* delle dittature e la causa prima della guerra. La libertà è solidale, nel mondo moderno, e nessun popolo è veramente libero e sicuro in casa propria, se i popoli vicini, d'uguale sviluppo civile, non sono anch'essi liberi e sicuri. D'onde, da un lato, il diritto statutario per il popolo d'appellarsi al giudizio internazionale, e dall'altro un dovere di garanzia per la libertà degli altri paesi» (si può leggere all'indirizzo http://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/00/02/07-rossi_paolo.htm).

⁶ L'evoluzione del testo dell'art. 101 nel dibattito dell'Assemblea costituente si può leggere all'indirizzo Internet: <http://www.nascitacostituzione.it/03p2/04t4/s1/101/index.htm>.

⁷ Cfr. L'art. 22 del Codice di deontologia medica della *Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri* del 2014: «Il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione». La formula «scienza e coscienza» era invece presente nell'art. 13 della precedente versione del Codice (2006): «(...) Sono vietate l'adozione e la

del giudice ad elementi che la rendano consona a valori condivisi rispetto ai quali egli è chiamato a farsi interprete, ad esempio con riferimento ad una «coscienza rispondente alla Costituzione»⁸, sino a giungere però alla espunzione del termine dal testo che sarà definitivamente approvato. Prevarranno infatti le obiezioni che riterranno tale riferimento o superfluo poiché, anche se incluso, avrebbe potuto non essere rispettato dai «pochissimi che manchino di una coscienza» o, comunque, da ritenersi argomento «di indole morale» che non risulta necessario includere nel testo della Costituzione. Argomentazioni non dissimili ricorreranno sovente in relazione alla possibilità stessa di razionalizzare concetti che confinano con ambiti «meta-giuridici», come ad esempio il diritto di resistenza che, come noto, non venne inserito nel testo definitivo della Carta fondamentale⁹.

diffusione di terapie e di presidi diagnostici non provati scientificamente o non supportati da adeguata sperimentazione e documentazione clinico scientifica, nonché di terapie segrete. In nessun caso il medico dovrà accedere a richieste del paziente in contrasto con i principi di scienza e coscienza allo scopo di compiacerlo, sottraendolo alle sperimentate ed efficaci cure disponibili (...).

⁸ In tal senso, cfr. ad es. le considerazioni svolte durante la seduta del 13 dicembre 1946: «Bulloni esprime l'avviso che la dipendenza del giudice dalla legge debba avere anche un limite, il quale non può essere altro che quello stabilito dalla costituzionalità della legge. Per questo motivo ritiene che debba essere mantenuto l'ultimo inciso del primo comma, in modo che la coscienza del giudice si sentirà vincolata alla legge soltanto quando egli avverta che è conforme alla Costituzione. Propone il seguente emendamento formale: «I giudici, nell'esercizio delle loro funzioni, dipendono soltanto dalla legge, che essi interpretano e applicano secondo coscienza, in quanto conforme alla Costituzione». Ravagnan è favorevole allo spirito della formulazione Calamandrei e pensa che il concetto della dipendenza dei giudici soltanto dalla legge debba essere mantenuto ed anzi rafforzato. Però, invece delle parole «secondo la loro coscienza», direbbe più semplicemente «secondo coscienza», volendo alludere alla coscienza generale, mentre l'aggettivo possessivo potrebbe far pensare che il giudizio sulla interpretazione ed applicazione della legge venga lasciato all'apprezzamento individuale del magistrato» (in <http://www.nascitacostituzione.it/03p2/04t4/s1/101/index.htm?art101-004.htm&2>).

⁹ A questo proposito, cfr. le considerazioni svolte da Costantino Mortati nella seduta del 5 dicembre 1947: «(...) a me sembra che, intesa in questo senso la portata dell'articolo, non ci sia bisogno di effettuarne il riconoscimento nella Costituzione. (...) Noi abbiamo creato un insieme di garanzie atte a preservare dalla violazione dei diritti anche di fronte ai supremi organi dello Stato. Ora quando si verifichi l'ipotesi che tutte queste garanzie siano esaurite e quando la stessa Corte costituzionale abbia convalidato — con la sua sentenza l'atto arbitrario della pubblica autorità, in questo caso il cittadino — secondo il significato della disposizione proposta — non deve acquietarsi alla violazione dei diritti supremi, garantiti dalla Costituzione come inviolabili, ma deve ribellarsi. Intesa in questo senso la disposizione, ci si deve chiedere: è opportuno che essa sia inserita nella Costituzione? Circa la sostanziale esattezza e, vorrei dire, la santità di questo principio, nessuno potrebbe sollevare delle obiezioni, e tanto meno noi cattolici, poiché è tradizionale nel pensiero cattolico l'ammissione del diritto naturale alla ribellione contro il tiranno. Ci sono scrittori cattolici che riconoscono la legittimità perfino della soppressione del tiranno. Quindi non è al principio che noi ci opponiamo, ma alla inserzione nella Costituzione di esso, e ciò perché a nostro avviso il principio stesso riveste carattere metagiuridico, e mancano, nel congegno costituzionale, i mezzi e le possibilità di accertare quando il cittadino eserciti una legittima ribellione al diritto e quando invece questa sia da ritenere illegittima». Cfr. inoltre G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 13: «Se, come è stato suggerito, la terminologia è il momento propriamente poetico del pensiero, allora la scelte terminologiche non possono mai essere neutrali. In questo senso, la scelta del termine «stato di eccezione» implica una presa di posizione quanto alla natura del fenomeno che ci si propone di investigare e alla logica più adatta alla sua comprensione. (...) Lo stato di eccezione non è un diritto speciale (come il diritto di guerra), ma, in quanto sospensione dello stesso ordine giuridico, ne definisce la soglia o il concetto-limite. Il fatto è che, sia nel diritto di resistenza sia nello stato di eccezione, in questione, tutto sommato, è il problema del significato giuridico di una sfera d'azione in sé extragiuridica».

La “coscienza” comune, quindi non meramente individuale, improntata a valori condivisi emerge anche nel dibattito sul tema della revisione costituzionale¹⁰ e, come intuibile, in relazione alla libertà religiosa che, sovente, nei testi internazionali appare accostata ad essa. Il termine non apparirà poi né nel testo definitivo dell’art. 19, né in altri riconducibili alla libertà religiosa, pur essendo presente delle formulazioni di quest’articolo originariamente discusse dall’Assemblea costituente¹¹. Diverse interpretazioni sono state date della mancata menzione sia della coscienza, sia dell’obiezione di coscienza, non escluso il legame tra l’una e l’altra¹² e la dottrina ha evidenziato come questa mancata indicazione sia stata rilevante nel successivo dibattito in merito alla sua collocazione, ad esempio in relazione alla tutela della libertà religiosa o di manifestazione del pensiero¹³.

Difficile tracciare una linea trasversale condivisa dalle diverse dimensioni della “coscienza” evidenziate sia nel senso comune, sia nell’ambito giuridico ed in particolare nelle accezioni considerate durante il dibattito nell’Assemblea costituente. Tutte, in modo diverso, attengono a tratti essenziali e profondi della propria identità; punti cardine rispetto ai quali si è formata una consapevolezza, quanto alla loro irrinunciabilità come principi fondativi. La rilevanza di quest’intreccio tra elementi cardine della propria identità e consapevolezza della loro importanza alberga anche nella dimensione giuridica, dove la “coscienza” può dar luogo ad un sistema di diritti “speciali” – nel senso di cui si darà conto – che si possono ricondurre anche ai casi di obiezione di coscienza.

2. “Adeguate” ma non troppo: i tentativi di contenimento dell’obiezione nell’ambito dell’interruzione volontaria di gravidanza

L’obiezione di coscienza rappresenta un tema classico del diritto costituzionale, ampiamente esplorato dalla dottrina, che ne ha seguito l’evoluzione specie nell’interpretazione fornita dalla Corte costituzionale, con particolare riferimento ai due temi con i quali inizialmente tale istituto storicamente si confronta: il servizio militare obbligatorio e l’interruzione volontaria di gravidanza. Altre ipotesi sa-

¹⁰ Con riferimento al tema della revisione costituzionale, cfr. ad esempio la seduta del 29 novembre 1946 (in <http://www.nascitacostituzione.it/03p2/06t6/s2/139/index.htm?art139-004.htm&2>).

¹¹ Cfr. ad esempio le considerazioni svolte dall’on. Cevolotto nella *Relazione sui Rapporti fra Stato e Chiesa (libertà religiosa)* (in <http://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01general/00/01/09-cevolotto.htm>). Sul rapporto tra obiezione di coscienza e libertà religiosa cfr. anche C. CARDIA, *Religione (libertà di)*, in *Enc. giur. (Agg.)*, II, Milano, 1998, 919 ss. e M. RICCA, *Articolo 19*. Commento, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Torino, 2006, *passim*.

¹² Cfr. ad es. L. MUSELLI, C.B. CEFFA, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2014, in particolare p. 23.

¹³ Cfr. ad es. G. DALLA TORRE, *Libertà di coscienza e di religione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoeChiese.it), marzo 2008: «Ora proprio la mancanza nel testo costituzionale di riferimenti alla libertà di coscienza può costituire una delle ragioni per le quali, nei primi anni di vigenza della Carta del 1948, una parte della dottrina fu indotta a ritenere che l’art. 19 Cost. fosse a presidio della libertà dei credenti, mentre la tutela della non credenza avrebbe dovuto essere ricondotta nella garanzia di cui all’art. 21 Cost. Interpretazione non corretta e presto abbandonata, che tuttavia aveva alle spalle il peso della tradizione, per la quale storicamente la libertà religiosa nasce in età moderna come rivendicazione del diritto delle minoranze religiose, quindi di credenti, dinnanzi alle pretese del confessionismo di Stato».

ranno poi previste nel tempo dal legislatore (obiezione nell'ambito della sperimentazione animale¹⁴ e della procreazione medicalmente assistita¹⁵) ed a queste si fa riferimento per la definizione di che cosa costituisca "obiezione di coscienza" nella prospettiva dell'ordinamento giuridico italiano¹⁶.

Questa precisazione si rende opportuna poiché, nel linguaggio comune, si adottano spesso definizioni più ampie di tale istituto, secondo percorsi interpretativi nei quali il dibattito pubblico evidenzia margini di libertà maggiori rispetto a quello giuridico. Ad esempio, si discorre comunemente di obiezione di coscienza con riferimento a comportamenti non dettati da un insanabile dissidio con principi fondamentali posti alla base della propria dimensione morale, ma in modo comprensivo, ad indicare lo spettro dei diversi comportamenti adottati in sintonia con la propria visione del mondo (*Weltanschauung*) secondo percorsi che si frammentano in direzioni differenti e numerose, nella complessità ed eterogeneità delle società contemporanee. Tale complessità impone di ricercare criteri in grado di identificare in negativo che cosa non costituisca obiezione di coscienza, nel senso giuridicamente ad essa proprio dell'attribuzione di diritti "di esenzione". Si parla infatti spesso e comunemente di "obiezione di coscienza" in riferimento ad ipotesi eterogenee, che coinvolgono ambiti attigui ma differenti quali ad esempio la disobbedienza civile¹⁷ o il dissenso fondato su una diversa valutazione dei

¹⁴ Cfr. la legge 12 ottobre 1993, n. 413, *Norme sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale*, in G.U. n. 244 del 16 ottobre 1993.

¹⁵ Cfr. l'art. 16 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004. *Amplius*, sulle diverse ipotesi di obiezione di coscienza legislativamente previste e sulla estensione di tale istituto ad ambiti ulteriori sino a giungere alla previsione di un «diritto unitario di obiezione di coscienza» cfr. F. MANTOVANI, *Obiezione di coscienza: problema epocale*, in <http://www.scienzaevitafirenze.it/cms/Persona/obiezione-coscienza-mantovani.html>.

¹⁶ Questo contributo farà riferimento esclusivamente alle ipotesi di obiezione di coscienza previste dall'ordinamento, quindi solo *secundum legem*, mentre non tratterà della configurabilità dell'obiezione *contra legem*. Sull'argomento dell'obiezione di coscienza la bibliografia è ampia, cfr. per tutti: F. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 548; F. ONIDA, *Contributo a un inquadramento del fenomeno delle obiezioni di coscienza (alla luce della giurisprudenza statunitense)*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, I, 1982, 222; F. STELLA, *La obiezione di coscienza nelle legislazioni europee*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1985, 444; S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza*, Napoli, 1986; E. ROSSI, *Obbedienza alla legge e obiezione di coscienza*, in *Diritto e società*, 1988, 513; G. BOGNETTI, *Obiezione di coscienza – III) profili comparatistici*, voce dell'*Enciclopedia Giuridica*, vol. XXI, Roma, 1990, 1; R. BERTOLINO, *Obiezione di coscienza. I) Profili teorici*, voce dell'*Enciclopedia Giuridica*, vol. XXI, Roma, 1990, 6; P. MONETA, *Obiezione di coscienza. II) Profili pratici*, voce dell'*Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, 9; A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Napoli, 1992; B. PERRONE (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza*, Milano, 1992, 375; S. BARTOLE, *Obiezione di coscienza*, *Enciclopedia Italiana*, V Appendice, 1993; A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, 1995, 240 ss.; E. ROSSI, *Coscienza ed appartenenza nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale: alcune riflessioni*, in R. BIN, C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, 257 ss.; S. LARICCIA, A. TARDIOLA, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, agg. III, Milano, 1999, 815; C. LALLI, *C'è chi dice no. Dalla leva all'aborto. Come cambia l'obiezione di coscienza*, Milano, 2001; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 141 ss.; D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011.

¹⁷ Il concetto di disobbedienza civile pare includere una militanza o quantomeno una valenza "attiva", volta al cambiamento dell'ordinamento giuridico. Cfr. la definizione fornita da J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (trad. it di *A Theory of Justice*, Cambridge MA, 1971), Milano, 2008, 348: «(...) un atto di coscienza pubblico, non violento, e tuttavia politico, contrario alla legge, in genere compiuto con lo scopo di produrre un cambiamento nelle leggi o nelle politiche del governo».

fondamenti e degli interessi in gioco rispetto a quelli che hanno condotto alla previsione di un obbligo giuridicamente previsto. Diversi esempi possono essere citati in tal senso, come l'obiezione alle spese militari, intesa come contrarietà al pagamento di imposte, quindi come forma di protesta contro la destinazione del denaro a tali scopi¹⁸. Similmente, negli ultimi tempi si è discusso ampiamente della "obiezione di coscienza" alla vaccinazione dei minori, denominazione impropria se riferita, come spesso accade, alla manifestazione di un dissenso fondato sulla diversa valutazione dei fondamenti o dei rischi che tale pratica comporta, una sorta di "dissenso scientifico" di chi la rifiuta¹⁹. Questi profili definitori non hanno un rilievo puramente teorico, per quanto interessante, poiché coinvolgono in realtà anche un aspetto più concreto, che si pone al cuore di tale istituto: la sua sostenibilità²⁰.

Definire con chiarezza i confini della nozione giuridica dell'obiezione di coscienza è importante da diversi punti di vista: ad esempio quello sistematico-teorico, per la comprensione di un istituto con radici antiche e dei principi costituzionali cui esso è riconducibile, anche in riferimento alla protezione internazionale dei diritti fondamentali. Accanto a tale aspetto, però, la chiara definizione dell'esistenza di un conflitto insanabile tra un comportamento giuridicamente richiesto ed i valori

¹⁸ Cfr. ad es. S. BARTOLE, *op. cit. supra* a nota 16: «Si parla di o. di c. anche con riguardo ad altre ipotesi di disobbedienza civile, ovvero di astensione dall'osservanza di doveri imposti dalla legge dello stato. Ma si tratta di vicende giuridiche difficilmente riconducibili sotto un'unica etichetta. Per es., di recente ha trovato qualche consenso un orientamento volto a favorire il riconoscimento dell'o. fiscale. Non è facilmente prevedibile l'esito cui questo movimento di idee perverrà, anche se non sono mancate pronunce di autorità giurisdizionali che hanno mandato assolti dal reato d'istigazione a delinquere quanti invitavano i contribuenti ad astenersi dal pagamento della quota di tributi corrispondente alla percentuale delle entrate statali destinate alle spese militari». Più in generale sull'obiezione fiscale cfr. P. TARDIOLI, *L'obiezione fiscale nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. trib.*, 4, 2000, 443 e, sull'obiezione alle spese militari, cfr.; S. LARICIA, A. TARDIOLA, *op. cit. supra* a nota 16.

¹⁹ In argomento cfr. F. ZUOLO, *L'obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo legislativo e concettuale*, in C. CASONATO, C. PICIOCCI, P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2008: percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Padova, 2008, 533 ss. ed in particolare le sentenze della Corte costituzionale *ivi* citate; C.B. CEFFA, L. MUSSELLI, *op. cit. supra* a nota 12, 110. Già nel 1995, inoltre, il Comitato nazionale per la bioetica riteneva «non pertinente» il riferimento all'istituto dell'obiezione di coscienza nell'ambito delle vaccinazioni a fronte di obiezione non determinata «etiche o religiose», ma d'altra natura: «scientifiche, utilitaristiche, ecc». In questo secondo caso, la coscienza cfr. il parere *Le vaccinazioni*, del 22 settembre 1995, 32. p. 6. Tale posizione è stata ribadita anche nel successivo parere *Obiezione di coscienza e bioetica*, del 12 luglio 2012: «(...) non è obiezione di coscienza quella di chi non fa valere un obbligo della coscienza, ma una diversa valutazione scientifica rispetto a quella posta a fondamento di un precetto legale, come ad esempio sostenendo l'idea di una inutilità delle vaccinazioni». Di particolare interesse, con riferimento ad un ambito diverso, le considerazioni svolte da G. FINOCCHIARO, *Un grave sospetto: il sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale può essere abusivo e mascherare l'obiezione di coscienza del giudice tutelare nel procedimento di autorizzazione dell'aborto della minore*, in *Giustizia Civile*, 7-8, 2013, 1349. Per un esempio della possibile percezione di ciò che costituisce obiezione di coscienza nel linguaggio comune, invece, cfr. il caso riportato nell'articolo di L. MONTANARI, *"Sono contraria alla caccia" impiegata chiede l'obiezione di coscienza*, apparso nel quotidiano *La Repubblica* del 9 settembre 2011. (http://firenze.repubblica.it/cronaca/2011/09/09/news/sono_contraria_alla_caccia_impiegata_chiede_l_obiezione_di_coscienza-21420566/).

²⁰ Sul tema della sostenibilità in ambito giuridico cfr. R. TONIATTI, *Pluralismo sostenibile e interesse nazionale all'identità linguistica posti a fondamento di un "nuovo modello di riparto delle competenze" legislative fra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 5, 2009, 1121-1149.

fondativi della propria dimensione morale risulta necessaria per la comprensione del rapporto regola-eccezione²¹, nel quale si muove l'obiezione di coscienza, anche dal punto di vista della sua "sostenibilità sociale", poiché la sensazione di un abuso o di una strumentalizzazione può far saltare il meccanismo che sta al cuore di tale istituto: la comprensione delle motivazioni che conducono all'esenzione per alcuni soggetti, rispetto ad un obbligo che rimane valevole per altri. Nella stessa prospettiva, si propone anche un aspetto più pragmatico o operativo, anch'esso centrato sul rapporto tra regola ed eccezione, in relazione alla ricerca di strumenti che consentano di affrontarlo sul piano organizzativo. Tale esigenza appare pressante e problematica quanto più il numero di obiettori sia consistente e l'ambito in cui questo aspetto si è posto in maniera più evidente è – notoriamente – quello dell'interruzione volontaria di gravidanza, rispetto al quale il tasso di obiezione di coscienza in Italia è elevato²².

Gli ordinamenti giuridici si fanno carico di questi aspetti, secondo percorsi differenti, ma nella comune consapevolezza che sia la ricerca di meccanismi per il funzionamento stesso dell'obiezione di coscienza, sia la chiarezza della *ratio* sottesa al riconoscimento dell'obiezione concorrono a garantirne la sostenibilità. In ogni caso, appare centrale la riconoscibilità di confini e motivazioni, in altre parole, della definizione stessa dell'obiezione di coscienza.

2.1. Se tutto è coscienza...La ricerca della ragionevolezza in alcuni provvedimenti regionali

Gli ordinamenti giuridici contemplano diverse ipotesi di esenzione dal rispetto di norme giuridiche, quando esse appaiano in contrasto con la dimensione culturale e/o religiosa degli appartenenti ad alcuni gruppi²³. Si tratta di percorsi contigui all'obiezione di coscienza, pur con essa non totalmente coincidenti, che manifestano tuttavia esigenze simili, *in primis* la necessità di una chiara delimitazione di criteri, ragioni, conflitti con valori culturali e modalità di attribuzione.

Da questo punto di vista, si comprende la necessità di chiarezza, quanto alle sovrapposizioni che sovente nel linguaggio comune rispecchiano connotazioni concettuali ampie, non sempre corrispondenti alla definizione giuridica dell'obiezione di coscienza. L'assoluta incompatibilità con la propria dimensione morale, la chiara indicazione di quali comportamenti possano essere oggetto di obiezio-

²¹ In argomento, cfr. S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI, *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (31 ottobre 2013)*, Trento, 2015.

²² Cfr. ad es. i dati presentati nella *Relazione del ministro della salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/78)* presentata nel novembre 2015 (relativamente ai dati preliminari 2014 ed ai dati definitivi 2013) (si può leggere in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2428_allegato.pdf). Nella *Relazione* la copertura assicurata dalle strutture sanitarie, nonostante il tasso di obiezione di coscienza, è ritenuta adeguata [*da qui abbiamo tratto il titolo di questo paragrafo ndA*]; va però segnalato come il Comitato Europeo dei Diritti Sociali si sia pronunciato contro l'Italia per la violazione della Carta sociale europea in relazione agli articoli relativi al diritto alla protezione della salute (art. 11) e di non discriminazione (parte V, art. E) (*complaint n. 87/2012, International Planned Parenthood Federation – European Network (IPPF EN) v. Italy*). A tale pronuncia ha fatto seguito la risoluzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 30 aprile 2014 (*Resolution CM/ResChS(2014)6 International Planned Parenthood Federation – European Network (IPPF EN) v. Italy, Complaint No. 87/2012*).

²³ Cfr. J.T. LEVY, *Classifying Cultural Rights*, in I. SHAPIRO, W. KYMLICKA (Eds.), *Ethnicity and Group Rights*, New York, 1997, in particolare 25 ss.

ne, il collegamento richiesto tra l'una e gli altri sono tutti elementi che appaiono orientati nella medesima direzione. In tal senso si può interpretare, ad esempio, la "prova di coerenza" che (al di là delle possibili strumentalizzazioni) è resa palese dalle disposizioni della legge 194 che prevedono la revoca dell'obiezione se risulti che «chi l'ha sollevata prende parte a procedure o a interventi per l'interruzione della gravidanza previsti dalla presente legge» al di fuori dei casi di pericolo di vita per la donna²⁴. Nell'interpretazione dell'oggetto dell'obiezione all'aborto, la giurisprudenza ha spesso adottato un approccio per centri concentrici, individuando un grado di tutela intensa quanto più essa attenga a comportamenti direttamente inerenti l'azione che confligge con la coscienza ed invece più debole via via che ci si allontana dal compimento di tali attività²⁵. Un percorso non dissimile accomuna anche gli interventi normativi recentemente posti in essere da alcune Regioni, che hanno evidenziato la necessità di contenere il numero degli obiettori, che in Italia rimane alto, come attesta da ultimo la relazione annuale sull'interruzione volontaria di gravidanza del 2015²⁶.

Recentemente, ad esempio, un ampio dibattito ha investito il c.d. "decreto Zingaretti" in cui si affermava che «il personale operante nel Consultorio Familiare, il quale non è coinvolto direttamente nella effettuazione di tale pratica, bensì solo in attività di attestazione dello stato di gravidanza e certificazione attestante la richiesta inoltrata dalla donna di effettuare l'IVG. Per analogo motivo, il personale operante nel Consultorio è tenuto alla prescrizione di contraccettivi ormonali, sia routinaria che in fase post-coitale, nonché all'applicazione di sistemi contraccettivi meccanici, vedi *Iud (Intra Uterine Devices)*»²⁷. Una questione non dissimile era stata affrontata dal T.A.R. Puglia, in merito ad un bando

²⁴ Cfr. l'art. 9 ult. c. della legge 22 maggio 1978, n. 194 *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in *G.U.* del 22 maggio 1978, n. 140. Sul concetto di «prova di coerenza» C. CARDIA, *Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiése.it), maggio 2009, che la considera in particolare con riferimento sia al servizio militare, sia all'interruzione volontaria di gravidanza, analizzando i profili che la rendono opportuna «se contenuta in limiti ragionevoli, altrimenti diviene una punizione» (*ivi*, p. 17). Sul medesimo concetto cfr. anche E. CAMASSA, *Procreazione e diritto. Le mobili frontiere dell'obiezione di coscienza*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1, 2015, in particolare a 114.

²⁵ Su i casi esclusi dall'operatività dell'obiezione di coscienza cfr. ad es. F. CEMBRANI, *Le fasi rispetto alle quali può legittimamente operare l'esonero astensivo dell'obiezione di coscienza negli interventi di interruzione volontaria della gravidanza. brevi riflessioni a margine di una recente sentenza della corte di cassazione*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1, 2014, 321 in particolare con riferimento ad «un cardiologo che aveva omesso di sottoporre una donna ad un esame elettrocardiografico propedeutico all'effettuazione dell'atto chirurgico interruttivo della gravidanza e due ostetriche che, a loro volta, si erano rifiutate di preparare il campo sterile della sala operatoria» e, più di recente, alla sentenza della Corte di Cassazione (Sez. IV penale, n. 14979 del 2 aprile 2013), relativa all'assistenza nella fase post-aborto e commentata dall'autore. A tal proposito risulta interessante anche un recente caso britannico *Greater Glasgow Health Board (Appellant) v Doogan and another (Respondents) (Scotland)*, [2014] UKSC 68, che si trova commentato nell'ampia ricostruzione offerta da L. BUSATTA, *Diritti individuali e intervento pubblico nell'interruzione volontaria di gravidanza: percorsi e soluzioni per la gestione del dibattito in una prospettiva comparata*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, in corso di pubblicazione. Cfr. inoltre D. PARIS, *Il diritto all'obiezione di coscienza all'aborto nel Regno Unito. Nota a Greater Glasgow Health board v. Doogan and another [2014] UKSC 68*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 12015, 199.

²⁶ Cfr. la *Relazione cit. supra* a nota 20.

²⁷ Cfr. *Linee di indirizzo regionali per le attività dei Consultori Familiari, all. 1 a decreto n. U00152 del 12.5.2014*, in *B.U.R.*, 22.5.2014, n. 41 (avente ad oggetto *Rete per la Salute della Donna, della Coppia e del Bambino*:

riservato ai soli non obiettori, per la copertura di posti nei consultori familiari²⁸. Adito in merito a tale previsione, pur affermandone l'illegittimità, il T.A.R. ne ha tuttavia precisata l'inutilità, ritenendo inconferente «la presenza o meno di medici obiettori ex art. 9 legge n. 194/1978 nei Consultori» dal momento che «posto che all'interno dei suddetti Consultori non si pratica materialmente l'interruzione volontaria della gravidanza per la quale unicamente opera l'obiezione ai sensi dell'art. 9, comma 3»²⁹. Inoltre, pur individuando l'illegittimità della procedura selettiva che «escluda aprioristicamente i medici specialisti obiettori dall'accesso ai Consultori»³⁰, il Tar si fa carico di fornire una possibile indicazione, anche alla luce dell'asserita difformità di comportamento dei medici obiettori

ridefinizione e riordino delle funzioni e delle attività dei Consultori Familiari regionali. Tariffa per il rimborso del Parto a domicilio, ad integrazione del Decreto del Presidente in qualità di Commissario ad Acta n. U0029 del 01/04/2011) si può leggere in http://www.biodiritto.org/index.php/novita/item/download/415_fe1e9abcc1e7ef9938727bdf61eac98e. Su tale provvedimento si sono pronunciati il Tar Lazio, che ha respinto i ricorsi proposti in sede cautelare con ordinanza cautelare n. 4843 del 2014 (http://www.quotidianosanita.it/regioni-e-asl/articolo.php?articolo_id=23734) ed il Consiglio di Stato con ordinanza di riforma parziale, poiché: «(..) l'appello cautelare appare assistito da profili di fondatezza nella parte in cui contesta il dovere del medico operante presso il Consultorio familiare di attestare, anche se obiettore di coscienza, lo stato di gravidanza e la richiesta della donna di voler effettuare l'IVG, ai sensi dell'art. 5, comma 4, della legge n. 194 del 1978» mentre «anche alla luce delle determinazioni assunte dai competenti organi tecnici, l'appello cautelare non appare invece, allo stato, assistito da sufficienti elementi di fondatezza con riferimento alla questione riguardante la prescrizione di contraccettivi, anche meccanici e postcoitali» (si può leggere in <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato5537217.pdf>).

²⁸ Cfr. la nota prot. 242 dell'8.4.2010, *Pubblicazione Turni Vacanti del 1° trimestre 2010 effettuata dal Comitato Consultivo Zonale Medici Specialisti Ambulatoriali Interni della Regione Puglia* che, sotto il paragrafo *Ostetricia-Ginecologia* (con riferimento ai punti 18) ASL-BA n. 38 ore sett/li DSS n. 2 di Corato e 19) ASL-BA n. 38 ore sett/li DSS n. 14 di Putignano) specificava: «Si richiedono specialisti non obiettori di coscienza per attività consultoriali dei Comuni del DSS n. 2 e del DSS n. 14». La sentenza del TAR Puglia, Sezione Seconda, del 14 settembre 2010, n. 3477 si può leggere in <http://www.olir.it/documenti/index.php?documento=5494>.

²⁹ Cfr. la sentenza del T.A.R. *cit.* a nota prec.: «Ritiene il Collegio, conformemente alla impostazione seguita da parte ricorrente nel ricorso introduttivo, che la presenza o meno di medici obiettori ex art. 9 legge n. 194/1978 nei Consultori istituiti ai sensi della legge n. 405/1975 sia assolutamente irrilevante, posto che all'interno dei suddetti Consultori non si pratica materialmente l'interruzione volontaria della gravidanza per la quale unicamente opera l'obiezione ai sensi dell'art. 9, comma 3 (l'I.V.G. può, infatti, avvenire esclusivamente nelle strutture a ciò autorizzate di cui all'art. 8 legge n. 194/1978 laddove la donna, convinta di procedere con l'I.V.G., decide di presentarsi), bensì soltanto attività di assistenza psicologica e di informazione/consulenza della gestante (cfr. artt. 2 e 5 legge n. 194/1978) ovvero vengono svolte funzioni di ginecologo (i.e. accertamenti e visite mediche di cui all'art. 5 legge n. 194/1978) che esulano dall'iter abortivo, per le quali non opera l'esonero ex art. 9, e quindi attività e funzioni che qualsiasi medico (obiettore e non) è in grado di svolgere ed è altresì tenuto ad espletare senza che possa invocare l'esonero di cui alla disposizione citata(...) Ne consegue che anche il medico obiettore legittimamente inserito nella struttura del Consultorio è comunque tenuto all'espletamento di quelle attività istruttorie e consultive (come ad esempio il rilascio del documento attestante lo stato di gravidanza di cui all'art. 5 legge n. 194/1978); per cui la presenza teorica di soli obiettori all'interno del Consultorio - ancora una volta - appare irrilevante ai fini di una corretta doverosa applicazione della legge n. 194/1978».

³⁰ *Ivi*: «Pertanto una procedura selettiva che escluda aprioristicamente i medici specialisti obiettori dall'accesso ai Consultori appare, come correttamente evidenziato dai ricorrenti nell'atto introduttivo del presente giudizio, discriminatoria oltre che irrazionale poiché non giustificata da alcuna plausibile ragione oggettiva».

nei consultori, evidenziata in una nota difensiva alla Regione Puglia³¹, ad esempio con una clausola non espulsiva *tout court*, ma nella misura del 50% dei posti³².

Su entrambe le affermazioni – non applicabilità dell’obiezione di coscienza alle mansioni previste e l’efficacia, prima ancora che la legittimità, di una quota in ragione ad esempio del 50% – si sono registrati dissensi. L’esclusione dell’attività di rilascio del certificato di gravidanza da parte dei medici operanti nei consultori dall’ambito dell’obiezione di coscienza, ad esempio, è stata discussa alla luce del dato letterale della legge che, secondo alcuni autori, escluderebbe tale interpretazione³³, anche in relazione a quanto espresso nei lavori preparatori³⁴. Anche la via indicata dal T.A.R. (che, a parere

³¹ Cfr. la nota difensiva della Regione Puglia depositata in data 14 luglio 2010, citata nella sentenza *cit. supra* a nota 27: «... s’è dovuto prendere atto che le denunciate criticità si devono, anche, alla presenza di medici obiettori in molti Consultori i quali, in relazione all’espletamento delle attività di loro pertinenza, non assumono tutti lo stesso atteggiamento. Mentre alcuni (la maggior parte), attenendosi correttamente alla legge, accettano di rilasciare i documenti IVG alle donne che lo richiedano nell’ambito di una “presa in carico globale” dell’intera equipe consultoriale (psicologo, assistente sociale, ostetrica, medico), altri si rifiutano di farlo e spesso si rifiutano anche di inserire gli IUD (spiralì) a fini contraccettivi e di prescrivere la contraccezione di emergenza (pillola del giorno dopo), causando anche una inadempienza del servizio consultoriale rispetto alla prevenzione delle IVG pre e post concezionale».

³² *Ivi*: «In alternativa potrebbe l’amministrazione legittimamente predisporre per il futuro bandi finalizzati alla pubblicazione dei turni vacanti per i singoli Consultori che prevedano una riserva di posti del 50% per medici specialisti che non abbiano prestato obiezione di coscienza ed al tempo stesso una riserva di posti del restante 50% per medici specialisti obiettori. Sarebbe quest’ultima una opzione ragionevole che non si porrebbe in contrasto con il principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost.».

³³ Cfr. ad es. le opinioni discordanti di S. CURRERI, *Il “decreto Zingaretti” sull’esercizio dell’obiezione di coscienza all’aborto: una risposta sbagliata ad un problema serio*, in *Confronti costituzionali* del 17 luglio 2014; S. PRISCO, *Obiezione di coscienza all’aborto e risposte dell’ordinamento giuridico. Una (amichevole) replica a Salvatore Curreri*, in *Confronti costituzionali* del 21 luglio 2014 (entrambi in www.confronticostituzionali.eu); M.P. IADICICCO, *Obiezione di coscienza all’aborto ed attività consultoriali: per il T.A.R. Puglia la presenza di medici obiettori nei consultori familiari è irrilevante, ma non del tutto*, in *Giur. cost.*, 2, 2011, 2000.

³⁴ In tal senso, cfr. D. PARIS, *Medici obiettori e consultori pubblici. Nota a T.A.R. Puglia (Bari), sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, maggio 2011 (www.statoechiese.it), che richiama il dibattito ed il percorso legislativo che condurranno all’approvazione della legge n. 194 del 1978, ritenendo che, a differenza di quanto affermato dal T.A.R., l’attuale normativa «consente l’obiezione di coscienza alla firma del documento». L’Autore così conclude: «Per vero, se un qualsiasi intervento sulla legge n. 194 non fosse politicamente impraticabile, non sarebbe impossibile una correzione della disposizione sull’obiezione di coscienza che, definendo con precisione l’ambito di applicazione della stessa, consentisse di meglio garantire su tutto il territorio l’effettuazione degli interventi previsti dalla legge e al tempo stesso coinvolgesse i medici obiettori nelle attività di prevenzione e dissuasione dell’aborto»; sull’attività di dissuasione, tuttavia, ricordiamo il contributo di G. BRUNELLI, *L’interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l’applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, in particolare 868. Cfr. inoltre T. PADOVANI, *Procreazione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, 969: «I limiti obiettivi dell’obiezione di coscienza dipendono – come si è già accennato – da un nesso funzionale tra l’attività del soggetto e l’interruzione della gravidanza, nesso qualificato dalla specificità e dalla necessità (art. 9 comma 2 l. n. 194, cit.). L’esonero si riferisce quindi a quelle attività che non solo condizionino l’intervento abortivo, ma che non possano essere compiute se non al fine di consentirne l’effettuazione. Restano perciò escluse attività quali, ad esempio, le analisi cliniche, l’assistenza ospedaliera generica, ed ogni altra prestazione che possa, in linea di principio, riferirsi ad un intervento qualsiasi e non soltanto all’aborto (61); mentre sono certamente inclusi il rilascio del certificato o del documento ex art. 5 l. n. 194, cit., e l’accertamento compiuto ai sensi dell’art. 7, nonché, ovviamente, l’esecuzione dell’intervento e l’assistenza ad esso». Cfr. inoltre C.F. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. Dir.*,

chi scrive, appare improntata al principio di ragionevolezza), relativamente alla previsione di clausole non totalmente esclusive, ma in ragione di quote ad esempio del 50% potrebbe incontrare difficoltà in relazione a chi, dichiaratosi in un primo momento non obiettore, modificasse la sua opzione in seguito alla copertura all'assunzione nel posto di lavoro. Anche in tale ipotesi, però, la dottrina si divide sulle strade da seguire, ad esempio con la risoluzione del contratto per violazione di clausola essenziale³⁵, «il trasferimento del medico obiettore per liberare in organico un posto per un nuovo non obiettore»³⁶, o la previsione di «un adeguato apparato sanzionatorio disciplinare e penale» per dissuadere dall'«obiezione pretestuosa»³⁷.

In questo dibattito, si possono comunque individuare alcuni punti fermi.

L'obiezione di coscienza rappresenta un diritto fondamentale, tutelato come tale dalla Costituzione italiana, così come interpretata dalla Corte costituzionale, ed anche da diversi documenti internazionali ed in particolare dalla CEDU così come interpretata dalla Corte di Strasburgo³⁸. La tutela della libertà di coscienza s'impone quindi come diritto fondamentale e deve ricevere tutela: l'eliminazione di tale istituto non appare via praticabile. L'esistenza di un diritto antagonista, però – nel caso qui considerato: la salute della donna –, rende evidente la necessità di definire con chiarezza l'obiezione di coscienza, i suoi confini e garantirne la compatibilità con i diritti dei terzi. Tale opera di definizione serve anche ai fini dell'esistenza stessa di quest'istituto che dipende dalla sua “sostenibilità”, come più in generale accade per gli strumenti di garanzia di pluralismo: se le diverse identità devono convivere, esse debbono avere tutte la possibilità stessa di esistenza.

XXIX, Milano, 1979, 539: (...) la diversa dilatazione dell'oggetto dell'obiezione, comportando da un lato la esclusione o meno dei medici obiettori anche dalla prima fase della procedura, e, dall'altro, la sussistenza o meno dell'obbligo di rilasciare il documento, influisce praticamente sulle concrete possibilità di esercizio delle facoltà riconosciute dalla legge alla donna. Da un punto di vista giuridico, l'interpretazione più lata, se sembra maggiormente aderente alla lettera della legge, non pare tuttavia sottrarsi a qualche censura di irragionevolezza soprattutto in considerazione del fatto che, mentre al medico obiettore sarebbe imposto a pena di decadenza di astenersi dalle attività di cui all'art. 5 comma 1, il giudice tutelare non può in nessun modo sottrarsi alla decisione sull'eventuale interruzione della gravidanza della minore (art. 12). Il richiamo allo spirito della legge, infine, sarebbe inutile, come è provato dal fatto che essa è oggetto di critiche costituzionali provenienti da parti opposte». Cfr. inoltre S. Rossi, *L'obiezione di coscienza e il sabotaggio della 194*, che ricorda come in relazione al rilascio del certificato «nel momento in cui queste attività vengono richieste al medico, la soppressione del nascituro è un evento ancora futuro e incerto, che può dipendere proprio dall'esito degli accertamenti medici» (in www.personaedanno.it).

³⁵ Cfr. S. CURRERI, *op. cit. supra*, a nota 31.

³⁶ Cfr. A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2015, 138 in commento ad entrambe le sentenze.

³⁷ In tal senso cfr. F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1, 2015, 120.

³⁸ Cfr. ad es. P.F. POLI, *La Corte EDU definisce ulteriormente i contorni della “neonata” tutela convenzionale dell'obiezione di coscienza: la disciplina sull'obbligo del servizio militare esistente in Turchia viola gli artt. 9 e 3 della convenzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 settembre 2012. Cfr. inoltre il recente documento della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Conscientious objection* (settembre 2015, si può leggere in http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Conscientious_objection_ENG.pdf) ed anche il documento delle Nazioni Unite, *Conscientious objection to military service*, New York and Geneva, 2012 (si può leggere in http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ConscientiousObjection_en.pdf).

Definire significa anche circoscrivere, ma tale operazione si rende necessaria, poiché se tutto è coscienza l'essenziale diventa regola ed entrambe finiscono per perdere la propria riconoscibilità. Se tutto è coscienza, quindi, «il trionfo del relativismo soggettivistico» finisce per divenire un valore assoluto a scapito delle esigenze del «bene comune (...) in nome delle quali sono imposti all'individuo i doveri di «solidarietà sociale»³⁹. Il principio di solidarietà, impone sia la tutela giuridica della coscienza sia la limitazione della possibilità di esercitare il diritto all'obiezione al fine di garantirne la sostenibilità: sono due facce della stessa medaglia; come tali, si presuppongono.

3. Contrario ma solo un po': l'obiezione di coscienza "selettiva" nella procreazione medicalmente assistita?

Un altro caso recente ha messo in luce l'importanza della definizione dell'obiezione di coscienza, in particolare quando essa sia mirata solo ad alcuni comportamenti in modo selettivo. Quest'ipotesi è stata evocata in relazione alla vicenda di due biologhe operanti nell'ambito di un centro per la procreazione medicalmente assistita, che hanno rivendicato il diritto ad esercitare l'obiezione di coscienza dopo aver operato per anni in essa.

La vicenda (così come riportata dalla stampa⁴⁰) è stata ricondotta ai mutamenti che hanno investito la legge 40 del 2004, alla luce dei diversi interventi giudiziali, in particolare della Corte costituzionale. La Consulta, come noto con sentenza n. 162 del 2014, ha dichiarato l'incostituzionalità della previsione legislativa che conteneva il divieto di fecondazione eterologa, rendendo così legittima tale pratica. La legge 40 del 2004 ha mutato profondamente la propria fisionomia anche in relazione ad altre previsioni, poiché la Corte costituzionale si è pronunciata anche in merito alla diagnosi genetica preimpianto (sent. n. 96 de 2015) ed ai limiti previsti a tutela dell'embrione (sent. n. 151 del 2009), secondo una linea interpretativa anticipata da parte della giurisprudenza di merito, che aveva evidenziato diversi tentativi d'interpretazione estensiva⁴¹.

³⁹ Cfr. F.C. PALAZZO, *op. cit. supra* a nota 32: «Col riconoscimento «incondizionato», lo Stato rinuncia a qualunque scelta e valutazione «di merito» dei motivi che possono essere efficacemente invocati dall'obiettore: risulta di conseguenza particolarmente tenuto in conto l'aspetto propriamente psicologico del fenomeno, costituito dal conflitto motivazionale che affligge il soggetto in termini di doveri contrapposti. La soluzione del riconoscimento incondizionato segna indubbiamente, in linea di principio, il trionfo del relativismo soggettivistico, anche se, sotto il profilo propriamente giuridico-costituzionale, è chiaro che qualunque concreta disciplina legislativa del riconoscimento incondizionato dovrà pur sempre comporre l'inevitabile conflitto tra le esigenze individuali della coscienza, da un lato, e quelle collettive di tutela del cosiddetto bene comune, dall'altro, in nome delle quali sono imposti all'individuo i doveri di «solidarietà sociale». Un concetto non dissimile pare espresso da S. RODOTÀ, *Perché laico*, Bari, 2009, p. 37: «In realtà, la pretesa di estendere l'obiezione di coscienza nelle più varie direzioni corrisponde a una progetto politico ben chiaro. Non tanto la liberazione della coscienza individuale, quanto piuttosto l'uso di questo strumento per sostituire la tavola dei valori costituzionali con una diversa, strettamente dipendente dall'adesione a un credo. In questo modo non si avrebbe soltanto una pesante incrinatura della legalità costituzionale, ma si determinerebbe una pericolosa rottura del patto tra i cittadini, di cui la Repubblica deve rimanere garante».

⁴⁰ Il caso è ricordato anche da E. CAMASSA, *op. cit. supra* a nota 22, 109.

⁴¹ Cfr. il dossier *Come è cambiata la legge 40* all'indirizzo <http://www.biodiritto.org/index.php/item/480-dossier-come-%C3%A8-cambiata-la-legge-40-2004-2014>. In merito all'incidenza di tali cambiamenti sull'obiezione di coscienza, cfr. inoltre B. LIBERALI, *Il diritto di obiezione di coscienza nella procreazione*

La stampa non ha riportato in modo univoco la motivazione della scelta di procedere ad obiezione di coscienza, ricondotta alternativamente alla contrarietà alla fecondazione eterologa o, più in generale, alle conseguenze sull'embrione derivanti dal mutato contesto legislativo. La vicenda offre però spunto per svolgere una riflessione in merito a scenari che verosimilmente si potranno porre nell'ambito della procreazione medicalmente assistita⁴². L'ipotesi di obiezione ad una tecnica specifica – come ad esempio la fecondazione eterologa – potrebbe essere ricondotta all'obiezione di coscienza selettiva; un fenomeno conosciuto in particolare nell'ambito del servizio militare, sia nelle leggi di alcuni ordinamenti che la riconoscono ed essendosi posto anche in sede giurisprudenziale⁴³. In particolare due note sentenze della Corte suprema americana⁴⁴ e della Corte suprema israeliana⁴⁵, hanno affrontato il tema in relazione ai militari che invocavano l'obiezione non nei confronti della

medicalmente assistita: quale configurazione a seguito delle decisioni della Corte costituzionale?, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/11/liberali.pdf>. In argomento, cfr. anche G. SALITO, *L'obiezione di coscienza*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Procreazione assistita*, Milano, 2004, 270 ss.

⁴² Cfr. M. NICOLUSSI MORO, *Fecondazione assistita, biologhe fanno obiezione e rischiano il posto*, in *Corriere del Veneto* del 20 maggio 2014 e F. DAL MAS, *No all'eterologa? Rischiate il licenziamento*, in *Avvenire* del 17 maggio 2014, 9. A seguito dell'obiezione si è proceduto all'assunzione di un'altra biologa, in considerazione del fatto che «(...) alcune pazienti hanno già iniziato l'iter terapeutico per FIVET/ICSI di maggio e non è pertanto possibile interrompere l'attività del Centro PMA dell'Ospedale di Trecenta» (cfr. il Decreto del Direttore Generale, n. 225 del 24 aprile 2014 avente ad oggetto il conferimento incarico di prestazione autonoma occasionale alla Dott.ssa Donatella Fiorentin, si può leggere in http://www.azisanrovigo.it/media/delibere/FIORENTIN_DONATELLA_decreto.pdf).

⁴³ Cfr. gli ordinamenti giuridici ed i casi citati in *Conscientious Objection to Military Service*, cit. supra a nota 34, 58 ss.; D. BRETT, *Military Recruitment and Conscientious Objection: A Thematic Global Survey*, Washington DC, 2006, 100 ss.; N. LUBELL, *Selective Conscientious Objection in International Law: Refusing to Participate in a Specific Armed Conflict*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 20, 2002, 407. In ambito italiano cfr. ad es. M.G. BELGIORNO DE STEFANO, *Obiezione di coscienza selettiva e obiezione fiscale*, in *Diritto ecclesiastico*, 1987, 25.

⁴⁴ Cfr. *Gillette v. United States*, 401 U.S. 437 (1971): «A virtually limitless variety of beliefs are subsumable under the rubric, "objection to a particular war". All the factors that might go into nonconscientious dissent from policy, also might appear as the concrete basis of an objection that has roots as well in conscience and religion. Indeed, over the realm of possible situations, opposition to a particular war may more likely be political and nonconscientious, than otherwise. ... The difficulties of sorting the two, with a sure hand, are considerable. Moreover, the belief that a particular war at a particular time is unjust is by its nature changeable and subject to nullification by changing events». In commento, cfr. J.M. NEWTON, *The End of the Selective Conscientious Objector*, in *DePaul Law Review*, 21, 4, 1972, 1051.

⁴⁵ Cfr. *Zonstein. & Ors v. Judge Advocate General*, HCJ, 7622/02: «In our opinion, refusal to serve in the army for "full" conscientious reasons is not similar to refusal to serve in army for selective conscientious reasons. (...) In our opinion, refusal to serve in the army for "full" conscientious reasons is not similar to refusal to serve in army for selective conscientious reasons. (...) The phenomenon of selective conscientious objection would be broader than "full" objection, and would evoke an intense feeling of discrimination "between blood and blood." Moreover, it would affect security considerations themselves, since a group of selective objectors would tend to increase in size. Additionally, in a pluralistic society such as ours, recognizing selective conscientious objection may loosen the ties which hold us together as a nation. Yesterday, the objection was against serving in South Lebanon. Today, the objection is against serving in Judea and Samaria. Tomorrow, the objection will be against vacating this or that settlement. The army of the nation may turn into an army of different groups comprised of various units, to each of which it would be conscientiously acceptable to serve in certain areas, whereas it would be conscientiously unacceptable to serve in others. In a polarized society such as ours, this consideration weighs heavily» (la traduzione inglese si può leggere in

Focus on: FMs

guerra in sé, ma solo di alcuni conflitti. In entrambi i casi, le Corti hanno respinto la possibilità di individuare questo tipo d'obiezione, sia richiamandosi ad esigenze di sicurezza nazionale, sia invocando il possibile sfaldamento del legame tra consociati, a fronte della riconduzione di comportamenti eterogenei al *genus* obiezione di coscienza, ed anche delle difficoltà di distinguere in questo caso tra tale istituto e la mera contrarietà alle decisioni prese in sede politica.

Nel caso di specie, tuttavia, va appurato se i mutamenti giurisprudenziali intervenuti sulla legge n. 40 del 2004 abbiano inciso sull'obiezione di coscienza *tout court*, alla luce della *ratio* in base alla quale essa è riconosciuta. Per certi aspetti, la PMA presenta problematiche etiche non dissimili rispetto all'IVG, ponendo la questione della "sacrificabilità" (si passi il termine) dell'embrione. Tali tecniche possono infatti comportare un numero residuo di embrioni, soggetti alla crioconservazione (dal 2009 diventata possibile), ma anche nel caso in cui essi, come sottolineato proprio nella sentenza n. 151 della Corte costituzionale, non diano tutti luogo a gravidanza⁴⁶.

Chi opera in quest'ambito si confronta necessariamente con quest'aspetto, che ha condotto la Corte costituzionale, nella pronuncia menzionata, a ritenere irragionevole il limite legislativamente previsto della creazione di un massimo di tre embrioni, da destinare ad un unico e contemporaneo impianto. Va poi considerato – ed anche questo potrebbe essere un aspetto problematico – come la PMA renda possibili una serie di scenari nuovi nell'ambito familiare. Alcuni Paesi hanno scelto di disciplinare tali ipotesi, ad esempio riconoscendo giuridicamente le famiglie con genitori dello stesso sesso, o l'accesso a tali tecniche da parte dei *single*; altri, come l'Italia, le hanno invece vietate⁴⁷. Questi casi non sembrano riguardare la questione eticamente controversa della protezione dell'embrione (che, anzi, solo grazie proprio alla donazione di gameti viene in essere); è quindi importante comprendere se la coscienza possa invece includere la contrarietà ad altri aspetti, quali ad esempio i "tipi di famiglia" che solo grazie alle tecniche di procreazione medicalmente assistita possono costituirsi⁴⁸.

<http://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Zonstien%20v.%20Judge-Advocate%20General.pdf>). Entrambe le sentenze – statunitense ed israeliana – sono state commentate da A. PAZ,-FUCHS, M. SFARD, *The Fallacies of Objections to Selective Conscientious Objection*, in *Israel Law Review*, 36, 2002, 111.

⁴⁶ Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 151 del 2009: «Va premesso che la legge in esame rivela – come sottolineato da alcuni dei rimettenti – un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge. E dunque, la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione».

⁴⁷ In argomento, cfr. C. CASONATO, A. SCHUSTER (a cura di), *Rights On The Move – Rainbow Families in Europe (Proceedings of the Conference, Trento, 16-17 October 2014)*, Trento, 2014, *passim*.

⁴⁸ L'ambito della procreazione medicalmente assistita consente d'individuare la *ratio* della necessità di circoscrivere in modo chiaro i confini dell'obiezione di coscienza, come evidenziato ad esempio nel documento AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS, *The limits of conscientious refusal in reproductive medicine, Opinion No. 385*, in *Obstet. Gynecol.*, 2007, 110, 1203: «Another conception of justice is concerned with matters of oppression as well as distribution. Thus, the impact of conscientious refusals on oppression of certain groups of people should guide limits for claims of conscience as well. Consider, for instance, refusals to provide infertility services to same-sex couples. It is likely that such couples would be able to obtain infertility services from another provider and would not have their health jeopardized, per se. Nevertheless, allowing

Tale operazione va però condotta tenendo presente come la coscienza non consista in una preferenza, ma in una dimensione morale riconoscibile, che deve convivere con la diversità in coerenza con il principio del pluralismo, che ne impone sia il riconoscimento, sia la coesistenza con posizioni differenti.

La riconoscibilità di tale dimensione risulta essenziale per evitare il rischio del «totalitarismo delle coscienze»⁴⁹, che mal si concilia sia con l'esistenza dei diritti di terzi, sia con l'esistenza stessa del diritto di obiezione, che non costituisce la rappresentazione giuridica delle preferenze o delle aspirazioni individuali, ma si fa carico dell'impossibilità di conciliare un obbligo giuridicamente previsto con una dimensione morale privata, che al contempo presenta profili di carattere pubblico, in quanto riconosciuta finché compatibile con la diversità.

Le preferenze personali possono intersecarsi con i diritti dei terzi e la propria visione del mondo può condurre, ad esempio, ad invocare il diritto di non dare in locazione appartamenti alle persone nel cui stile di vita non ci riconosciamo, o a non desiderare un vicino di letto in Ospedale quando sia di religione diversa dalla nostra, o a trovare inaccettabile occuparsi nell'ambito della propria professione di chi delinea i confini dell'inizio o della fine della propria esistenza secondo definizioni in cui non ci riconosciamo. Si tratta di opzioni personali, ma non sempre di manifestazioni della coscienza nel senso costituzionale, poiché coscienza e *Weltanschauung* non coincidono e l'istituto dell'obiezione non è volto a conferire rilevanza giuridica all'espressione totalizzante della propria identità, specie in rapporto ai diritti dei terzi.

La garanzia del pluralismo si fa carico della diversità, in un modo che sia però compatibile con la coesistenza⁵⁰ e l'attenzione per quest'aspetto è resa evidente anche dal mutamento terminologico che

physicians to discriminate on the basis of sexual orientation would constitute a deeper insult, namely reinforcing the scientifically unfounded idea that fitness to parent is based on sexual orientation, and, thus, reinforcing the oppressed status of same-sex couples. The concept of oppression raises the implications of all conscientious refusals for gender justice in general. Legitimizing refusals in reproductive contexts may reinforce the tendency to value women primarily with regard to their capacity for reproduction while ignoring their interests and rights as people more generally. As the place of conscience in reproductive medicine is considered, the impact of permissive policies toward conscientious refusals on the status of women must be considered seriously as well. Some might say that it is not the job of a physician to "fix" social inequities. However, it is the responsibility, whenever possible, of physicians as advocates for patients' needs and rights not to create or reinforce racial or socioeconomic inequalities in society. Thus, refusals that create or reinforce such inequalities should raise significant caution» (si può leggere in <http://www.acog.org/Resources-And-Publications/Committee-Opinions/Committee-on-Ethics/The-Limits-of-Conscientious-Refusal-in-Reproductive-Medicine>). Cfr. inoltre il dibattito analizzato in T.A. CAVANAUGH, *Professional Conscientious Objection in Medicine with Attention to Referral*, Minneapolis MN, 2009, in J.W. KOTERSKI (Ed.), *Life And Learning*, Washington, D.C., 2013, 65.

⁴⁹ Riflette sul possibile rischio di un «totalitarismo delle coscienze» A. PUGIOTTO, *op. cit. supra* a nota 16, 243.

⁵⁰ Cfr. ad es. quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con riferimento all'obiezione di coscienza legata alla dimensione religiosa: «Article 9 of the Convention does not always guarantee the right to behave in public in a manner governed by that belief. The word "practice" used in Article 9 § 1 does not denote each and every act or form of behaviour motivated or inspired by a religion or a belief» (*Pichon and Sajous v. France* dec. n. 49853/99).

oggi fa riferimento al dialogo interculturale, in luogo del precedente riferimento preminente al multiculturalismo⁵¹.

Mi pare che solo nell'equilibrio tra il riconoscimento della diversità e la sua limitazione in nome della convivenza si realizzi la dimensione più propria del diritto costituzionale, materia che richiede la spiccata attitudine a comprendere le prospettive diverse dalla propria.

⁵¹ Sulle ragioni del mutamento terminologico dal "multiculturalismo" all' "interculturalismo" cfr. C. PICIOCCI, *From Strategies To Constitutions: Identity, Multiculturalism And Interculturalism As Legal Values. A Comparison Between Europe And The Andean Countries*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 17 Julio 2015, 1.

La deontologia medica tra pluralismo assiologico e pluralità di sedi di giudizio

Elisabetta Pulice*

THE ROLE OF MEDICAL PROFESSIONAL ETHICS BETWEEN AXIOLOGICAL PLURALISM AND PLURALITY OF JURISDICTIONAL (AND PARA-JURISDICTIONAL) TOOLS

ABSTRACT: The paper aims at analysing the role of medical professional ethics in the plurality of pluralisms (legal, axiological and material) affecting medical profession, patient healthcare and medical liability. Accordingly, the essay focuses – from a comparative perspective – on the role, the strengths and weaknesses of both the code of medical ethics and the disciplinary procedures in the Italian legal system, trying to stress some of the main intricate issues concerning the multi-faceted interconnections between law and medical ethics, and between state and profession. In these perspectives, the medical professional ethics proves to be an element of legal and axiological pluralism and at the same time a tool (potentially) accommodating pluralism.

KEYWORDS: Medical professional ethics; Pluralisms; Medical profession; Medical liability; Biolaw.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Attività medica, pluralismo normativo e codice deontologico. – 3. Pluralismo assiologico e deontologia medica. – 4. Il possibile ruolo della deontologia medica nell'ordinamento giuridico. Brevi considerazioni sulle problematicità dell'esperienza italiana. – 5. Deontologia medica e pluralità di sedi di giudizio. – 6. Deontologia medica e tutela del pluralismo. Alcuni spunti di riflessione.

1. Introduzione

Nella tensione tra esigenze di unitarietà e certezza, da un lato, e riconoscimento di assetti valoriali differenziati, dall'altro, il ruolo della dimensione deontologica si pone in maniera del tutto peculiare, in ragione sia della natura della deontologia professionale sia della complessità e delle reciproche influenze che definiscono i suoi rapporti con l'ordinamento giuridico. La deontologia medica è infatti al tempo stesso una componente del pluralismo, normativo e assiologico, che caratterizza il rapporto tra scienza medica e diritto, e un possibile strumento per la gestione del pluralismo valoriale insito nelle scelte in ambito medico. Il suo valore pratico si inserisce inoltre in

* *Assegnista di ricerca in diritto pubblico, Università di Trento, docteur en droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense. Contributo sottoposto a referaggio.*

Il presente contributo in parte riprende, ampliandolo e aggiornandolo, il saggio pubblicato nella raccolta degli atti del convegno "La medicina nei Tribunali" (Napoli, 6 febbraio 2015) e si inserisce nell'ambito dello studio delle diverse dimensioni del pluralismo cui è dedicato il progetto PRIN Jurisdiction and Pluralisms (per maggiori informazioni si veda il sito www.jupls.eu).

una pluralità di sedi decisionali che a vario titolo contribuiscono a definirne la portata sul piano concreto.

Il presente contributo si propone quindi di analizzare il ruolo della deontologia in queste dimensioni del pluralismo intersecando due delle prospettive che caratterizzano l'attività medica: la tutela della salute del paziente, attraverso la garanzia di interventi diagnostico-terapeutici efficaci, basati sulle accreditate conoscenze tecnico-scientifiche e la tutela dell'autodeterminazione della persona assistita. In queste due prospettive e nella disciplina dei diritti, doveri e margini di scelta che derivano dal loro punto di incontro nella relazione di cura, si concretizzano infatti le influenze e interazioni tra diritto e deontologia che maggiormente definiscono la pluralità di istanze, norme, attori coinvolti e il loro rispettivo ruolo, secondo modelli che possono differire anche molto dal punto di vista comparato¹.

La combinazione tra pluralismo assiologico, normativo e pluralità di sedi di giudizio si manifesta in molti ambiti in cui diritto e scienza sono necessariamente e concretamente posti a diretto confronto, in ragione delle problematiche sollevate dall'evoluzione del sapere tecnico-scientifico, dal ruolo decisivo della variabilità del singolo caso, dal coinvolgimento delle convinzioni morali più profonde di ogni persona, e dalla difficoltà di bilanciare la molteplicità di istanze e diritti sui quali inevitabilmente incidono le scienze della vita².

La regolamentazione dell'attività e della responsabilità medica rappresenta un terreno in cui tale combinazione si interseca in maniera peculiare con il ruolo che l'ordinamento può riconoscere alla dimensione deontologica, intesa sia nella sua componente normativa (il codice di deontologia medica, CDM) sia in riferimento al ruolo di vigilanza affidato all'ordine professionale.

Si tratta, infatti, di un'attività professionale che inevitabilmente incide su diritti e libertà fondamentali e il cui esercizio è spesso particolarmente complesso, rischioso e fortemente orientato dal sapere scientifico. Tra le numerose fonti che, direttamente o indirettamente interessano questo ambito, la deontologia medica potrebbe quindi svolgere un ruolo concreto sotto il duplice profilo della tutela dei diritti della persona assistita e dell'imposizione di regole volte a disciplinare, secondo i principi dell'etica medica, la complessità dell'attività professionale e i relativi margini di rischio, anche attraverso norme cui, come vedremo, potrebbe essere riconosciuta natura cautelare.

2. Attività medica, pluralismo normativo e codice deontologico

Sul piano del pluralismo normativo, dalla natura e dalle caratteristiche dell'attività medica deriva l'importante funzione di forme codificate del sapere scientifico e della gestione dei margini di rischio. Le consolidate conoscenze tecnico-scientifiche possono svolgere infatti un ruolo essenziale tanto nel conferire oggettività e determinatezza ai doveri del professionista quanto nell'orientare la valutazio-

¹ Sul ruolo della deontologia nel sistema delle fonti del diritto in prospettiva comparata si permetta il riferimento a E. PULICE, *Il ruolo della deontologia medica nel sistema delle fonti del diritto: un'analisi comparata. Le rôle de la déontologie médicale dans les sources du droit: analyse comparée*, Trento-Nanterre, 2014, tesi di dottorato in corso di pubblicazione sul sito <http://www.theses.fr/2014PA100101>, da cui sono tratte molte delle considerazioni che seguono.

² Sulle peculiarità dell'oggetto del biodiritto cfr. C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle life sciences*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2014, 179 ss.

ne del giudice. Si pensi, soprattutto dopo le novità introdotte dal cd. decreto Balduzzi, alle linee guida e agli altri strumenti che, attraverso la codificazione del sapere scientifico e tecnologico, tentano di inserire e diffondere nella prassi medica valutazioni e determinazioni caratterizzate, per quanto possibile, da un considerevole livello di oggettività, sottraendole al soggettivismo, più difficilmente controllabile, del singolo professionista sanitario³.

Allo stesso tempo però l'attività medica è difficilmente inquadrabile in regole standardizzate, predefinite e inderogabili. Da un lato, quindi, la scienza e la tecnica possono diventare elementi fondamentali nell'individuazione di una fonte precostituita sulla base della quale articolare un giudizio di responsabilità. Dall'altro lato le stesse peculiarità dell'attività medica rendono spesso complesso e controverso il ruolo di indirizzo e orientamento di tali strumenti, tanto per il professionista sanitario quanto per il giurista. Come sottolineato anche dalla giurisprudenza, infatti, nonostante l'utilità e la rilevanza giuridica di raccomandazioni che, sulla base dell'esperienza e delle accreditate conoscenze scientifiche, siano da supporto alle decisioni in ambito sanitario, «il medico è sempre tenuto ad esercitare le proprie scelte considerando le circostanze peculiari che caratterizzano il caso concreto e la specifica situazione del paziente, nel rispetto della volontà di quest'ultimo, al di là delle regole cristallizzate nei protocolli medici»⁴.

Ciò vale a maggior ragione se la responsabilità medica viene intesa non solo nell'accezione ad essa attribuita in sede civile e penale, ma anche nel suo significato più ampio di adesione agli scopi autentici della professione, a tutela dei diritti fondamentali della persona.

In ambito medico le decisioni sono inoltre basate sull'incontro di due autonomie e responsabilità, quelle del medico e quelle del paziente, a loro volta oggetto di disciplina sul piano sia giuridico sia deontologico. Anche in questa prospettiva, quindi, la riflessione deontologica razionalizzata nel CDM deve necessariamente confrontarsi con le esigenze di tutela e disciplina poste dall'affermazione dell'alleanza terapeutica come fulcro della normativa, tanto giuridica quanto deontologica.

Oltre al nucleo di disciplina riguardante la relazione di cura, la deontologia si inserisce però anche nella pluralità di norme che definiscono il quadro giuridico di riferimento, all'interno del quale possono compiersi le scelte di medico e paziente.

Partendo dall'idea, ormai ovunque riconosciuta, che una commistione coerente, ragionevole e flessibile tra dimensione giuridica e dimensione tecnico-professionale sia un valore aggiunto degli inter-

³ Per un'analisi sulla possibile portata delle linee guida in ambito penale e sui loro limiti si vedano, tra gli altri, C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2013, 51-71; A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2013, 99-111; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012; M. CAPUTO, «Filo d'Arianna» o «flauto magico»? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2012, 875-923.

⁴ Cass. sez. IV pen., 19 settembre 2012 n. 35922, nella quale la Corte ripercorre i principali profili della sua giurisprudenza in tema di colpa professionale medico-chirurgica conseguente alla violazione delle linee guida, ribadendo tra l'altro come «l'adeguamento o il non adeguamento del medico alle linee guida ... non escluda né determini automaticamente la colpa».

venti normativi in ambito biomedico, le modalità di ingresso della disciplina del CDM nell'ordinamento giuridico generale possono essere molto varie⁵.

In alcuni casi può esserci un rinvio espresso del legislatore alla fonte deontologica, chiamata a integrare la disciplina legislativa, come avviene nell'ordinamento francese per la procedura collegiale obbligatoria per interrompere i trattamenti di sostegno vitale in caso di paziente non più in grado di esprimere la propria volontà, la cui definizione era stata affidata dalla cd. *loi Leonetti* sul fine vita al codice di deontologia medica⁶. In altri casi l'integrazione tra diritto e dimensione deontologica, pur in assenza di un richiamo legislativo espresso per singole discipline, può essere espressione di un più ampio assetto dei reciproci rapporti tra fonti statali e professionali. Ne sono un esempio le linee guida della *Bundesärztekammer* tedesca in materia di procreazione medicalmente assistita, che definiscono sul piano concreto e operativo i principi contenuti nella legislazione penale⁷. Anche qualora il ruolo del CDM non sia previsto da fonti statali, i vuoti o le incertezze che caratterizzano molti interventi legislativi in ambito biomedico lasciano alle regole deontologiche il compito di integrare la disciplina normativa ponendosi così come concreta – e spesso unica – guida per il sanitario, anche in casi professionalmente, eticamente e giuridicamente sensibili. L'esperienza italiana delle direttive anticipate, ad esempio, mostra come in assenza di una disciplina legislativa, il CDM, nonostante i numerosi dibattiti suscitati dalla recente riforma dell'articolo 38⁸, abbia per molto tempo fornito una delle poche risposte normative al problema della loro portata pratica per il professionista sanitario.

Inoltre, anche laddove il diritto sia intervenuto in maniera adeguata, il ruolo decisivo della variabilità del caso concreto rende indispensabile il riferimento a una fonte più duttile e flessibile rispetto alla legge, che sia al tempo stesso in grado di arricchire con principi etico-professionali attenti alle specificità dei singoli casi l'apporto di altri strumenti di codificazione del sapere tecnico-scientifico presi in considerazione dal diritto.

Va poi ricordato che, come si preciserà meglio *infra*, la norma deontologica inserendosi, esplicitamente o implicitamente, tra le numerose fonti che disciplinano l'attività medica, può "entrare" nelle valutazioni giurisprudenziali della condotta del professionista, finendo così per definire nel concreto il contenuto della disciplina giuridica attraverso il ruolo della giurisprudenza. In questa prospettiva è

⁵ Si tratta, in particolare, di forme di rilevanza della norma deontologica che possono variare tanto in relazione all'oggetto da disciplinare quanto in ragione delle specifiche caratteristiche del modello dei rapporti tra diritto e deontologia di un determinato ordinamento. Per un approfondimento in prospettiva comparata cfr. *supra* nota n. 1. Sui diversi fattori che possono incidere sul ruolo della normativa deontologica si veda *infra*.

⁶ Legge n° 2005-370 del 22 aprile 2005 "*relative aux droits des malades et à la fin de vie*" (JORF n°95 du 23 avril 2005 page 7089), reperibile sul sito Legifrance (www.legifrance.gouv.fr). La disciplina del fine vita è stata significativamente modificata con la recente riforma del febbraio 2016 (legge n° 2016-87 "*créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*") che ha ulteriormente precisato alcuni diritti dei malati e delle persone in fine vita, introducendo novità importanti soprattutto in riferimento alla sedazione profonda e continua e alla vincolatività delle direttive anticipate. Per maggiori informazioni e per i link al testo della riforma e ai dibattiti parlamentari si rimanda al sito [biodiritto.org](http://www.biodiritto.org): <http://www.biodiritto.org/index.php/novita/news/item/774-francia---approvata-la-legge-sulla-sedazione-profonda-e-continua>. Per un commento critico sulla nuova legge si veda il contributo di C. BOURDAIRE-MIGNOT e T. GRÜNDLER, *La nouvelle loi française sur la fin de vie*, in questo stesso numero.

⁷ (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, in *Dtsch Arztebl*, 103(20), 19. Mai 2006, 1392-1403.

⁸ Sulla riforma del codice cfr. *infra*.

importante inoltre sottolineare che la scienza medica e il pluralismo normativo che ne caratterizza la disciplina giuridica interessano le decisioni giurisprudenziali non solo per quanto riguarda l'accertamento della responsabilità del singolo professionista, ma anche in tutti i casi in cui l'autonomia e la responsabilità del medico nelle scelte fondate su acquisizioni scientifiche diventano punti di riferimento significativi nella valutazione della stessa disciplina giuridica. Laddove il diritto fondamentale alla salute ex art. 32 Cost. sia coinvolto, le «acquisizioni scientifiche e sperimentali» possono infatti svolgere un ruolo incisivo nei confronti della stessa discrezionalità legislativa, del quale la giurisprudenza costituzionale ha più volte tenuto conto⁹. Ne consegue che, quando all'autonomia e alla responsabilità del medico viene riconosciuta una posizione centrale, a tutela della specificità dei diritti coinvolti nel caso concreto, la dimensione deontologica possa acquisire un ruolo significativo come fonte di regolamentazione dell'attività professionale sia a garanzia del dovere del medico di agire perseguendo l'esclusivo bene del paziente sia per quanto attiene, ad esempio, al ruolo dell'informazione nella costruzione dei processi decisionali nella relazione di cura.

La pronuncia che forse evidenzia meglio la funzione che il CDM e il potere disciplinare dell'ordine possono avere è la sentenza n. 282 del 2002, nella quale la Corte costituzionale, dopo aver affermato che nella definizione delle pratiche terapeutiche ammesse, dei relativi limiti e condizioni, la "regola di fondo" è costituita non dalla disciplina legislativa ma «dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione», ha espressamente richiamato il ruolo dei «poteri di vigilanza sull'osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione» a garanzia dei diritti fondamentali della persona malata nella pratica terapeutica.

Inoltre, con riferimento all'informazione è stato ad esempio riconosciuto alla deontologia un ruolo significativo nel dare contenuto concreto al "circuito informativo"¹⁰ tra medico e paziente, che si pone alla base del consenso informato, il quale costituisce condizione di liceità dell'intervento medico, come costantemente ribadito dalla giurisprudenza sia costituzionale sia di legittimità.

Anche in relazione alla sentenza n. 151/2009 si è parlato di «spazio incompressibile di autonomia e responsabilità del medico»¹¹ proprio perché la Corte costituzionale, nell'intervenire sulla legge n. 40/2004 ha sottolineato la necessità di lasciare spazio a valutazioni mediche che, caso per caso, tengano conto delle acquisizioni scientifiche e delle specifiche condizioni soggettive della donna. Riferimenti espliciti ai principi del CDM sono inoltre contenuti in recenti decisioni giurisprudenziali sempre in ambito di PMA¹², così come in altre pronunce riguardanti questioni sensibili dal punto di vista etico, professionale e giuridico. Ulteriore manifestazione sul piano giurisprudenziale della sintonia che,

⁹ Si pensi, ad esempio, alle sentenze 282 del 2002 e 151 del 2009 della Corte costituzionale, su cui si tornerà *infra*.

¹⁰ Del ruolo della disciplina deontologica nel chiarire «la portata del 'circuito informativo' che deve collegare tra loro medico e paziente in vista di un risultato che – riguardando diritti fondamentali – non può non essere condiviso» parla espressamente la Corte di Cassazione nella sentenza del 13 gennaio 2011 (dep. 7 aprile 2011), n. 13746.

¹¹ G. M. FLICK, *La salute nella Costituzione italiana*, in Federazione Nazionale Ordini Medici Chirurghi e Odontoiatri (a cura di), *Cento anni di professione al servizio del Paese*, FNOMCeO, 2010, 30.

¹² Si pensi, ad esempio, alla decisione del 14 agosto 2014 con la quale il Tribunale di Bologna ha accolto il ricorso di una coppia che chiedeva di essere ammessa alla PMA eterologa. La decisione è reperibile sul sito www.biodiritto.org.

come si vedrà, spesso intercorre tra il CDM e le posizioni più avanzate espresse dal diritto a livello sia nazionale sia internazionale è, ad esempio, il richiamo alle norme deontologiche contenuto nella ricostruzione del quadro giuridico di riferimento in ambito di consenso compiuto dalla Corte di Cassazione nel caso Englaro¹³.

3. Pluralismo assiologico e deontologia medica

In tutte le funzioni direttamente o indirettamente integrative del quadro giuridico di riferimento, la componente deontologica porta con sé la scelta valoriale della categoria professionale, che si inserisce così nella varietà di posizioni, istanze e interessi dei quali il diritto deve ragionevolmente tenere conto nella regolamentazione in ambito biomedico. All'interno di tale pluralità di assetti valoriali, la riflessione etica interna alla categoria medica può confermare le scelte adottate dal legislatore o da altre fonti normative, può integrarle imponendo al professionista doveri e responsabilità ulteriori rispetto a quelli che potrebbero essere imposti dal diritto, ma può anche porsi in contrasto con le posizioni espresse dalle fonti di provenienza statale.

Le divergenze sul piano assiologico possono riguardare sia la disciplina normativa in termini di scelte che vengono o meno consentite in alcuni specifici ambiti biomedici, sia la tutela e la promozione dello spazio concretamente lasciato al pluralismo valoriale nell'ambito del rapporto tra medico e paziente.

Va inoltre ricordato che nel tutelare i diritti fondamentali della persona assistita, la deontologia disciplina la condotta del medico nella relazione di cura razionalizzando in regole del CDM i principi di etica medica a tutela dell'indipendenza e autonomia del professionista, per quanto riguarda tanto i suoi convincimenti tecnico-scientifici quanto la sua coscienza. Ne discende quindi un'importante garanzia sul piano deontologico del diritto al rifiuto di prestazione professionale, oltre alle ipotesi di obiezione di coscienza legislativamente previste. Ai sensi della "clausola di coscienza" di cui all'articolo 22 del CDM, infatti, fermo restando il dovere di fornire ogni utile informazione e chiarimento per consentire alla persona assistita di fruire comunque della prestazione e salvo i casi in cui il rifiuto sia di "grave e immediato nocimento" per la persona, "il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici".

In queste prospettive la deontologia può quindi divenire uno strumento per gestire, attraverso le richiamate forme di possibile rilevanza sul piano giuridico, il pluralismo assiologico, ampliandone la tutela mediante una normativa maggiormente flessibile e attenta al caso concreto, rispetto a quanto previsto da altre fonti, in particolare a livello legislativo. Il ruolo della componente deontologica, però, proprio in quanto espressione della riflessione interna ad una sola delle parti che interagiscono nella relazione di cura, può portare con sé il rischio di autoreferenzialità, se non addirittura di chiusura corporativa.

Da questo punto di vista un dato emerge con chiarezza dall'analisi dei rapporti tra diritto e deontologia, soprattutto in prospettiva comparata: quanto maggiore è l'apertura del CDM alla tutela dei diritti della persona assistita, quindi a una prospettiva non meramente ancorata alla dimensione corporati-

¹³ Cass. civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748.

vista, tanto più ampio può essere il suo ruolo sul piano dell'ordinamento generale e più numerose sono le sedi di giudizio in cui la norma deontologica o la sua violazione possono assumere rilevanza. Solo nella misura in cui sia in grado di farsi carico del pluralismo etico e delle molte esigenze di tutela che connotano l'incontro tra autonomia del medico e del paziente nelle singole scelte diagnostico-terapeutiche, la deontologia può infatti essere presa in considerazione come strumento idoneo a promuovere il rispetto dei diritti fondamentali della persona e può acquisire credibilità come fonte di disciplina nei casi in cui "la regola di fondo"¹⁴ non debba essere solo quella legislativa, ma l'autonomia e la responsabilità del medico chiamato ad operare, con il consenso della persona assistita, le scelte sulla base delle conoscenze a disposizione.

Tra i profili che possono concretamente influire sulla funzione della deontologia come strumento per la gestione del pluralismo, va innanzitutto menzionata l'elaborazione del CDM e l'evoluzione del suo contenuto normativo. La concreta portata pratica della dimensione deontologica dipende inoltre dal valore giuridico che viene o meno riconosciuto al CDM, quindi dalla sua modalità di ingresso nel sistema delle fonti del diritto. Infine il ruolo di vigilanza sull'osservanza delle regole deontologiche attribuito all'ordine professionale può concorrere con gli altri rimedi dell'ordinamento ad assicurare la tutela dei diritti sui quali incide l'attività medica e a promuovere così il pluralismo reso possibile dalla flessibilità della disciplina deontologica.

Sul rispetto dei doveri professionali e sul procedimento disciplinare si tornerà a breve. Per quanto riguarda invece l'elaborazione delle norme deontologiche, va precisato che nel processo di razionalizzazione dei principi di etica medica in norme del CDM, la categoria professionale dovrebbe evitare tanto forme di autoreferenzialità quanto un eccessivo appiattimento al dato legislativo, valorizzando (e non rinunciando) all'autonomia della riflessione deontologica e alle potenzialità che le sono proprie. Ciò che nell'ordinamento italiano ha progressivamente permesso alla deontologia di supplire o integrare con la necessaria flessibilità e coerenza le scelte e i silenzi del legislatore, è stata infatti l'autonoma spinta di adeguamento delle proprie norme alle nuove esigenze di tutela e ai principi bioetici elaborati a livello internazionale. In ambito biomedico, molti profili di intrinseca giuridicità della norma deontologica sono così strettamente legati all'evoluzione che ha profondamente caratterizzato il CDM italiano: la progressiva estensione dei suoi ambiti di intervento, attraverso la quale il codice si è fatto carico delle nuove esigenze di tutela della persona sollevate dal progresso tecnico-scientifico e dai mutamenti sociali, culturali e giuridici, ponendosi come uno strumento volto non solo alla protezione della categoria rappresentata, ma anche alla garanzia e alla promozione dei diritti delle persone destinatarie dell'attività professionale. La concreta portata, i contenuti effettivi, la coerenza e, in alcuni contesti, la stessa opportunità di una tale evoluzione sollevano numerosi dibattiti e posizioni contrastanti¹⁵. Ciò che tuttavia pare emergere con chiarezza in molti articoli del CDM è il citato sforzo di riflessione e di adeguamento delle proprie norme ai principi bioetici affermati anche a livello internazionale che la categoria medica ha dimostrato negli ultimi anni attraverso un costante

¹⁴ Il riferimento è nuovamente alla citata sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 2002.

¹⁵ Sono tutti aspetti che assumono interesse peculiare in occasione dei processi di riforma del codice deontologico. Sul punto si veda, ad esempio, il *Forum* sulla riforma del codice di deontologia medica pubblicato sul *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2015, 7-60, disponibile al seguente link <http://www.biodiritto.org/rivista>.

rinnovamento del codice deontologico¹⁶. In questa evoluzione, l'analisi delle norme del CDM mostra interessanti sintonie tra le posizioni più avanzate espresse dal diritto (costituzionale, europeo e internazionale) e le scelte dell'etica medica razionalizzate in regole deontologiche. Proprio queste assonanze e l'apertura della deontologia alla tutela dei diritti fondamentali della persona sono alla base dei richiamati ulteriori profili di rilevanza giuridica riconosciuti dalla giurisprudenza alla dimensione deontologica, soprattutto con riferimento ad alcune delle questioni più delicate dal punto di vista etico, anche in relazione alla valutazione della disciplina giuridica di riferimento.

Sul piano dei contenuti concreti alcune sintonie tra diritto costituzionale e deontologia emergono con particolare evidenza nelle norme del CDM dedicate al riconoscimento e alla promozione dei diritti fondamentali, del diritto alla salute, del cd. consenso informato e del diritto all'autodeterminazione, alla tutela dei soggetti più fragili, e alla disciplina dell'autonomia, dell'indipendenza e della responsabilità del professionista¹⁷. In questa prospettiva è, ad esempio, significativa l'evoluzione delle norme relative al consenso informato, che ha progressivamente rafforzato l'alleanza terapeutica come fulcro della relazione di cura, basata sul diritto della persona di partecipare (e non solo acconsentire) alle scelte decisionali e di ricevere un'informazione tale da metterla nelle condizioni di farlo in maniera consapevole. A tale impostazione si è aggiunto nella versione del 2014 del CDM il riconoscimento del tempo dedicato alla comunicazione come tempo di cura. Si pensi, inoltre, alla sostituzione, sempre più frequente nelle norme deontologiche, del termine "paziente" con il termine "persona".

Nel porsi come credibile normativa di riferimento, inoltre, la deontologia non solo non dovrebbe rinunciare a valorizzare l'autonomia della sua riflessione, ma non dovrebbe nemmeno esimersi dal confronto con istanze e osservazioni provenienti da esperti di altre discipline, né, soprattutto, dalla ricerca di un'ampia condivisione nel mondo medico e dall'adozione di norme in grado di garantire, in maniera ragionevolmente adeguata, sia il pluralismo valoriale interno alla categoria professionale sia quello emergente nella relazione di cura.

Tutti i fattori fin qui richiamati sono del resto essenziali anche per giungere a una più ampia e consapevole percezione del valore pratico del codice deontologico da parte degli stessi professionisti, che è requisito fondamentale per dare concretezza nell'agire medico quotidiano alla rilevanza riconosciuta alla deontologia sul piano giurisprudenziale, sia per quanto riguarda la responsabilità del medico sia nella valutazione degli spazi lasciati all'autonomia del sanitario.

Rispetto alle potenzialità della deontologia medica fin qui richiamate, proprio la recente riforma, pur contenendo novità positive, presenta invece profili problematici, incoerenze o quanto meno occasioni mancate¹⁸, a dimostrazione di come l'equilibrio tra i molti aspetti che caratterizzano e complicano il rapporto tra medicina, diritto e deontologia sia ancora difficile da raggiungere.

¹⁶ Sull'evoluzione del codice di deontologia medica si veda, ad esempio, P. BENCIOLINI, *La deontologia dai galatei ai codici deontologici*, in *La professione. Medicina scienza etica e società*, 2010, 261.

¹⁷ Sulle consonanze tra i principi elaborati a livello giurisprudenziali e le scelte dell'etica professionale razionalizzate in alcuni codici deontologici in ambito sanitario si veda C. CASONATO, E. PULICE, *Diritto e deontologia*, in M. FERRARI (a cura di), *Il codice deontologico dei fisioterapisti. La responsabilità professionale nella relazione di cura*, Verona, 2014, 77-110).

¹⁸ Per un approfondimento su questo aspetto si rimanda nuovamente al *Forum* sulla riforma del CDM pubblicato sul *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, in particolare all'intervista a Ivan Cavicchi.

4. Il possibile ruolo della deontologia medica nell'ordinamento giuridico. Brevi considerazioni sulle problematicità dell'esperienza italiana

Come già sottolineato, la concreta realizzazione del ruolo della deontologia, oltre a dipendere dalla sua capacità di garantire il pluralismo tanto nella riflessione interna alla categoria quanto nella relazione medico-paziente, varia in relazione alle modalità di ingresso della norma deontologica nell'ordinamento giuridico.

In riferimento a quest'ultimo profilo, è utile premettere alcune brevi considerazioni sulla complessità e problematicità del rapporto tra deontologia e diritto nell'ordinamento italiano, soprattutto alla luce dell'analisi comparata.

Nonostante l'esistenza di una pluralità di modelli dei rapporti tra diritto e deontologia e tra stato e professioni, un elemento che accomuna molti ordinamenti europei è la definizione, alcune volte anche a livello legislativo, del ruolo del codice di deontologia medica all'interno del sistema delle fonti del diritto.

L'esempio forse più evidente di integrazione della deontologia nell'ordinamento giuridico statale è la scelta adottata dal legislatore francese, il quale prevede espressamente la forma giuridica che il codice di deontologia medica deve assumere, collocandolo in maniera diretta tra le fonti del diritto, tanto da farlo rientrare nella categoria delle cd. deontologie "étatiques" (statali appunto)¹⁹. In particolare il CDM francese è adottato sotto forma di decreto *en Conseil d'Etat* ed è attualmente integrato nella parte regolamentare del *code de la santé publique (CSP)*²⁰. Per la sua adozione è inoltre obbligatorio il parere del Consiglio di Stato francese.

In Germania l'ordine professionale di ogni singolo *Land* (*Landesärztekammer*) adotta nell'ambito dell'autonomia a esso riconosciuta in quanto *Körperschaft des öffentlichen Rechts* un codice professionale medico (*ärztliche Berufsordnung*) sulla base della legge professionale del relativo *Land* (*Heilberufe-Kammergesetz*), che indica, tra l'altro, le tematiche di cui il codice può occuparsi. Il codice di deontologia medica assume quindi la forma della fonte del diritto (*Satzung*) tipica degli enti di diritto pubblico cui appartengono gli ordini professionali e si ispira, per quanto riguarda il contenuto, al modello di codice deontologico adottato a livello federale²¹.

In Spagna il codice di deontologia medica pur non avendo, almeno dal punto di vista strettamente formale, natura di fonte giuridica, è espressamente richiamato negli «*Estatutos generales del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos*» allegati a una fonte statale, il *real decreto*.

Su un piano diverso da quello del diritto pubblico si colloca il codice di deontologia medica adottato dalla *Fédération des médecins suisses (FMH)*, che pure svolge un ruolo importante come disciplina di

¹⁹ La distinzione tra deontologie *étatiques* ed *extra-étatiques* nell'ordinamento francese si deve a J. MORET-BAILLY, *Les déontologies*, PUAM, 2001.

²⁰ V. CABROL, *La codification de la déontologie médicale*, in *Revue générale de droit médical*, 2005, vol. 16, 103-123.

²¹ R. RATZEL, H.-D. LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, Fünfte Auflage, Berlin-Heidelberg, 2010. Per considerazioni più approfondite sul ruolo della deontologia in Germania, Francia, Italia e Svizzera si rimanda nuovamente a E. PULICE, *Il ruolo della deontologia medica nel sistema delle fonti del diritto: un'analisi comparata. Le rôle de la déontologie médicale dans les sources du droit: analyse comparée*, cit.

riferimento in ambito biomedico e al quale sono allegare le direttive della Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (ASSM). In Svizzera, infatti, la *FMH* è un'associazione di diritto privato e la valenza giuridica del relativo codice deontologico rimane quindi, almeno formalmente, confinata in questo ambito²².

La questione della natura giuridica della norma deontologica rimane invece più problematica e per alcuni aspetti ancora molto controversa nell'ordinamento italiano. Gli ordini professionali sono considerati enti pubblici non economici, ma dal punto di vista strettamente formale il CDM rimane uno strumento interno alla categoria professionale di riferimento. Non esistono infatti norme che espressamente indichino la forma giuridica che il codice deontologico deve assumere o che ne definiscano la posizione nella gerarchia delle fonti. Per quanto riguarda l'ambito medico, inoltre, nella legislazione professionale non compare nemmeno un espresso riferimento al compito degli ordini di elaborare ed emanare un codice deontologico, bensì solo un generico riferimento alla loro funzione di vigilare sul decoro e l'indipendenza della professione. Anche l'orientamento tradizionale della Corte di Cassazione ha sempre ritenuto, ad esempio con la sentenza n. 10842 del 2003, che «le disposizioni dei codici deontologici predisposti dagli ordini (o dai collegi) professionali, se non recepite direttamente dal legislatore, non hanno né la natura né le caratteristiche di norme di legge» (Cass. Sez. un. 10 luglio 2003, n. 10842); esse sarebbero infatti «precetti extragiuridici ovvero regole interne alle categorie e non già [...] atti normativi» (Cass. Sez. III civ. 10 febbraio 2003, n. 1951).

Ciò nonostante, come già sottolineato, è innegabile che anche in Italia, soprattutto negli anni più recenti, la rilevanza del CDM non si esaurisca all'interno della categoria professionale e che siano invece molti i contesti nei quali la norma deontologica – o la sua violazione – acquisiscono rilevanza sul piano dell'ordinamento giuridico.

Da questo punto di vista la prospettiva della pluralità di sedi decisionali che a vario titolo concorrono a definire il ruolo della componente deontologica permette di valorizzare tutti gli elementi che arricchiscono, attraverso la dimensione giurisdizionale, il quadro delle reciproche influenze tra diritto e deontologia.

Con riferimento alla natura delle norme deontologiche, va innanzitutto detto che nell'ordinamento italiano le uniche risposte provengono, seppur in modo ancora contraddittorio, dalla giurisprudenza e in particolare dall'evoluzione che ha caratterizzato le pronunce della Corte di Cassazione. Benché si tratti di decisioni riguardanti nello specifico la deontologia forense, le argomentazioni adottate, le analogie strutturali tra la dimensione deontologica della professione medica e quella espressa dal Consiglio Nazionale Forense permettono di ritenere estendibile anche al CDM le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza di legittimità²³. Nella sentenza n. 8225 del 6 giugno 2002, ad esempio, la Corte qualifica per la prima volta le norme del codice deontologico come «norme giuridiche vincolanti nell'ambito dell'ordinamento di categoria», precisando che esse costituiscono specificazione delle

²² Cfr. *Bases juridiques pour le quotidien du médecin*, 2° ed., 2013, edito a cura dell'*Académie Suisse des Sciences Médicales* e dalla *Fédération des médecins suisses*.

²³ È inoltre la stessa Corte di Cassazione a richiamare la sua giurisprudenza al fine di sostenere la natura giuridica delle norme deontologiche anche di altre professioni (ad esempio nella sentenza n. 16145 del 5 marzo 2008, in materia di codice deontologico dei giornalisti). Inoltre, proprio una delle sentenze alla base del mutamento giurisprudenziale, la n. 13078 del 2004, è stata pronunciata con riferimento alla professione di geometra (cfr. *infra*).

clausole generali contenute nella legge professionale, similmente a quanto sarà poi affermato in successive sentenze del 2004²⁴. Particolarmente rilevante è la sentenza del 2007 in cui le Sezioni Unite affermano il seguente significativo principio di diritto: «le norme del codice disciplinare forense costituiscono fonti normative integrative di precetto legislativo, che attribuisce al Consiglio nazionale forense il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello Stato, come tali interpretabili direttamente dalla corte di legittimità». In base a tale evoluzione giurisprudenziale, quindi, anche le norme del codice di deontologia medica possono essere collocate gerarchicamente tra le fonti integrative della legge, interpretabili dalla Corte di Cassazione. Nonostante tale evoluzione anche il carattere normativo del codice deontologico è stato recentemente negato dalle Sezioni unite della Cassazione, ad esempio, nella sentenza n. 15873 del luglio 2013²⁵, a dimostrazione di come in Italia la questione del ruolo della deontologia nel sistema delle fonti del diritto sia ancora lontana da una definizione precisa.

5. Deontologia medica e pluralità di sedi di giudizio

Nonostante non ci sia una risposta univoca sulla natura delle norme del CDM, le specificità dell'attività medica e i diritti sui quali incide la deontologia, quale fonte di disciplina dell'agire professionale, ne estendono la portata oltre i confini degli interessi interni alla categoria di riferimento, così ampliando le sedi di giudizio potenzialmente chiamate a pronunciarsi sulla violazione dei doveri deontologici o sulle decisioni delle istituzioni ordinistiche. Della sintonia tra norme deontologiche e principi elaborati dalle più alte magistrature italiane, così come delle pronunce della giurisprudenza di legittimità sulla natura delle norme deontologiche e sulla loro interpretazione, si è già detto. A ulteriore dimostrazione di come il CDM costituisca un corpus di norme che supera la dimensione meramente interna alla classe medica, va sottolineato come il contenuto delle norme deontologiche possa "entrare" nelle pronunce giurisprudenziali anche per la concretizzazione di clausole generali e come parametro di valutazione della colpa nei giudizi di responsabilità professionale, sia civile sia penale. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'individuazione giudiziale della condotta diligente e della correttezza professionale²⁶. In particolare, in relazione al secondo comma dell'art. 1176 c.c. (diligenza nell'adempimento) ai sensi del quale «nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di

²⁴ Nel 2004 le Sezioni Unite hanno infatti ribadito che «secondo un indirizzo che si va delineando nella giurisprudenza di questa Corte, nell'ambito della violazione di legge va compresa anche la violazione delle norme dei codici deontologici degli ordini professionali, trattandosi di norme giuridiche obbligatorie valesi per gli iscritti all'albo ma che integrano il diritto oggettivo ai fini della configurazione dell'illecito disciplinare» (Corte di Cassazione, Sez. un., sentenza 23 marzo 2004, n. 5776; cfr. inoltre Corte di Cassazione, Sez. un., sentenza 12 marzo 2004, n. 5164). Nella richiamata sentenza sulla deontologia dei geometri la Corte di Cassazione ha inoltre precisato che l'interpretazione della norma deontologica «costituisce una *quaestio iuris*» prospettabile dinanzi al giudice di legittimità come violazione di legge «e non una *quaestio facti*» (Cass., III sezione civile, la n.13078 del 14 luglio 2004).

²⁵ Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 25-06-2013, n. 15873.

²⁶ Cfr., fra gli altri, E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, cit., 933 e ss.; ID., *Codice di deontologia medica*, in G. ALPA e P. ZATTI (a cura di), *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, 2006, 74 e ss.; G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2, 2007, 551.

un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata», è stato sostenuto che tale principio debba essere applicato «alla luce delle norme che disciplinano in generale il rapporto [...], regole e consuetudini che si propongono nell'ambito di ogni categoria professionale (il cosiddetto Codice deontologico, nella professione medica e nella professione forense)»²⁷. Analoga può essere la considerazione giudiziaria della norma deontologica nella concretizzazione della clausola della correttezza professionale.

Per quanto riguarda i rapporti tra deontologia e fonti del diritto penale, significativa del ruolo del CDM al di fuori della categoria professionale è la possibilità, sostenuta da parte della dottrina, di classificare le regole deontologiche quali *discipline* la cui violazione ex art. 43 è fonte di colpa specifica. In questa prospettiva è stato ad esempio sottolineato, con riferimento a un'altra deontologia, quella dei magistrati, ma con considerazione di carattere generale, che «non sembra possibile escludere che norme come quelle comprese in un codice etico possano rientrare fra quelle la cui violazione può costituire (o concorrere a costituire) la colpa, ai sensi dell'art. 43, c.p., laddove esso parla di “inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”»²⁸. Tale possibilità, benché ancora controversa, sembra più facilmente sostenibile in relazione al CDM e in particolare alle norme di natura cautelare o precauzionale in esso contenute²⁹. In questa prospettiva va infatti precisata una peculiarità del CDM in riferimento tanto ad altre fonti di regolamentazione dell'attività medica quanto ad altre deontologie professionali. Per quanto riguarda il rapporto tra scienza medica e diritto, la possibilità che la violazione di regole provenienti da organismi tecnico-scientifici che codificano le acquisizioni scientifiche e sperimentali possa concretizzare un'ipotesi di colpa penale specifica solleva ancora molti dubbi e problemi interpretativi. Tuttavia tali dubbi hanno probabilmente «minori ragioni di essere nel caso della violazione delle regole deontologiche che abbiano anche funzione cautelare essendo caratterizzate, queste norme, da una vincolatività ben maggiore (sia per la provenienza sia perché dirette a fissare principi generali relativamente inderogabili) rispetto a quelle contenute nelle linee guida e nei protocolli»³⁰. Inoltre, benché in riferimento alle norme dei codici deontologici si ritenga generalmente che non sussista la natura cautelare, in relazione alla deontologia medica è stato invece sottolineato che «la specificità di questa professione, diretta alla salvaguardia della salute del paziente, ha portato a smentire la regola generale e, di fatto, i codici che disciplinano questo aspetto, sono ricchi di regole a natura cautelare che dunque non possono non avere rilevanza anche esterna»³¹. Si tratterebbe in particolare di quelle norme del CDM che il professionista è tenuto a rispettare per tutelare a pieno il bene della salute e della vita della persona a lui affidata e che quindi prescrivono o vietano quei comportamenti, astenendosi o realizzando i quali è prevedibile il verificarsi di un evento dannoso come conseguenza dell'azione od omissione. Si pensi, ad esempio, agli articoli relativi agli accertamenti diagnostici, ai trattamenti terapeutici, alla sicurezza del paziente, alla prevenzione del rischio clinico e al dovere di seguire le accreditate conoscenze scientifiche.

²⁷ C. MAIORCA, *Colpa civile (teoria generale)*, voce, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano, 536-613, 611.

²⁸ A. PIZZORUSSO, *Il “codice etico” dei magistrati italiani*, in L. ASCHETTINO, D. BIFULCO, H. EPINEUSE, R. SABATO (a cura di), *Deontologia giudiziaria, Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, Napoli, 2006, 62.

²⁹ Cfr. G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, cit., 555.

³⁰ C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, cit., 60.

³¹ *Ibidem*, 58.

Nei casi fin qui richiamati la riflessione deontologica razionalizzata nelle norme del CDM può quindi entrare nelle valutazioni del giudice, in sedi decisionali – civili e penali – che nell'accertamento del rispetto delle norme deontologiche (e nell'interpretazione della relativa portata) si sommano alle sedi professionali cui tale compito spetta in maniera diretta.

Queste ultime meritano infine alcune considerazioni specifiche. Il procedimento disciplinare rappresenta infatti la principale sede di giudizio in cui la norma deontologica viene interpretata, e così riempita di contenuti nella sua applicazione concreta, ma offre al tempo stesso un'interessante prospettiva di analisi della pluralità di istanze, norme ed attori che caratterizza il rapporto tra dimensione deontologica e dimensione giuridica. Lo strumento disciplinare e il ruolo dell'ordine professionale si pongono infatti nel punto di incontro tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali sui quali incide l'attività medica e la sfera di autonomia e indipendenza che l'ordinamento riconosce alla categoria professionale, definendone tanto le garanzie quanto i limiti.

Va innanzitutto ricordato che l'ordinamento statale attribuisce alla categoria medica la competenza disciplinare, ma la delimita attraverso la definizione legislativa delle sanzioni e la disciplina del procedimento disciplinare³².

La composizione delle commissioni disciplinari e la presenza nei collegi giudicanti di elementi esterni alla categoria professionale di riferimento è un'ulteriore espressione della pluralità di attori coinvolti nei rapporti tra dimensione deontologica e dimensione giuridica. In molti ordinamenti, infatti, i membri appartenenti alla categoria professionale sono affiancati da membri esterni, spesso da almeno un giurista o un magistrato. In Italia invece il primo grado del procedimento è affidato solo a componenti della categoria professionale di riferimento. La Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie (CCEPS) che, tra le varie competenze, decide in secondo grado sulle pronunce disciplinari degli ordini, presenta però alcuni elementi di originalità rispetto a quanto avviene in Italia per altre deontologie professionali. La CCEPS è infatti istituita presso il Ministero della salute e non è composta da solo medici, ma anche da un Consigliere di Stato, che la presiede, un membro nominato dal Consiglio Superiore di Sanità e un dirigente amministrativo del Ministero della Salute. Il rapporto tra commissioni disciplinari e giurisdizioni statali si manifesta infine non solo nella pluralità di sedi decisionali che possono pronunciarsi sulle norme deontologiche, ma anche all'interno dello stesso procedimento disciplinare il cui terzo grado di giudizio è generalmente rappresentato dal ricorso in Cassazione.

6. Deontologia medica e tutela del pluralismo. Alcuni spunti di riflessione

La crescente attenzione del diritto al ruolo della deontologia medica, così come l'evoluzione dei contenuti dei CDM verso una maggiore apertura alla tutela dei diritti della persona assistita accomunano molti ordinamenti europei. Ciò nonostante, come si è visto, la concreta portata pratica della deontologia, il suo ruolo tra le altre fonti di disciplina dell'attività medica e la stessa evoluzione delle sue norme dipendono da alcuni specifici fattori, la cui combinazione può variare da ordinamento ad ordinamento e che possono essere così sintetizzati: le caratteristiche, e quindi le complessità, dell'oggetto da disciplinare; le scelte d'intervento dell'ordinamento giuridico nell'ambito del biodiritto

³² Cfr., ad esempio, d.lgs. c.p.s n. 233 del 1946 e d.p.r. del 5 aprile 1950, n. 221.

to; il modello dei rapporti tra diritto e deontologia medica; la concreta capacità della categoria professionale di farsi carico delle nuove esigenze di tutela dei diritti fondamentali³³.

Alla luce di questi fattori e delle forme di rilevanza della dimensione deontologica fin qui richiamate, pare utile riflettere brevemente su alcuni profili dell'attuale modello italiano di deontologia medica che meritano di essere tenuti in considerazione anche in prospettiva di un'eventuale (ma per molti versi auspicabile) riforma, sul piano tanto giuridico quanto deontologico.

Le assonanze tra le posizioni più avanzate espresse dalle principali componenti del diritto e le norme del codice di deontologia medica, così come emergono dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, confermano come la saldatura tra diritti del paziente e scopi deontologici sia fondamento e condizione dei ruoli più significativi che il diritto può riconoscere alla deontologia. Ne discende, sul piano dei contenuti, la necessità di un'elaborazione delle norme deontologiche che oltre a tenere costantemente conto delle evoluzioni in ambito tecnico-scientifico e culturale, mantenga una crescente apertura al riconoscimento, alla tutela e alla promozione dei diritti della persona, come mostrato nelle versioni più recenti del codice.

In questa prospettiva, nonostante una generale evoluzione che a partire dagli anni '90 ha permesso al CDM di raffinare il suo ruolo a tutela del pluralismo insito tanto nella normativa quanto nelle scelte valoriali in ambito medico, la riforma del 2014 presenta, come detto, profili di criticità, soprattutto in riferimento alle menzionate caratteristiche che invece dovrebbero costantemente accompagnare l'aggiornamento dei contenuti delle regole deontologiche.

Le nuove esigenze di tutela, la necessità di bilanciare la flessibilità con le esigenze di certezza, la difficoltà di giungere, anche a livello deontologico, a un consenso su questioni eticamente e professionalmente complesse e le incoerenze della normativa italiana in molti ambiti dell'attività medica rendono certamente difficoltosi i processi di riforma del CDM. Ciò nonostante, dall'analisi della recente riforma non si può non rilevare come il nuovo codice sembri fare, in alcune norme, un passo indietro rispetto alla piena valorizzazione delle sue potenzialità, tra le quali, l'autonomia della riflessione deontologica che, nel rispetto dell'ordinamento, può arricchire il dialogo con il diritto, e la maggiore flessibilità e attenzione alle specificità del caso concreto nella promozione del pluralismo e dei diritti fondamentali coinvolti.

Sul piano del rispetto dei doveri professionali, la legittimazione e il ruolo della deontologia e dei poteri di vigilanza della categoria professionale dipendono inoltre dalla loro credibilità nel momento di una violazione della regola deontologica.

Da questo punto di vista, la poca trasparenza che spesso caratterizza i procedimenti disciplinari in Italia, le difficoltà di ricostruirne, dall'esterno, la giurisprudenza e i principali settori di intervento dello strumento disciplinare (che rimane, almeno per quanto riguarda il primo livello di giudizio, completamente interno alla struttura ordinistica) rappresentano ancora elementi di criticità e incoerenza rispetto al ruolo della dimensione deontologica che pare emergere dalla giurisprudenza, soprattutto

³³ Per la definizione di questi fattori, delle loro possibili combinazioni in diversi ordinamenti giuridici, della loro concreta portata e delle influenze sul ruolo della deontologia e dei suoi rapporti con il (bio)diritto si permetta nuovamente il riferimento a E. PULICE, *Il ruolo della deontologia medica nel sistema delle fonti del diritto: un'analisi comparata. Le rôle de la déontologie médicale dans les sources du droit: analyse comparée*, op. cit., Parte III, 177 e ss.

costituzionale. Così come incoerente, o quanto meno inadeguata, sembra essere una normativa del procedimento disciplinare ancora ferma – nelle sue linee essenziali – agli anni '50 pur a fronte della significativa evoluzione che sul piano dei contenuti ha invece caratterizzato le varie riforme dei codici deontologici.

Anche in questo caso, l'analisi comparata mostra come altri ordinamenti abbiano progressivamente adeguato alcuni profili dei procedimenti disciplinari in ambito sanitario ai principi del giusto processo elaborati a livello europeo, tra i quali, in particolare, la pubblicità delle udienze. Nell'ordinamento francese è stata inoltre introdotta, in alcune ipotesi, la possibilità di un contraddittorio tra medico e paziente. Tutti questi elementi, così come la composizione di commissioni disciplinari non interamente interna alla categoria professionale fin dal primo grado o l'apertura all'apporto tecnico che potrebbe essere offerto da un giurista, sono invece ancora completamente assenti nel procedimento disciplinare italiano.

Alla luce dei profili di rilevanza della dimensione deontologica e delle reciproche influenze con quella giuridica evidenziati dalla prospettiva giurisdizionale, l'attuale modello di deontologia italiana sembra quindi ancora disattendere molte delle sue potenzialità.

Pare pertanto difficilmente rimandabile una riflessione sulla definizione anche a livello legislativo dei rapporti tra CDM e sistema delle fonti del diritto, così come avviene in altri ordinamenti europei. La gestione coerente e flessibile del pluralismo tanto normativo quanto valoriale e della pluralità di sedi di giudizio che interessano l'ambito medico richiede infatti di superare la contraddizione che caratterizza il modello italiano, nel quale la componente deontologica rimane spesso esterna alla dimensione più strettamente giuridica in fase di elaborazione normativa, sia perché il legislatore è poco attento al suo possibile apporto sia perché non ne definisce la posizione tra le fonti del diritto, ma poi vi rientra attraverso la giurisprudenza, soprattutto di legittimità e costituzionale. A tale riflessione sul piano legislativo deve però accompagnarsi, sul piano deontologico, una maggiore assunzione di responsabilità da parte della categoria professionale con riferimento sia ai contenuti del codice deontologico sia all'effettività e alla trasparenza del procedimento disciplinare.

Si tratta di profili essenziali per valorizzare la dialettica tra dimensione giuridica e dimensione deontologica e rendere il CDM, nel concreto, un intermediario tra la professione medica e il diritto, quindi tra cultura scientifica e cultura giuridica, in un contesto normativo e giurisdizionale in grado di garantire, tra i vari pluralismi in gioco, il punto di incontro e, possibilmente, di proficuo equilibrio tra le rispettive esigenze che diritto, scienza medica e deontologia esprimono.

Focus on: JMs

Tra deontologie e obiezioni di coscienza: Il sempre attuale problema del limite

Paolo Veronesi*

BETWEEN CODES OF ETHICAL PRACTICE AND CONSCIENTIOUS OBJECTION: THE TIMELESS PROBLEM OF LIMITS.

ABSTRACT: The essay offers some reflections upon the article by Elisabetta Pulice on the evolution of medial professional ethics and upon the one by Cinzia Piciocchi on the definition and the limits of the right to conscientious objection. It aims at pointing out the connections between these two topics in the area of biolaw.

KEYWORDS: Medical professional ethics; Conscientious objection; Personalism; Pluralism; Limits.

SOMMARIO: 1. Tra la deontologia e la coscienza, nella cornice del pluralismo. – 2. La deontologia come fonte, tra diritti degli operatori e delle persone assistite. – 3. La deontologia e il personalismo pluralista: un arduo bilanciamento. – 4. Le deontologie tra similitudini e differenze. – 5. L'obiezione di coscienza medica "in divenire": il preliminare problema di stabilire cosa "non è". – 6. Per una mappatura dell'obiezione. – 7. Casi sensibili (l'obiezione alle vaccinazioni e le obiezioni "selettive"). – 8. Una chiosa sulla (pretesa) obiezione dei farmacisti.

1. Tra la deontologia e la coscienza, nella cornice del pluralismo

I contributi di Elisabetta Pulice e Cinzia Piciocchi presentano – al di là dei loro oggetti solo apparentemente lontani – notevoli punti di contatto.

Questi si rinvergono – in primo luogo – nella sempre più pressante necessità di consentire all'ordinamento – in tutte le sue declinazioni – di adattarsi alle nuove scommesse suggerite da un pluralismo via via più "spinto". Nel momento in cui le autrici s'interrogano su tale (inevitabile) approccio esse evidenziano altresì come quest'apertura non debba tuttavia mai giungere alla negazione delle sue premesse (perché questo è l'incubo da evitare): l'eccesso di pluralismo può infatti condurre a uccidere il pluralismo. Lo sosteneva anche Norberto Bobbio con riguardo alla stessa democrazia: il troppo talvolta stroppia. Tale rischio è dunque sempre all'erta e va scrupolosamente evitato.

In altri termini, occorre insomma che l'ordinamento e le sue fonti – oltre che i soggetti o gli organi chiamati ad applicarle – pongano sempre, in un giusto equilibrio, diritti e doveri, spazi d'azione rimessi ai singoli e concreta possibilità di ciascuno di perseguire i propri obiettivi e le proprie opzioni di coscienza (pazienti e professionisti *in primis*). A questo devono mirare – ovviamente – i limiti predisposti dall'ordinamento proprio per garantire (fino in fondo) tale (reciproca) possibilità. Risolvendo – altresì – tutte le ipotesi di eventuale conflitto tra diritti che vengano a contrapporsi nelle singole fattispecie.

* Professore Associato di diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Ferrara.

Focus on: *Spa*

La disciplina dell'obiezione di coscienza e l'intera dimensione deontologica puntano (o dovrebbero puntare) proprio a questi scopi: tutelare (e gestire) il pluralismo assiologico presente nell'ordinamento considerato, individuandone il corretto punto d'equilibrio. E stabilendo – a tale fine – anche una serie di limiti all'esercizio dei diritti dei singoli (professionisti compresi). Come sostiene più precisamente Pulice – ma il discorso, *mutatis mutandis*, vale anche per la riflessione di Piciocchi – la deontologia si configura (inevitabilmente) come uno strumento per gestire il pluralismo (tutelandolo ma anche, potenzialmente, limitandolo). È sempre una questione di misura: fin quando i limiti sono funzionali alla tutela dei diritti di tutti e quando, invece, essi privilegiano in realtà solo alcuni?

2. La deontologia come fonte, tra diritti degli operatori e delle persone assistite.

In tale chiave è quindi assai interessante – seguendo le orme di Elisabetta Pulice – riscontrare come la dimensione deontologica abbia assunto sempre più importanza anche all'esterno della professione medica e sul generale piano dei rapporti tra utenti e operatori sanitari. Ciò anche e proprio per garantire quell'effettivo “pluralismo reciproco” cui si accennava in apertura, oltre che per superare i canoni autoritari e “unidirezionali” del paternalismo medico ereditato dal passato. Non è perciò un caso – come rileva Piciocchi – che l'azione del medico, in base alla deontologia professionale, debba essere improntata a “scienza e coscienza”, ove con quest'ultimo termine si allude alla “coscienza professionale” e non già a quella “meramente individuale”: la prima reca infatti in sé «una portata assiologica identitaria che non è puramente personale», facendosi invece interprete di valori in gran parte condivisi. Una tale “approssimazione” già fa intuire il necessario (e costante) operare di limiti alle imposizioni anarchiche del professionista, che pure non sono affatto scomparse nella pratica quotidiana (specie in particolari vicende: si pensi all'aborto). E comunque certo – come sottolinea Pulice – che maggiore è l'apertura della disciplina deontologica alla tutela della persona assistita (e non già del solo professionista) tanto più ampio è il suo rilievo sul piano dell'ordinamento generale e più numerose sono le sedi di giudizio in cui la norma deontologica o la sua violazione possono assumere rilevanza. Sempre più decisivo pare dunque interrogarsi sul modo in cui le discipline deontologiche concretamente si collochino nel sistema delle fonti dei singoli ordinamenti, valutando poi (ovviamente) quali specifici contenuti esse abbiano in concreto: dal primo profilo discende infatti la “forza” (e la “persuasività”) della norma deontologica; dal secondo deriva invece la sua obbiettiva “qualità democratica”. Ciascun Paese risponde così in modo diverso a queste (sempre più) fondamentali questioni giuridiche: Pulice lo mette giustamente in luce.

Si pensi – in tal senso – alle esperienze francese e tedesca, le quali evidenziano la centralità di un tipico problema giuridico: le modalità d'ingresso della norma deontologica entro le pareti dell'ordinamento – come già accennato – influiscono infatti sulla sua concreta capacità di tutelare e gestire il pluralismo. *Mutatis mutandis*, ciò vale anche per la giurisprudenza italiana, la quale ha via via reso meglio comprensibili il ruolo e la “forza” del Codice deontologico nostrano: un atto sempre più rilevante nella vita d'ogni giorno e che tuttavia non ha ancora – da noi – una precisa collocazione sul piano delle fonti. Si tratta del resto di un problema condiviso da molta parte delle fonti ricadenti nel c.d. *soft law*.

Risolvere questi preliminari dilemmi “giuridico-sistematici” è essenziale per l’operatore che si trovi ad affrontare contesti sociologici complessi e caratterizzati da un sempre più intenso pluralismo etico-culturale. Un pluralismo che ormai si è irradiato anche all’interno della medesima comunità statale, la cui “omogeneità morale”, un tempo, sarebbe apparsa scontata: si pensi all’ormai abituale divaricazione tra integralisti religiosi (di varia matrice) e sostenitori di un approccio sempre più laico ai vari problemi sul tappeto. Un dato di fatto che è messo altresì a continua (e dura prova) dagli inarrestabili progressi tecnologici della scienza medica: quanto infatti amplia – sui diversi versanti – la spazio rimesso alle scelte dei soggetti coinvolti (medici, operatori sanitari, malati, loro parenti ecc.), attizza – al contempo – le chiusure mentali, i dubbi e le reazioni negative. E la ragione non sta sempre da una sola parte.

È da questo *humus* che trae alimento (anche) la progressiva valorizzazione delle opzioni di coscienza dei singoli operatori – è il tema affrontato da Piciocchi – la definizione della cui cornice giuridica costituisce (non a caso) lo scopo e il filo rosso che lega tra loro molte delle previsioni deontologiche analizzate da Pulice. Non va peraltro mai dimenticato che premere l’acceleratore su questo corno della questione lascia del tutto sguarnito l’altro estremo del problema: il pluralismo dei valori viene infatti negato anche quando non si consente ai pazienti (e non solo ai medici) di seguire e dare corpo alle loro “ragioni”. È (del resto) proprio in questa prospettiva che la deontologia “fora la calotta” della professione cui si riferisce rivolgendosi anche a chi non ne fa parte, benché a esponenti della stessa sia inevitabilmente costretto a rivolgersi. Essa diviene in tal modo un ingrediente essenziale per tutelare la dimensione valoriale individuale tanto del professionista quanto dell’assistito, rivelando tutto il suo spessore di rilievo (anche) costituzionale.

È perciò un “fatto” che proprio la deontologia medica – come evidenzia Pulice – abbia ormai progressivamente superato la sua mera dimensione autoreferenziale, paternalistica e corporativa, aprendosi invece alla contemporanea presa in carico dei diritti inviolabili del paziente-persona, al suo consenso informato, alle sue scelte inevitabilmente (e spesso tragicamente) flessibili di fronte alle peculiarità dei singoli casi concreti (e delle personalità dei loro protagonisti). In tale percorso “minato” essa è stata quindi via via costretta ad affrontare temi nuovi e complessi, man mano che questi affioravano con la fisionomia di fattispecie da risolvere. E ciò è avvenuto spesso anche molto prima dell’intervento legislativo: in numerose circostanze l’inerzia parlamentare ha così lasciato (e continua a lasciare) gli operatori sanitari, i giudici e i pazienti assolutamente soli di fronte alla necessità di trovare le norme con cui affrontare la complessità di vicende personali talvolta impensabili anche solo pochi anni fa (dovendole distillare spesso da un coacervo di disposizioni di rango costituzionale, legislativo o deontologico): si pensi alle variegate problematiche del fine vita e dell’interruzione dei trattamenti terapeutici essenziali, alla procreazione assistita, allo sciopero della fame a oltranza, all’anoressia ecc.

Questa trasformazione è andata del resto di pari passo con il progressivo mutare della *mission* medica: un’attività non più rivolta alla sola cura delle malattie “tradizionalmente intese” e degli scompensi biologici del soggetto, bensì al ben più ampio (e problematico) benessere psico-fisico del paziente. Un “cambio di passo” che la Corte costituzionale ha spesso sottolineato nella sua giurisprudenza, con riferimento a contesti anche molto “sensibili” (si vedano, ad esempio, le sentenze nn. 161/1985, 162/2014, 96/2015; 221/2015).

3. La deontologia e il personalismo pluralista: un arduo bilanciamento

Se questo è il terreno su cui le “placche” della deontologia e dei diritti dei malati si trovano ad agire e a scivolare l’una sull’altra, non sorprende riscontrare una progressiva evoluzione delle relative discipline allo scopo di tutelare, con sempre maggiore intensità, le istanze del personalismo. Non è dunque un caso – sottolinea Pulice – che nei codici italiano e francese si noti un uso sempre più frequente del termine “persona” piuttosto che quello di “paziente”; anche in Germania compaiono del resto numerosi riferimenti alla dignità, all’uguaglianza, alla salute intesa in senso ampio. Al “malato”, posto in una posizione di naturale inferiorità rispetto al medico, si sostituisce così la “persona”, titolare di diritti e convinzioni, nonché spesso intenzionata a decidere da sé sul proprio destino.

Non sorprende quindi la contemporanea sottolineatura dei molteplici richiami a istanze pluralistiche, sottesi, ad esempio, a una piena valorizzazione del consenso informato e dell’autodeterminazione del paziente (esplicitamente riconosciuta, ad esempio, nel codice tedesco). E ciò avviene sia in rapporto alle esigenze dei pazienti, sia con riguardo a quelle dei professionisti chiamati a interagire con essi. Normative che mirano ad ampliare progressivamente le tutele convintamente pluralistiche, ovvero che, in altri casi, fungono da freno a spinte ritenute eccessive.

Il contenuto dei codici deontologici è divenuto così un indice assai significativo del grado di pluralismo tollerato presso una determinata realtà sociale e professionale, oltre che uno strumento sempre più utile proprio per gestire il pluralismo (e il personalismo) nell’ambito della medicina. Tanto più laddove l’inerzia del legislatore raggiunge livelli patologici. Anche questo terreno evidenzia del resto una chiara sintonia con il fenomeno dell’obiezione di coscienza e con i problemi che questo solleva.

Al contempo, la disciplina deontologica ha sempre più calcato la mano sull’autodeterminazione della persona sottoposta a un percorso di cura, oltre che sulla necessità d’instaurare una vera “alleanza terapeutica” tra medico e paziente; profili che devono quindi mettere in conto anche il diritto del professionista a non essere obbligato a svolgere un’attività contraria alla propria coscienza e al proprio convincimento clinico (così nelle “clausole di coscienza” contenute nei codici, da non confondere con l’obiezione di coscienza vera e propria), senza che però ciò conduca all’azzeramento delle opzioni (anche morali) rimesse al diretto interessato (ovvero al paziente). Un bilanciamento non sempre agevole – e talvolta anche molto arduo – la cui soluzione è però essenziale per definire la qualità democratica del biodiritto vigente nel Paese di volta in volta in considerazione.

4. Le deontologie tra similitudini e differenze

La tipologia (sostanzialmente identica) delle “pressioni” e delle “passioni” rivolte alla dimensione deontologica dei Paesi occidentali, ha inevitabilmente condotto a un progressivo avvicinamento (anche se non già a una vera e propria sovrapposizione) delle discipline in vigore nei vari sistemi. È un effetto che emerge in modo limpido dalla trattazione di Pulice.

Questa peculiare dinamicità deontologica operante nei Paesi occidentali può essere letto e interpretato alla luce di quattro grandi fattori isolati dall’autrice, e così riassumibili:

- 1) Le caratteristiche dell’oggetto da disciplinare (ad esempio: fine vita, sperimentazione, procreazione assistita ecc.);
- 2) Le scelte d’intervento dell’ordinamento giuridico nell’ambito del biodiritto;

- 3) Il modello dei rapporti tra diritto e deontologia medica;
- 4) La capacità della categoria professionale di farsi carico delle nuove esigenze di tutela dei diritti fondamentali in un quadro sempre rinnovato di richieste e di opzioni possibili.

Di contro, Pulice è implacabile nell'evidenziare, per esempio, le difficoltà con cui la giurisprudenza disciplinare italiana cerca di emanciparsi dagli interessi della categoria professionale di riferimento. Ciò rende il modello italiano poco coerente con l'evoluzione che la medesima deontologia ha saputo gestire sul piano dei suoi contenuti, fornendo l'ennesima testimonianza della logica corporativa che permea la società italiana. Anche la specificità del rapporto tra dimensione statale e professionale del procedimento di disciplina incide infatti sulla gestione del pluralismo (e del personalismo).

5. L'obiezione di coscienza medica "in divenire": il preliminare problema di stabilire cosa "non è"

Su questo fronte appare perciò evidente come l'obiezione di coscienza degli operatori sanitari – lo sottolinea Piciocchi – costituisca un problema che è diventato via via più sentito man mano che (1) la scienza e la tecnica hanno imposto alla legge di disciplinare materie sempre più controverse (dall'inizio al fine vita, passando per numerose altre stazioni intermedie dell'esperienza individuale), e (2) via via che si sono intensificati i tratti multiculturali delle società statuali. Sono gli stessi problemi che – affrontati anche da Elisabetta Pulice – finiscono per plasmare la realtà dei Codici deontologici, del contenuto delle fonti statali sul biodiritto, dei rapporti tra i professionisti e le persone sottoposte alle loro attenzioni.

Qual è infatti, in definitiva, il problema sotteso all'obiezione di coscienza? Tutelare la libertà di coscienza (espressamente riconosciuta anche dalla Corte costituzionale ex artt. 2, 3, 19 e 21 Cost.) di chi è chiamato ad applicare la legge nelle situazioni moralmente più delicate, ma evitare che, al contempo, l'obiezione stessa finisca per annichilire le discipline di legge (e la dimensione assiologica del paziente), trasformandosi cioè in uno strumento di lotta politica, d'imposizione morale, di boicottaggio e di disobbedienza civile, legittimando i timori di chi ritiene che essa – in un'eterogeneità dei fini – possa trasformarsi in uno strumento antidemocratico. Non rispettare una legge perché non la si condivide e se ne dissente non può insomma essere spacciato *sic et simpliciter* per un'opzione di coscienza. Da qui il preliminare problema – ben sottolineato da Piciocchi – d'identificare ciò che *non* costituisce obiezione di coscienza, pur se presentato come tale (allo scopo, latamente politico, d'instaurare una sorta di "dittatura della coscienza" di taluno su altri). Appare dunque fondamentale la riconoscibilità di confini e motivazioni dell'obiezione di coscienza, a pena della sua "insostenibilità" per l'ordinamento.

La definizione più condivisa dell'obiezione di coscienza procede dunque verso altri "lidi", raggruppando cioè le ipotesi in cui, per rispetto alle proprie (profonde) convinzioni di coscienza (e non per altri motivi), un singolo soggetto (e non già un'organizzazione) disubbidisce all'obbligo giuridico di tenere un comportamento attivo attraverso un'astensione. Non è invece considerata obiezione di coscienza la disubbidienza a un divieto attraverso un comportamento commissivo, così come l'inosservanza di una norma perché non la si gradisce (si pensi all'obiezione fiscale) o se ne dissente dal punto di vista scientifico (così nel rifiuto delle vaccinazioni). In genere – come evidenzia Piciocchi

– gli ordinamenti contemplan invece ipotesi di astensione dal rispetto di norme giuridiche ove appaia chiara la dimensione culturale o religiosa del rifiuto.

L'opinione prevalente – accolta da numerose norme di legge (che, non a caso, coinvolgono precise professioni) – legittima poi anche l'obiezione a meri oneri, che si potrebbero invece e comunque evitare mediante la rinuncia all'impiego o alla controprestazione: così nelle vicende dell'obiezione alla sperimentazione animale, alla procreazione assistita, all'aborto. Sempre che – si aggiunge – le azioni cui si obietta non siano da ritenersi preponderanti nella professione in discorso: un limite logico che appare difficilmente contestabile.

Al fine di evitare la dittatura delle coscienze, è peraltro chiaro che non si può disubbidire a una norma giuridica solo invocando (sempre e comunque) la propria coscienza, pena l'impossibile sopravvivenza dell'ordinamento nel suo complesso (ovvero, l'insostenibilità della professione di coscienza). Quindi – per salvaguardare l'ordinamento, e tutelare altresì (al contempo) la coscienza di chi è chiamato ad applicare la legge – vanno utilizzati taluni strumenti e poste in essere altrettante cautele.

Ad esempio, è indispensabile l'interposizione legislativa: solo la legge – come si ricava dalla giurisprudenza costituzionale, dallo stesso art. 10 della Carta di Nizza e dalla giurisprudenza Cedu – può individuare il punto d'equilibrio tra la giusta tutela della libertà di coscienza di ciascuno e gli inderogabili doveri di solidarietà che la Costituzione impone «affinché l'ordinato vivere comune sia salvaguardato» (sent. n. 43/1997) o al fine di «non arrecare pregiudizio al buon andamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale» (sent. n. 149/1995).

Una legalizzazione indiscriminata dell'obiezione di coscienza in nome del personalismo e del pluralismo può infatti tramutarsi – in uno di quegli evidenti paradossi cui ci si riferiva in apertura – nel ripudio (all'atto pratico) dello stesso personalismo e del pluralismo in capo alle vittime dell'obiezione (che pur avrebbero la legge dalla loro).

Si tratta insomma – anche qui – dell'eterno problema di un corretto bilanciamento tra i diritti in conflitto nei singoli casi (come ha più volte confermato la stessa Corte costituzionale).

6. Per una “mappatura” dell'obiezione

In mancanza di una legge che la preveda, la disubbidienza giustificata da ragioni di coscienza deve insomma essere sanzionata in quanto tipica violazione della legge. Essa non costituisce infatti l'esercizio di un diritto, in quanto tale scriminato dall'art. 51 c.p.: questo ragionamento può applicarsi solo quando sia già accertato e disciplinato il diritto di colui che lo rivendica, mentre l'obietto *contra legem* agisce proprio per ribaltare un giudizio legislativo che avversa.

Tuttavia, anche nel caso in cui la legge consenta e disciplini l'obiezione di coscienza, la legge medesima deve *privilegiare* l'adempimento degli obblighi previsti dalla legge e disattesi dall'obietto. Ed è proprio garantendo (sempre e comunque) la più piena applicazione della legge che il legislatore può assicurarsi che l'appello alla coscienza non serva in realtà a legittimare l'affossamento di una legge con mezzi impropri (se ne accennava poco fa). Se ciò non fosse possibile, la stessa libertà di coscienza dovrebbe quindi essere disattesa, perché parrebbe chiara l'impossibilità di rispettare il ragionevole punto d'equilibrio di cui sopra. E questa valutazione può essere non solo prognostica e preventiva, ma successiva alla stessa applicazione della legge che consente l'obiezione (ossia, correggibile nel

corso del tempo). Dal che si evince la costante necessità di mettere in cantiere periodiche messe a punto della disciplina in vigore.

L'obiezione deve così poter intervenire solo quando il conflitto tra legge e coscienza raggiunga livelli talmente elevati da compromettere l'identità e la dignità del soggetto. Non sono insomma sufficienti – già lo si ricordava – le valutazioni soggettive di quest'ultimo. Quando ciò non si riscontri, il soggetto non può rivendicare la libertà di coscienza per celare la sua semplice contrarietà a una determinata scelta legislativa.

Un grande tema è quello della possibilità (se non dell'indispensabilità) di prevedere un carico sostitutivo di lavoro per chi obietta; questo al fine di accertare la sincerità dei motivi di coscienza adottati. Da qui le costanti (e motivate) critiche alle discipline sull'obiezione di coscienza contenute nelle leggi sulla procreazione assistita, sull'interruzione di gravidanza, sulla sperimentazione animale ecc., che non prevedono nulla di tutto ciò, avvantaggiando (indebitamente) gli obiettanti.

Né l'obiezione di tanti deve poi incidere sulle legittime aspettative professionali di coloro che non obiettano (il caso dei ginecologi è, a questo proposito, lampante).

I soggetti devono poi essere i diretti esecutori dell'atto verso cui obiettano. L'atto deve insomma essere «specificamente» e «necessariamente» diretto a porre in essere il comportamento avversato (come sta opportunamente scritto nella legge n. 194/1978): nel caso dell'aborto ciò significa negare, ad esempio, l'obiezione dei portantini, del cardiologo, di chi è chiamato a compiere esami clinici o dei medici tenuti a certificare l'esigenza abortiva (anche se la loro coscienza potrebbe risentirne, ma non in un "grado" sufficiente).

Un approccio «a cerchi concentrici» – chiosa Piciocchi – con il quale si individua una tutela più intensa dell'obiettore quanto più il comportamento richiestogli implichi azioni evidentemente in conflitto con la sua coscienza; divenendo invece sempre più debole man mano che ci si allontani da tale "nucleo duro". Anche se non va nascosta l'esistenza di una giurisprudenza contrastante, generata anche da una certa ambiguità della legge, oltre che dalla scarsa propensione a ragionare dei confini dell'obiezione (e non solo della sua opportunità), facilitando operazioni di vero e proprio boicottaggio. Da qui il fioccare di soluzioni normative, poste in essere da varie Regioni (*in primis*, Lazio e Puglia), tendenti ad affrontare l'abuso dell'obiezione ai fini dell'affossamento della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, benché spesso cassate dai giudici (Piciocchi lo rileva).

Non possono pertanto obiettare – come ha più volte sottolineato la Corte costituzionale – i giudici tutelari (che verificano soltanto, dall' "esterno", la capacità di decidere della gestante minorenni).

E vi dev'essere altresì una precisa identità tra l'azione richiesta dalla legge e quella impedita dalla coscienza (anche per questo non ha alcun senso l'indistinta obiezione fiscale).

È tuttavia (sempre) vero che la tutela della libertà di coscienza s'impone come un diritto fondamentale, ma anche i diritti fondamentali devono essere bilanciati quando entrano in conflitto tra loro. Così, la garanzia della prestazione nel caso dell'aborto è specificamente prescritta dalla legge. Gli sforzi di "fantasia" per raggiungere tale scopo (dovuto *ex lege*) non vanno dunque cassati, bensì agevolati.

7. Casi sensibili (l'obiezione alle vaccinazioni e le obiezioni "selettive")

In base a tali premesse vanno inquadrati (e risolti) i casi che Piciocchi illustra e affronta.

Si pensi alla sentenza costituzionale n. 142/1983 (una pronuncia di restituzione degli atti e di inammissibilità) in materia di obiezione di coscienza con riguardo alle vaccinazioni obbligatorie. Ora però molte Regioni – con forme giuridiche anche discusse (leggi regionali o provvedimenti amministrativi), e con discipline spesso diverse nei contenuti (che in taluni casi prevedono sanzioni e in altri no) – hanno reso facoltative molte vaccinazioni. In tale quadro, il problema di coscienza non sussiste più.

Laddove invece l'obbligo continui a sussistere non è comunque sufficiente contestare l'utilità o la base scientifica di una vaccinazione. Ciò rappresenta solo un dissenso politico (o scientifico) nei confronti della disciplina e non già un problema di coscienza. Occorre insomma dimostrare l'esistenza di un profondo convincimento interiore contrario alla vaccinazione obbligatoria e non un semplice dissenso. Non sembrano infatti esistere confessioni religiose contrarie *tout court* alle vaccinazioni; al limite, talune religioni rinviano alle valutazioni personali dei singoli (Testimoni di Geova). Né devono sussistere comprovate esigenze di tutela della salute pubblica che legittimino il diniego di obiezione (e qui entrano in gioco anche valutazioni di carattere scientifico): un problema che peraltro sta diventando sempre più evidente man mano che si diffondono le prese di posizione anti-vaccinazioni (e che, prima o poi, dovrà indurre a un ampio ripensamento sui margini di libertà ora concessi).

Altro caso assai delicato – affrontato da Piciocchi – è quello della biologa che obietti alla sola fecondazione eterologa ma non già alla procreazione assistita *tout court* (in quanto omologa). Si tratta, in tal caso, di un onere disatteso (che può legittimare l'obiezione, come già detto). Uno scrupolo peraltro non ammesso allorché si è disciplinata l'obiezione di coscienza al servizio militare (che poneva il soggetto di fronte all'esigenza di rispettare "tutto o niente"). Nella fattispecie non sembra tuttavia sufficientemente fondata la pretesa di obiettare: quella della biologa è infatti – a ben vedere – una semplice presa di posizione morale, neppure giustificata dall'esigenza di tutelare la vita degli embrioni, che potrebbero comunque andare distrutti anche nelle selezionate operazioni cui si presta. Del resto, dopo la sent. n. 151/2009, ciò può avvenire anche nella fecondazione assistita omologa (o con gameti della coppia), senza che però questo sembri disturbare più di tanto chi si oppone alla sola fecondazione eterologa.

Tuttavia, è vero che la legge n. 40 pareva legittimare anche simili forme di obiezione: la possibile legittimità di una simile obiezione "parziale" e "selettiva" sarebbe insomma un residuo di quel vizio originario della legge (quel che è stato definito un "eccessivo scrupolo per la coscienza di taluni medici": così Davide Paris), e che quindi, molto probabilmente, la rende (ormai) illegittima anche sotto questo profilo. Certo è che lo scenario che va delineandosi – come afferma Piciocchi – non fa stare tranquilli: l'obiezione selettiva alla PMA eterologa pare infatti l'anticamera di ben altre battaglie politiche condotte "in forma di obiezione". Questa pratica medica rende infatti possibili nuove forme famigliari, come ad esempio quelle caratterizzate da partner dello stesso sesso o da un solo genitore. Sarà quindi importante comprendere se – in Italia (altrove non mancano già decisioni di segno negativo) – la coscienza possa essere invocata per giustificare la contrarietà a certi "tipi di famiglia" che solo grazie alla PMA possono sorgere. Altre forme di pericoloso boicottaggio dei diritti.

8. Una chiosa sulla (pretesa) obiezione dei farmacisti

Da anni si fa inoltre un gran discutere sulla possibilità che i farmacisti oppongano obiezione di coscienza alle richieste dei clienti. Ciò vale, soprattutto, per quei farmaci contraccettivi che molti si ostinano tuttavia a ritenere di natura abortiva. Rileva, in queste circostanze, che si tratta, all'evidenza, di attività non specificamente e necessariamente diretta a provocare l'aborto (come avviene nel caso della pretesa dei giudici tutelari di opporre obiezione, o con riguardo alle prestazioni mediche generiche pur se prestate nel quadro di un procedimento di interruzione della gravidanza). Il farmacista è infatti all'oscuro delle ragioni che hanno indotto il medico alla prescrizione che lui opera per ostacolare: in ipotesi, egli potrebbe così rifiutarsi di consegnare un prodotto essenziale non solo per la salute ma anche – *pro futuro* – per la vita della donna (ove, ad esempio, questa non potesse proseguire la gravidanza per particolari problemi fisiologici). La necessità di disporre dei farmaci (pillola del giorno dopo, pillola dei cinque giorni dopo) in tempi brevi non consente poi alla donna – di fronte all'ostruzionismo del farmacista – di essere certa di poter fruire in ogni caso del preparato di cui necessita (come precisato anche nella *Nota* 25 febbraio 2011 del CNB). Specie per le donne meno abbienti o per chi abita in territori isolati o scarsamente serviti questo può trasformarsi in un ostacolo insormontabile. Fintanto che ciò non sarà assicurato non è quindi assolutamente possibile prevedere una simile forma di obiezione.

Focus on: JPa

La nouvelle loi française sur la fin de vie. Premiers regards sur la loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie¹

Reviews

*Camille Bourdaine-Mignot, Tatiana Gründler**

THE NEW FRENCH LAW ON END-OF-LIFE ISSUES.

ABSTRACT: the paper focuses on the recent end-of-life law passed by the French Parliament in January 2016, highlighting the main changes with particular reference to the patient right to self-determination. The new law, which is undoubtedly based on the principle of patient autonomy, while formally strengthening the role of the patient wishes in cases of treatment withdrawal, proves to be more substantially innovative in increasing patient self-determination in decisions aimed at alleviating suffering. In this context, the article discusses one of the most sensitive issues in the French debate over end of life decisions, and namely the rule allowing doctors to carry out, under specific circumstances, a deep and continued sedation, altering consciousness until death. The paper also addresses the changes aimed at strengthening the role and binding value of advance decisions, as well as some gaps still affecting rules concerning protected adults.

KEYWORDS: End-of-life; Deep and continuous sedation; Double effect; Patient rights; Advance decisions.

SOMMARIO: I. La volonté du patient en fin de vie – A. L'arrêt des actes médicaux : un renforcement formel de la volonté – 1. Volonté du patient venant contrer une solution médicale : le cas du refus de traitement – 2. Volonté du patient venant au soutien d'une décision médicale : le cas de l'obstination déraisonnable – B. Le soulagement de la souffrance : un renforcement substantiel de la volonté – 1. Une préoccupation générale renforcée – 2. Le nouveau droit à sédation profonde et continue – II. L'expression de la volonté du patient en fin de vie – A. L'expression anticipée de la volonté du patient en fin de vie : des dispositifs réformés en profondeur – 1. L'incitation à exprimer sa volonté anticipée – 2. L'utilité de l'expression anticipée de la volonté – B. L'expression actuelle de la volonté du patient en fin de vie : une réforme en partie manquée – 1. Le respect absolu de l'expression actuelle de la volonté du patient en fin de vie – 2. L'expression actuelle d'un refus de traitement du majeur sous tutelle.

¹ Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, *Journal Officiel* 3 février 2016.

*Camille Bourdaine-Mignot is Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense ; Tatiana Gründler is Maître de conférence en droit public à l'Université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense.

« La norme en France, c'est de mourir à l'hôpital ou dans une maison de retraite : selon les données de l'Observatoire national de la fin de vie², aujourd'hui, 58% des Français décèdent à l'hôpital, 27% à leur domicile, 11% dans une maison de retraite ou un lieu apparenté »³. Dès lors la relation soignant-patient joue un rôle essentiel dans ce moment particulier qu'est la fin de vie. C'est à cette relation que s'intéresse justement la loi française de 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie. Il ne s'agit pas d'une grande loi sur la fin de vie – au sens où elle renouvellerait l'approche juridique de celle-ci –, mais d'un texte qui affine le droit positif sur le sujet⁴ en s'inscrivant dans la continuité des lois de 2002⁵ et 2005⁶.

Comme l'a souligné le sénateur Alain Milon, l'objet de cette loi n'est « ni de créer un droit à l'euthanasie ni de permettre le suicide assisté »⁷. A la différence de la Belgique⁸, les médecins ne sont pas plus, sous l'empire de la nouvelle législation que sous l'ancienne, autorisés à causer intentionnellement la mort d'une personne au crépuscule de sa vie, à sa demande⁹. La France ne s'est pas davantage engagée dans la voie de la reconnaissance du suicide assisté que connaît notamment la Suisse. Elle n'y était pas tenue du reste. Depuis le célèbre arrêt *Pretty contre Royaume-Uni* de 2002, on sait qu'il n'existe pas de droit conventionnel à être aidé à mourir¹⁰ de sorte que les Etats parties à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme demeurent libres d'autoriser ou non une telle pratique¹¹.

Le législateur français ne rompt donc pas avec le choix fait en 2005 d'améliorer les conditions de la fin de vie grâce à deux voies : en premier lieu l'amélioration de l'accessibilité des soins palliatifs envi-

² « Fin de vie : état des lieux ». *Rapport 2011 de l'Observatoire national de la fin de vie*, Paris, La Documentation française, 2012.

³ Comité consultatif national d'éthique, (ci-après CCNE), juillet 2013, avis n°121, « Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir », 9.

⁴ P. MISTRETTA, De l'art de légiférer avec tact et mesure. A propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016, in *JCP, G.* 2016, 8, I, 240.

⁵ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, dite loi Kouchner.

⁶ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, dite loi Leonetti.

⁷ Le sénateur Alain Milon a présidé la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi créant de nouveaux droits pour les personnes malades en fin de vie. Il est l'auteur du rapport, fait au nom de cette commission, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 19 janvier 2016.

⁸ Depuis 2002 (Loi du 28 mai 2002, *Moniteur belge* 22 juin 2002), la loi autorise les demandes d'euthanasie notamment dans des conditions strictes de fond qui tiennent à l'état de santé du malade, à sa capacité et à la décision elle-même. La loi organise en outre un contrôle *a posteriori* systématique des euthanasies en obligeant le médecin à remplir un document et à le transmettre à la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation dans les quatre jours qui suivent l'acte d'euthanasie.

⁹ Un praticien s'y livrant serait susceptible de poursuites pénales pour administration de substances de nature à entraîner la mort, comme dans le cas du médecin urgentiste Bonnemaïson, poursuivi pour empoisonnement à la suite du décès de sept patients. Acquitté par la Cour d'assises de Pau le 25 juin 2014, il a été condamné en appel à deux ans d'emprisonnement avec sursis le 24 octobre 2015 pour l'un de ces sept cas.

¹⁰ CEDH 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, Req. n° 2346/02. V. O. DE SCHUTTER, *L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme (A propos de l'arrêt Pretty c. le Royaume-Uni du 29 avril 2002)*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 53, 2003, 71.

¹¹ CEDH 20 janvier 2011, *Haas c. Suisse*, Req. n° 31322/07.

sagés dès 1999¹² et, en second lieu, la possibilité de mettre fin à des traitements quand ils relèvent de l'obstination déraisonnable ou quand ils sont refusés par le malade. La véritable innovation de la loi à cet égard est d'autoriser le recours à une sédation profonde et continue pour soulager une souffrance extrême.

Pas de révolution, donc, mais une volonté certaine de changement, comme l'atteste l'engagement présidentiel de François Hollande en 2012¹³ qui conduira à un long processus de réflexion sur le sujet de la fin de vie¹⁴. Débutant par la mission confiée par l'Elysée au Professeur Sicard et s'achevant par l'adoption définitive de la loi le 2 février 2016 par le Parlement français, en passant par les conférences citoyennes, cette réflexion a constitué un moment de démocratie sanitaire.

Bien qu'un consensus se soit rapidement dégagé du débat citoyen sur le souhait d'accorder une place accrue à la volonté de la personne en fin de vie¹⁵ et de reconnaître de nouveaux droits dont celui à une sédation profonde et continue¹⁶, l'examen de la proposition de loi des députés Alain Claeys et Jean Leonetti¹⁷ a donné lieu à de réels débats au Parlement. N'étant pas parvenues à un accord après deux lectures du texte, les deux chambres ont dû laisser la place à une commission mixte paritaire¹⁸. Son travail a abouti à un texte de compromis ayant été voté, le 19 janvier dernier, par l'Assemblée nationale puis le Sénat. Toutes ces discussions n'ont cependant pas dénaturé le texte par rapport aux intentions premières.

D'un point de vue personnel, la loi vise toujours les « malades et les personnes en fin de vie ». Toutes les personnes sont concernées, sans distinction d'âge notamment. Sont ainsi traités de manière indifférenciée le jeune accidenté de la route, le jeune atteint d'un cancer, la personne très âgée, le nouveau-né grand prématuré ou encore celui atteint d'une maladie grave et incurable. Cela n'est peut-être pas totalement pertinent. Mais surtout, la loi ne définit pas la fin de vie. Cette situation embrasse-t-elle toutes les hypothèses dans lesquelles l'arrêt ou la non entreprise d'un traitement risque d'entraîner le décès de la personne ? Cette absence de définition laisse augurer quelques difficultés dans l'application du texte, en particulier lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa

¹² « Toute personne malade dont l'état le requiert a le droit d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement. » (Loi n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs).

¹³ Proposition 21 « Je proposerai que toute personne majeure en phase avancée ou terminale d'une maladie incurable, provoquant une souffrance physique ou psychique insupportable, et qui ne peut être apaisée, puisse demander, dans des conditions précises et strictes, à bénéficier d'une assistance médicalisée pour terminer sa vie dans la dignité ».

¹⁴ Ce processus débute avec le rapport de la Commission de réflexion sur la fin de vie en France présidée par le professeur Didier Sicard (Décembre 2012) auquel ont succédé celui du Conseil national de l'ordre des médecins (8 février 2013) et celui du CCNE (juillet 2013, son avis n°121, « Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir ». Cet avis fait suite à pas moins de cinq avis traitant de différentes questions en lien avec la fin de vie. V. CCNE, avis n°59, 1998, *Rapport sur le vieillissement* ; n°63, 2000, *Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie* ; n°65 2000, *Réflexions éthiques autour de la réanimation néonatale* ; n°87 2005, *Refus de traitement et autonomie de la personne* ; n°108, 2009, *Avis sur les questions éthiques liées au développement et au financement des soins palliatifs*. A l'issue des consultations citoyennes ce dernier a rendu un dernier avis à l'automne 2014 (CCNE *Avis sur le débat public concernant la fin de vie*, 21 octobre 2014).

¹⁵ CCNE avis précité, 5

¹⁶ CCNE avis précité, 6.

¹⁷ Deux députés qui s'étaient vu confier une mission par le Premier ministre le 20 juin 2014.

¹⁸ Article 45 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

volonté. Car si, au terme de la loi nouvelle, les directives anticipées deviennent contraignantes, ce qui constitue une innovation majeure de la réforme, celles-ci ne sauraient s'appliquer en dehors d'une situation de fin de vie. Dès lors, selon que l'on considère qu'un grave accidenté de la route, hors d'état d'exprimer sa volonté et ayant besoin dans un bref délai, mais sans urgence extrême, d'une transfusion sanguine, est ou non en fin de vie au sens de la loi, le médecin sera tenu ou non de consulter ses directives anticipées, lesquelles pourraient exprimer le refus catégorique de subir toute transfusion¹⁹.

D'un point de vue matériel, le texte est présenté par son titre comme « créant de nouveaux droits ». Ainsi se trouve explicité le droit au refus de traitement qui préexistait²⁰ tandis qu'est reconnu de façon plus innovante le droit à la sédation profonde et continue²¹, facette du droit plus général de ne pas souffrir²². Ces droits, plus ou moins inédits, témoignent de la place accrue accordée par le législateur de 2016 à la volonté du patient en fin de vie. La nouvelle loi est incontestablement construite autour du principe de l'autonomie de la volonté du patient. La volonté de l'individu est en effet le fondement sur lequel repose désormais l'ensemble de l'édifice légal de la fin de vie. Sous réserve que la demande du patient ne soit pas une aide à mourir, la nouvelle loi impose au médecin d'agir au plus près de ce que veut la personne quel que soit son état. La loi s'est donc attachée à revisiter le contenu possible de la volonté du patient dans le cadre d'une fin de vie médicalisée (I) tout en perfectionnant les modes d'expression de cette volonté (II).

I. La volonté du patient en fin de vie

Il ressort de la loi une place distincte faite à la volonté du patient en fin de vie selon qu'elle concerne le processus de soins ou qu'elle exprime des vues sur le rapport à la souffrance. Si le législateur n'a que formellement accru la place de la volonté s'agissant de l'arrêt des traitements (A), il a été en revanche plus innovant pour répondre aux demandes de soulagement de la souffrance (B).

A. L'arrêt des actes médicaux : un renforcement formel de la volonté

Deux situations d'arrêt des traitements peuvent être identifiées eu égard à la place première ou secondaire accordée à la volonté de la personne en fin de vie. La volonté du patient n'est jamais absente quelle que soit l'hypothèse envisagée, mais elle peut être ou non à l'origine de l'arrêt des soins. Doivent donc être distingués le refus de traitement (1) de l'obstination déraisonnable (2).

1. Volonté du patient venant contrer une solution médicale : le cas du refus de traitement

Sur la question du refus de traitement la loi de 2016 s'inscrit dans une parfaite continuité des lois préexistantes tout en apportant quelques modifications de nature à renforcer la place faite à la volonté.

¹⁹ Il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école si on pense au cas des témoins de Jéhovah. V. CE 26 octobre 2001, *Senanayaké*, n° 198546 ; CE, 16 août 2002, *Consorts Feuillatey*, n° 249552.

²⁰ Art. L 1111-4, al. 2, du Code de la santé publique (ci-après CSP).

²¹ Art. L 1110-5-2 CSP.

²² Art. L 1110-4 CSP.

La possibilité de refuser des traitements est le pendant nécessaire du droit reconnu à tout patient de prendre les décisions concernant sa santé avec le professionnel de santé. L'exigence du consentement est une règle ancienne dégagée par le juge²³, formalisée dans le Code civil à l'article 16-3 en 1994, avant d'être reprise dans le Code de la santé publique avec la loi de 2002²⁴. Celle-ci envisageait explicitement la délicate hypothèse du refus de traitement, précisant l'obligation du professionnel de santé de respecter ce refus tout en y ajoutant celle de tout mettre en œuvre pour le convaincre d'accepter les soins dont le refus mettrait en danger la vie du patient. Ces précisions textuelles au sein du Code, pour des cas qui sont pourtant des implications nécessaires de la règle du consentement, sont liées au fait que le médecin a pour rôle premier de soigner, de sauver des vies, autrement dit, de faire reculer la mort. La clarté renforcée des textes n'a d'ailleurs pas empêché l'existence de jurisprudences *contra legem* concernant des refus de transfusions sanguines exprimés par des témoins de Jéhovah, la juridiction administrative ayant admis, dans des circonstances encadrées, que le médecin passe outre cette volonté sans engager sa responsabilité²⁵.

La loi de 2016 affirme le « droit » pour toute personne de refuser un traitement²⁶. Deux cas sont envisagés selon que la personne est ou non en état d'exprimer sa volonté. Un certain nombre d'éléments traduit le renforcement de la place faite à la volonté de la personne en état de l'exprimer, tel que la suppression du « devoir de conviction »²⁷ ou la possibilité, désormais ouverte au patient et non plus au médecin, de faire « appel à un autre membre du corps médical »²⁸. De cette dernière évolution ressort clairement à notre sens le souhait du législateur de permettre au patient d'élargir les sources d'information afin d'éclairer son choix. On comprend moins dès lors que, concernant les actes nécessaires au point que leur refus mette la vie du patient en danger, ce dernier doive à présent réitérer son refus, non plus comme c'était le cas antérieurement *après* un délai raisonnable, mais *dans* un délai raisonnable²⁹. Ce simple changement de préposition paraît conférer un aspect plus formel à la réitération de la volonté que celui, substantiel, que permettait un délai de réflexion, fût-il relativement bref dans les faits, compte tenu des circonstances.

Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, une différence est établie dans le texte selon qu'il s'agit d'entreprendre « une intervention ou une investigation »³⁰ ou de limiter ou arrêter

²³ Cass. 28 janvier 1942, *Teyssier*, *Gazette du Palais*, 1942.1.177.

²⁴ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002.

²⁵ CE 26 octobre 2001, *Senanayaké*, n° 198546 ; CE, 16 août 2002, *Consorts Feuillatey*, n° 249552. Il doit s'agir d'un acte indispensable à la survie, proportionné à l'état du malade et pratiqué dans le but de sauver celui-ci.

²⁶ Art. L1111-4 CSP.

²⁷ F. VIALLA, *Fin de vie (proposition de loi) : accord en commission mixte paritaire*, in *Dalloz*, 2016, 204. V. *infra* II.

²⁸ Depuis 2005, il était affirmé que « le médecin peut faire appel à un autre membre du corps médical ». Dans la proposition de loi initiale la possibilité était plus large puisqu'elle concernait médecin comme patient : il était en effet simplement dit qu'« il peut être fait appel », sans autre précision, à un autre membre du corps médical. Mais cela a été resserré sur le seul patient à la faveur d'un amendement d'un député (G. Sebaoun, Assemblée nationale, Séance 11 mars 2015, examen en séance publique 1^{ère} lecture).

²⁹ Changement dès la proposition de loi, souligné dans la présentation du texte en commission mais apparemment non discuté.

³⁰ Art. L1111-4 al. 5 CSP.

un « traitement susceptible d'entraîner son décès »³¹. Conformément à ce qui prévalait depuis 2005, dans la première situation, il est nécessaire de consulter la personne de confiance, la famille ou les proches, excepté les cas d'urgence. En revanche, s'agissant de l'arrêt de traitement, deux conditions cumulatives s'imposent, à savoir, d'une part, le respect de la procédure collégiale et, d'autre part, la volonté de la personne *via* les directives ou, à défaut, la consultation de la personne de confiance, sinon la famille ou encore les proches³². Ce qui semble guider le législateur dans le choix du régime applicable est l'objet du refus : l'entreprise ou l'interruption d'un acte médical et non *in fine* la portée de ce refus. Si tel avait été le cas, les parlementaires auraient dû logiquement envisager l'hypothèse du patient dont le refus d'entreprendre un acte est susceptible d'entraîner son décès, considérer alors celui-ci comme étant en fin de vie et accorder conséquemment la place qui est désormais la leur à ses éventuelles directives anticipées³³.

Les médecins doivent se soumettre au refus de traitement exprimé par le patient. Ils doivent aussi d'eux-mêmes « savoir s'arrêter » et « accepter la mort »³⁴.

2. Volonté du patient venant au soutien d'une décision médicale : le cas de l'obstination déraisonnable

L'interdiction de l'obstination déraisonnable est reprise dans le nouvel article L.1110-5-1 du Code de la santé publique³⁵ :

« Les actes mentionnés à l'article L. 1110-5 ne *doivent* pas être mis en oeuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire. »

Malgré l'ambiguïté rédactionnelle du texte, due à l'emploi de deux verbes non synonymiques, les deux premières phrases ne visent pas deux cas distincts, mais bien un seul : celui de l'obstination déraisonnable. Le médecin doit s'abstenir de certains actes - entendus largement puisqu'il s'agit des actes de prévention, d'investigation ou de traitements et de soin³⁶ - dès lors qu'ils sont soit inutiles (actes qui n'améliorent pas la situation du patient), soit disproportionnés (actes très invasifs pour un bénéfice attendu plus que réduit), soit sans autre effet que le maintien artificiel en vie³⁷.

³¹ Art. L1111-4 al. 6 CSP.

³² Formellement, la décision d'arrêt ou de limitation des traitements est inscrite et motivée dans le dossier (art. L1111-4 al. 6 CSP).

³³ *V. supra*.

³⁴ J.-R. BINET, *Les pratiques médicales de fin de vie : cadre juridique général*, in *Travaux de l'institut de sciences criminelles de Grenoble*, 46.

³⁵ Cette nouvelle disposition reprend avec quelques modifications des éléments précédemment contenus dans l'art. L1110-5 CSP. Autrement dit il isole dans le Code ce qui concerne l'hypothèse de l'obstination déraisonnable.

³⁶ Par renvoi à l'art. L 1110-5 CSP.

³⁷ Ces conditions qui sont alternatives ne l'étaient pas dans les travaux parlementaires. Le texte issu de la seconde lecture à l'Assemblée nationale affirmait que « les actes ne doivent pas être poursuivis au titre de l'obstination déraisonnable lorsqu'ils sont inutiles ou disproportionnés. [conditions alternatives]. Dans ce cadre lorsque les traitements n'ont d'autre effet que le maintien artificiel de la vie alors (...) [conditions

Le maintien du terme « pouvoir » dans la suite de l'article était défendu par le Comité consultatif national d'éthique pour tenir compte de l'incertitude inhérente aux champs scientifique et médical et éviter que la responsabilité des médecins ne soit engagée en cas de poursuite des soins³⁸. Cette conservation du « peuvent » en apparence contradictoire avec l'impérativité du « doivent » peut trouver également sa source dans la place reconnue à la volonté du patient dans cette adresse faite au médecin. De la sorte la première phrase énonce le principe de l'interdit de l'obstination déraisonnable, tandis que la suivante décline sa mise en œuvre qui dépend, dans une large mesure, de la volonté du patient.

« Conformément à la volonté du patient », dit désormais le texte, qui manque encore une fois de limpidité pour déterminer la portée de l'expression : contraint-elle ou non le médecin qui juge que la situation relève de l'obstination déraisonnable ? Il nous semble – mais les incertitudes sont de mise – que la situation d'obstination déraisonnable doit d'abord être qualifiée de telle par le médecin, ce qui le conduit à envisager un arrêt des interventions médicales puisqu'il ne doit pas s'obstiner déraisonnablement, à la condition cependant de se conformer, ensuite, à la volonté du patient. Dans l'hypothèse où le patient serait hors d'état d'exprimer sa volonté, celle-ci résultera des directives anticipées, du témoignage de la personne de confiance, de la famille ou des proches³⁹ et la procédure collégiale devra également être respectée. On peut voir dans cette « collégialité procédurale »⁴⁰ la substitution au dialogue impossible médecin-patient celui du médecin avec d'autres.

Eu égard au rôle accordé à la volonté du patient par le législateur, celui-ci ne pouvait employer un autre verbe que « pouvoir », l'hypothèse d'une demande de poursuite de traitement - même déraisonnable - ne pouvant être totalement exclue. La nouvelle loi envisage d'ailleurs désormais que les directives anticipées peuvent contenir une demande de poursuite de traitement⁴¹.

Lorsqu'un médecin met fin à un traitement de survie du fait d'un refus de soin exprimé par le malade ou parce qu'il considère ce traitement comme une obstination déraisonnable, il a l'obligation d'administrer à son patient un traitement antalgique et sédatif afin de lui éviter la moindre souffrance⁴².

B. Le soulagement de la souffrance : un renforcement substantiel de la volonté

La préoccupation des parlementaires pour une réelle prise en charge de la souffrance des personnes en fin de vie est confirmée par le texte de 2016 de façon générale (1) mais, surtout, par la légalisation de la sédation profonde et continue (2).

cumulatives] ». Ainsi le maintien artificiel de la vie devait s'ajouter au constat de l'inutilité ou de la disproportion. En outre cette formulation montrait bien le lien entre la première et la seconde phrase sans laisser planer le doute que les verbes « devoir » et « pouvoir » suscitent.

³⁸ Avis à l'attention du Conseil d'Etat, 5 mai 2014.

³⁹ Art. L1111-4 CSP.

⁴⁰ F. VIALLA, préc.

⁴¹ V. *infra* II.

⁴² Voir respectivement les art. L1111-4 al. 3 et L1110-5-1 al. 3 CSP : « Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins palliatifs mentionnés à l'article L1110-10 ».

1. Une préoccupation générale renforcée

Le vocabulaire employé dans la loi de 2016 est significatif : des références explicites aux « soins palliatifs » sont faites dans les dispositions du Code de la santé publique qui visaient auparavant pudiquement les « soins de l'article L 1110-10 »⁴³. Même si cela n'apporte pas de changement sur le fond, une telle évolution d'écriture rend le texte plus lisible ce qui n'est jamais inutile. On notera par ailleurs la préférence, souvent⁴⁴ donnée, au terme « souffrance », plus large que celui de « douleur »⁴⁵, d'aucuns allant jusqu'à en déduire la consécration d'un « droit à la non souffrance »⁴⁶. Le soulagement de la souffrance peut avoir pour effet d'abrèger la vie. C'était une innovation de 2005 que le législateur a confirmée dans la loi présentement commentée. On a pu parler à son propos de « mesure du double effet », le premier - celui recherché - étant la suppression de la souffrance, le second - non visé mais possible - étant la mort du patient⁴⁷. Si l'économie générale du texte n'est pas transformée, quelques menus changements sont à relever dont la suppression du terme « secondaire » afin d'éviter toute équivoque⁴⁸. La mise en place de la sédation à double effet demeure une décision du médecin. De plus, elle est réversible et la pratique des réveils pour savoir ce que le patient veut a été évoquée, pour être critiquée, dans les travaux parlementaires⁴⁹. La nouvelle sédation profonde introduite dans la loi en 2016 s'en distingue sur ce point notamment.

2. Le nouveau droit à sédation profonde et continue

C'est l'innovation de 2016. C'est une disposition, si ce n'est la disposition, qui a fait l'objet du plus de dissensions entre et au sein des deux assemblées⁵⁰. Il s'agit d'une sédation profonde destinée à altérer totalement la conscience, de façon continue (c'est-à-dire jusqu'au décès) et comprenant une dimension antalgique afin d'épargner toute souffrance au malade.

⁴³ V. art. L1110-5-1 (sur l'obstination déraisonnable) dernier al., art. L1111-2 sur l'hypothèse d'un refus de traitement.

⁴⁴ Mais pas toujours. V. art. L1110-12 nouveau qui mentionne « le soulagement de la douleur » ou encore l'art. L1110-10 qui définit depuis 2002 les soins palliatifs comme destinés à soit soulager la douleur, soit apaiser la souffrance psychique soit sauvegarder la dignité soit soutenir l'entourage.

⁴⁵ Comme cela était évoqué dans le rapport de la commission des affaires sociales lors de l'examen du texte en première lecture devant l'Assemblée nationale, le terme de souffrance est « plus large, puisqu'il englobe la douleur non seulement physique mais aussi morale » que celui de douleur.

⁴⁶ V. P. MISTRETTA, préc.

⁴⁷ Ancien art. L 1110-5 dernier al. actuel art. L1110-5-3 CSP.

⁴⁸ Substitution de « qui peut avoir pour effet d'abrèger la vie » à « qui peut avoir pour effet secondaire d'abrèger la vie de la personne ». « Le mot « secondaire » présente en français de grandes difficultés en raison de sa polysémie : il peut signifier, non seulement : « qui vient en second dans le temps », mais aussi : « accessoire », dernier sens particulièrement mal venu s'agissant de la mort. » (Jean Leonetti, *in* Rapport n° 2585 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi par MM. Alain Claeys et Jean Leonetti, Assemblée nationale, 1^{ère} lecture).

⁴⁹ « Certaines pratiques sont d'ailleurs controversées, notamment celles qui consistent à ce que le malade soit réveillé afin qu'il réitère son choix d'être sédaté, au nom du respect de son autonomie » (*in* Rapport n° 2585 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi par MM. Alain Claeys et Jean Leonetti, Assemblée nationale, 1^{ère} lecture).

⁵⁰ On doit au Sénat l'ajout de la possibilité de la réaliser à domicile.

Deux cas doivent être distingués selon que la mise en œuvre de cette sédation fait suite ou non à une demande du patient. Dans l'hypothèse d'une demande, plusieurs conditions, énoncées à l'article L 1110-5-2 du Code, doivent être réunies. D'abord, le patient doit être atteint d'une affection grave et incurable⁵¹. Ensuite, son pronostic vital doit être engagé à court terme⁵² (y compris du fait d'une décision d'arrêt des traitements). Enfin, la souffrance doit atteindre un certain degré. Ce degré est apprécié différemment selon l'origine de la souffrance. Antérieure à l'arrêt des traitements, elle doit être « réfractaire aux traitements »⁵³ alors que dans l'autre cas, il suffit que l'arrêt des traitements soit « susceptible d'entraîner une souffrance insupportable »⁵⁴. La souffrance est parfois constatée. Elle peut aussi être simplement prospective. Elle est, quoiqu'il en soit, toujours prise en compte.

D'après les auteurs de la proposition, « la situation visée ici est celle du patient qui décide de demander l'arrêt de tous les traitements qui le maintiennent en vie parce qu'il estime qu'ils prolongent inutilement sa vie, étant trop lourds ou ayant trop duré ». Jean Leonetti précisait même qu'« il s'agit de faire en sorte que, lorsqu'un malade fait arrêter son traitement, le corps médical, qui accepte à contrecœur la décision du malade, lui applique dans le même temps un traitement lui évitant toute souffrance potentielle »⁵⁵.

Toute autre est l'hypothèse que couvre la sédation (automatique) du patient hors d'état d'exprimer sa volonté, en cas d'arrêt des traitements de maintien en vie par le médecin au titre de l'obstination déraisonnable⁵⁶. L'usage de la sédation profonde et continue est alors rendu obligatoire par le législateur. Les rapporteurs visent ici les situations des personnes en état végétatif chronique ou en état pauci-relationnel. Cela rejoint les observations faites devant et à la demande du Conseil d'État sur le cas Vincent Lambert par le Conseil national de l'Ordre des médecins qui avait estimé qu'« une fois la décision prise d'interrompre, au titre de l'obstination déraisonnable, les moyens artificiels qui maintenaient la seule vie somatique, il convenait, dans un souci humaniste de bienfaisance, de mettre en œuvre une sédation profonde afin de prévenir toute souffrance »⁵⁷.

Dans tous les cas, que la sédation vienne d'une demande du malade ou non, la procédure collégiale s'applique de façon à vérifier que les conditions posées par le Code de la santé publique sont bien réunies.

⁵¹ Comme, avant 2016, pour la sédation à double effet.

⁵² Ce qui est plus strict que la condition pour accéder à la sédation à double effet.

⁵³ Devant la commission de l'Assemblée nationale en 1^{ère} lecture du texte, il a été précisé qu'il convenait d'entendre par réfractaire « tout symptôme dont la perception est insupportable et qui ne peut être soulagé en dépit des efforts obstinés pour trouver un protocole thérapeutique adapté sans compromettre la conscience du patient ».

⁵⁴ En commission mixte paritaire il avait été proposé d'ajouter l'hypothèse de « l'inconfort majeur » ce qui n'a finalement pas été retenu.

⁵⁵ Devant la commission des lois, Assemblée nationale, 1^{ère} lecture.

⁵⁶ Le sénateur Gérard Dériot a tenté devant la commission mixte paritaire d'ajouter l'exigence de « souffrance réfractaire » mais Jean Leonetti a montré que cela serait impossible à déterminer chez un patient inconscient.

⁵⁷ Ordre national des médecins, « Fin de vie, assistance à mourir », 8 février 2013, mentionné *in* Rapport n° 2585 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi par MM. Alain Claeys et Jean Leonetti, Assemblée nationale, 1^{ère} lecture).

Ainsi étendu le champ des possibles pour la volonté du patient en fin de vie, la loi nouvelle devait encore s'assurer que le patient pourrait exprimer sa volonté, quel que soit son état.

II. L'expression de la volonté du patient en fin de vie

Le cas de Vincent Lambert illustre une double évolution à l'origine d'une vive tension entre le caractère impérieux de la volonté du patient en fin de vie et l'impossibilité dans laquelle il se trouve de pouvoir l'exprimer. Tandis que la loi a évolué dans le sens d'une prise en considération toujours plus grande de la volonté du patient dans les décisions concernant sa santé en général, et sa fin de vie, en particulier, les progrès médicaux ont favorisé l'émergence de situations dans lesquelles le patient, bien que dans état très critique qui ne lui permet pas d'exprimer sa volonté, est artificiellement maintenu en vie grâce à des traitements et actes médicaux dont on ne sait pas s'il y aurait consenti. Le législateur de 2016 a fait un réel effort pour tenter de résoudre cette difficulté en réformant en profondeur les dispositifs d'anticipation de la volonté du patient en fin de vie (A). Il n'a pas totalement délaissé la question de l'expression actuelle de cette volonté, même si, sur ce point, sa réforme est en partie manquée (B).

A. L'expression anticipée de la volonté du patient en fin de vie : des dispositifs réformés en profondeur

Les dispositifs d'anticipation de la volonté ne sont pas nouveaux. Les directives anticipées ont été créées en 2005 tandis que la personne de confiance est apparue dès 2002. Les premières sont un moyen d'expression directe de la volonté du patient en fin de vie⁵⁸. La seconde, qui n'est pas un dispositif spécifique à la fin de vie, peut être envisagée comme un moyen d'expression indirecte de la volonté du patient notamment lors de sa fin de vie⁵⁹. Les différents rapports préalables à l'élaboration de la loi ont montré que ces deux dispositifs étaient peu utilisés. En 2012, seuls 2,5% des personnes décédées avaient rédigé des directives anticipées⁶⁰. Les raisons de cet échec semblent diverses. Parmi celles-ci, ressort en particulier la difficulté d'anticiper une situation de fin de vie ou de rédiger ses directives, ou encore le caractère jugé inutile ou même dangereux d'une expression anticipée de sa propre volonté⁶¹. Ces réticences révèlent à la fois les difficultés éprouvées par toute personne à formuler par écrit, ou oralement, auprès de la personne de confiance, sa volonté par avance pour sa fin de vie, ainsi que le sentiment d'inutilité d'une telle démarche. Le législateur a tenté de lever ces deux obstacles. D'une part, la nouvelle loi vise à aider les patients à exprimer à

⁵⁸ Le nouvel art. L1111-11, al. 1^{er}, CSP dispose : « Toute personne majeure peut rédiger ses directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'actes médicaux ».

⁵⁹ Le nouvel art. L1111-6, al. 1^{er}, CSP dispose : « Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Elle rend compte de la volonté de la personne. Son témoignage prévaut sur tout autre témoignage. Cette désignation est faite par écrit et cosignée par la personne désignée. Elle est révisable et révoquée à tout moment ».

⁶⁰ Rapport Sicard, « Penser solidairement la fin de vie », remis le 18 décembre 2012, 46.

⁶¹ V. Rapport Sicard relatant une étude du centre d'éthique clinique de Cochin, 46.

l'avance leur volonté pour leur fin de vie dans le but d'inciter le plus grand nombre à s'exprimer par anticipation sur sa fin de vie (1). D'autre part, la nouvelle loi renforce considérablement la portée de la volonté anticipée, ce qui assure l'utilité des dispositifs ainsi réformés (2).

1. L'incitation à exprimer sa volonté anticipée

Avant la loi de 2016, aucune information spécifique n'était prévue quant à la possibilité d'exprimer à l'avance sa volonté pour sa fin de vie. Partant sur le fait que c'était l'une des causes du faible taux de directives anticipées et de désignation d'une personne de confiance, le législateur a décidé de systématiser l'information sur ces dispositifs, dans le cadre du suivi du patient⁶². L'innovation de la loi réside dans l'idée qu'il faut informer le patient à un moment où son état de santé n'est pas particulièrement préoccupant, où il n'est pas nécessairement à la fin de sa vie. Le terme « patient » très largement préféré, dans la nouvelle loi, à celui de « malade » participe d'ailleurs de cette idée.

Une telle information ne saurait permettre à elle seule de surmonter les réticences évoquées par les personnes consultées⁶³ sur ces différents dispositifs. Le législateur l'a bien compris. C'est pourquoi il a pris des mesures de nature à donner accès aux dispositifs d'anticipation au plus grand nombre.

Tout d'abord, la loi étend l'objet des directives anticipées. Elles peuvent désormais aussi bien contenir une demande de limitation, d'arrêt ou de refus de traitement ou d'actes médicaux qu'une demande de poursuite de tels actes, ce qui est nouveau⁶⁴. Cet élargissement est de nature à favoriser la rédaction des directives. Puisqu'elles n'expriment plus nécessairement une demande « passive » (tel que l'arrêt des traitements) mais peuvent aussi contenir une demande « active » (comme une demande de réanimation), chacun peut rédiger des directives anticipées à même de refléter ses aspirations, quelles qu'elles soient, pour sa fin de vie.

De manière plus directe, la loi nouvelle étend ensuite le champ des personnes susceptibles d'exprimer à l'avance leur volonté pour leur fin de vie. D'une part, elle confirme que les directives anticipées peuvent être rédigées par un majeur⁶⁵ sous tutelle⁶⁶. L'ancienne loi ne l'interdisait pas *a priori* mais ne prévoyait rien à cet égard⁶⁷. D'autre part, la loi nouvelle permet aux majeurs sous tutelle de désigner une personne de confiance, ce qui constitue une réelle innovation⁶⁸.

⁶² Art. L1111-11, al. 6, CSP, pour les directives anticipées et art. L1111-6, al. 4, CSP, pour la désignation de la personne de confiance. Pour la personne de confiance, cette information se double d'une véritable incitation du patient à procéder à sa désignation.

⁶³ V. les consultations citoyennes, rapports CCNE cités *supra*.

⁶⁴ L'objet des directives anticipées était restreint auparavant aux conditions de limitation et d'arrêt de traitement.

⁶⁵ Les directives anticipées restent inaccessibles aux mineurs dont la fin de vie dépend essentiellement de la volonté des titulaires de l'autorité parentale.

⁶⁶ Il devra solliciter l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille, le cas échéant, et ne pourra être ni assisté, ni représenté par son tuteur.

⁶⁷ La nouvelle loi a toutefois manqué une occasion d'unifier le régime des directives anticipées des majeurs protégés, ce qui est très regrettable. La proposition de loi adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale était beaucoup plus ambitieuse à cet égard. V. C. BOURDAIRE-MIGNOT, *Regard critique sur la proposition de réforme des directives anticipées des majeurs protégés*, in *RGDM*, septembre 2015, n° 56, 117 et s.

⁶⁸ La nouvelle loi constitue une réelle avancée pour les majeurs sous tutelle. Toutefois, la procédure choisie – à savoir le recours à l'autorisation du juge des tutelles – ne paraît pas très heureuse en pratique. Les délais d'obtention de l'autorisation ne seront-ils pas de nature à décourager le majeur, pourtant bien informé par son

Enfin, pour surmonter les difficultés de rédaction des directives anticipées la loi de 2016 propose de recourir à un modèle⁶⁹.

Les efforts déployés par le législateur pour inciter toute personne à exprimer de manière anticipée, directement ou indirectement, sa volonté pour la fin de sa vie, seraient sans doute restés vains s'il n'avait pas, dans le même temps, renforcé considérablement la portée de la volonté ainsi exprimée afin d'assurer l'utilité des dispositifs d'anticipation.

2. L'utilité de l'expression anticipée de la volonté

La nouvelle loi s'est attachée à faire le lien entre l'expression anticipée de la volonté du patient et sa volonté actuelle. Tandis qu'avant la réforme les directives anticipées indiquaient « les *souhais* de la personne relatifs à sa fin de vie », elles « expriment [à présent] *la volonté* de la personne relative à sa fin de vie »⁷⁰. De même, s'agissant de la personne de confiance, le terme d'« avis » a été heureusement remplacé par celui de « témoignage » qui évoque bien mieux le rôle de la personne de confiance qui « rend compte de la *volonté* de la personne »⁷¹. Les dispositifs d'anticipation de la volonté apparaissent ainsi comme des moyens de prouver la volonté actuelle du patient, hors d'état de l'exprimer.

Or, une des grandes innovations de la loi de 2016 est de renforcer considérablement la force probante de ces moyens de preuve. C'est en particulier le cas pour les directives anticipées qui « s'imposent [désormais] au médecin pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement »⁷². La nouvelle loi accède ainsi à une demande récurrente des personnes consultées qui avaient exprimé le sentiment d'inutilité que renvoyaient les directives anticipées non contraignantes. Sur ce point, la réforme ne s'est pas faite sans discussion. L'anticipation de sa propre volonté, pour sa fin de vie, est un exercice hautement périlleux. Comment être certain que la volonté d'une personne en fin de vie – qui est la seule volonté impérieuse – est toujours conforme à celle qu'elle a exprimée longtemps avant alors qu'elle était en bonne santé ? Cette question cruciale a été soulevée lors des débats sur le nouveau texte. Pour tenir compte des différents avis qui ont pu alors être exprimés, la nouvelle loi a posé deux limites à la présomption de conformité des directives anticipées à la volonté actuelle du patient. La première tient au champ d'application des directives. En cas d'urgence vitale, la loi laisse au médecin « le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation »⁷³ avant d'avoir à prendre connaissance des éventuelles directives de son patient. Exclusivement conçues

médecin, de solliciter une telle autorisation ? Pourquoi ne pas avoir laissé au médecin le soin d'évaluer le degré de discernement de son patient et sa capacité à procéder seul à une telle désignation ?

⁶⁹ Le contenu de ce modèle sera fixé par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Haute Autorité de Santé, (art. L 1111-11, al. 2, CSP). Ce modèle, qui demeure heureusement facultatif, devrait prévoir la situation de la personne selon qu'elle se sait ou non atteinte d'une affection grave au moment où elle les rédige. Cela pourrait influencer sur la force probante de telles directives.

⁷⁰ Art. L 1111-11, al. 1^{er}, CSP.

⁷¹ Art. L 1111-6, al. 1^{er}, CSP.

⁷² Art. L 1111-11, al. 3, CSP. Ainsi réformée, la législation française sur les directives anticipées se rapproche de celle d'autres voisins européens tels que la Suisse, la Belgique, l'Espagne ou le Luxembourg. Pour une étude de droit comparé sur cette question, v. R. FRAGKOU, *Entre paternalisme et autonomie absolue, une autonomie du patient à géométrie variable. Les directives anticipées en droit comparé*, in RGDM mars 2012, n° 42, p. 167 et s.

⁷³ Art. L 1111-11, al. 3 CSP.

pour exprimer la volonté du patient relative à sa fin de vie, les directives anticipées ne semblent pas pouvoir s'appliquer dans d'autres situations⁷⁴. C'est pourquoi il faut laisser le temps à l'équipe médicale de déterminer si le patient est dans une situation de fin de vie⁷⁵. La seconde limite tient davantage aux difficultés d'anticipation de la volonté. Le nouvel article L1111-11, al. 3, du Code de la santé publique dispose que les directives anticipées pourront être écartées lorsqu'elles « apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale ». Cette formulation résulte d'un compromis entre les propositions des différentes commissions⁷⁶ qui ont souligné le danger que les directives anticipées pouvaient présenter pour leur auteur. Le terme « inapproprié »⁷⁷ devrait en particulier permettre de tenir compte du caractère éventuellement très ancien des directives. La présomption de conformité des directives anticipées à la volonté actuelle du patient en fin de vie n'est donc pas irréfragable. Les directives anticipées ne pourront toutefois être écartées qu'à l'issue d'une procédure collégiale et cette décision sera portée à la connaissance de la personne de confiance ou, à défaut, de la famille ou des proches⁷⁸.

Dans la même ligne, le législateur de 2016 a renforcé la portée du témoignage de la personne de confiance. La loi précise désormais expressément que ce témoignage « prévaut sur tout autre témoignage »⁷⁹. Cela n'est pas totalement nouveau⁸⁰ mais l'énoncé du principe dans la disposition qui définit la personne de confiance permet une meilleure lisibilité de la loi à cet égard.

Ce renforcement considérable de la force probante conférée aux modes d'expression anticipée de la volonté s'accompagne de deux autres avancées qui terminent de rendre ces dispositifs efficaces.

⁷⁴ On pointe ici une difficulté du dispositif retouché par la loi de 2016. Si l'article L 1111-11, al. 1^{er} exprime très clairement que les directives anticipées sont relatives à la fin de vie du patient, le texte est situé dans la section II, dont le titre, modifié en 2016, fait aussi référence aux malades refusant un traitement sans lien semble-t-il avec la fin de vie. On peut s'interroger dès lors sur le point de savoir pourquoi les directives anticipées – qui exprimeraient un refus de traitement telle une transfusion par exemple – ne pourraient pas s'appliquer quand le patient, hors d'état d'exprimer sa volonté, n'est pas à proprement parler en fin de vie. Sur cette question, v. *supra* I.

⁷⁵ On retrouve ici l'importance et la difficulté, déjà soulignées, de définir la fin de vie au sens de la présente loi.

⁷⁶ V. notamment l'avis de M. François Pillet, sur le texte de la commission des affaires sociales du Sénat, déposé au nom de la commission des lois le 10 juin 2015.

⁷⁷ La commission des affaires sociales du Sénat avait proposé de supprimer ce terme qui figurait dans la proposition de loi adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale. La commission des lois avait, quant à elle, souhaité qu'il soit rétabli pour tenir compte des limites inhérentes à l'anticipation de volonté. Cette commission avait d'ailleurs proposé de poser d'autres exceptions qui n'ont pas été retenues.

⁷⁸ Il faut toutefois souligner que le texte permettra peut-être d'autres remises en cause des directives anticipées sans recours à la procédure collégiale. Le nouvel art. L1111-11, al. 2, précise en effet que les directives anticipées sont révisables et révocables à tout moment et « par tout moyen ». Ainsi, il suffirait par exemple que le patient, encore conscient au moment de son hospitalisation, indique oralement qu'il souhaite qu'il ne soit pas tenu compte de ses directives anticipées dans le cas où il viendra à être hors d'état d'exprimer sa volonté pour que celles-ci soient définitivement écartées.

⁷⁹ Art. L1111-6, al. 1^{er}, CSP.

⁸⁰ L'ancien art. L1111-12 disposait par exemple que « Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause et hors d'état d'exprimer sa volonté, a désigné une personne de confiance en application de l'article L1111-6, l'avis de cette dernière, sauf urgence ou impossibilité, prévaut sur tout autre avis non médical, à l'exclusion des directives anticipées, dans les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement prises par le médecin ».

D'une part, les directives anticipées ne sont plus limitées dans le temps⁸¹. D'autre part, la loi nouvelle crée un registre destiné à la conservation des directives anticipées⁸², ce qui devrait faciliter grandement la connaissance, par le médecin, de l'existence de telles directives. Elle prévoit par ailleurs que la personne de confiance doit cosigner sa désignation⁸³. Cette nouvelle formalité – tout à fait bienvenue⁸⁴ – devrait aussi améliorer la connaissance qu'aura l'équipe médicale de la désignation d'une personne de confiance⁸⁵.

Si la préoccupation première du législateur de 2016 a été de s'attacher à l'hypothèse très délicate dans laquelle le patient en fin de vie ne peut exprimer sa volonté, il n'a pas totalement délaissé celle dans laquelle le patient est en état de s'exprimer à ce moment. Il n'est toutefois pas allé au bout de sa réforme sur ce point.

B. L'expression actuelle de la volonté du patient en fin de vie : une réforme en partie manquée

Les lois de 2002 et 2005 avaient déjà beaucoup œuvré dans le sens du respect, par le médecin, de la volonté du patient. La nouvelle loi poursuit dans la même voie en affirmant que ce respect doit être absolu (1). Malheureusement cela ne concerne toujours pas le majeur sous tutelle exprimant un refus de traitement (2).

1. Le respect absolu de l'expression actuelle de la volonté du patient en fin de vie

L'article L 1111-4 du Code de la santé publique rappelle que le médecin doit respecter la volonté du patient, même lorsque ses choix mettent sa vie en danger. Cela n'est pas nouveau. Ce qui l'est en revanche, c'est que le médecin n'est plus tenu de « tout mettre en œuvre pour le convaincre d'accepter les soins indispensables ». Autrement dit, le médecin n'est plus tenu d'infléchir la volonté du patient qui, par ses choix, mettrait sa vie en danger. Naturellement le médecin doit informer son patient des conséquences de ses choix et de leur gravité, mais le but de cette discussion est d'éclairer le patient et non de le convaincre de prendre une autre décision que celle qu'il a exprimée. Cette modification traduit encore le souci du législateur de fonder entièrement le dispositif médical de la fin de vie sur le principe d'autonomie de la volonté du patient.

De ce point de vue toutefois, la loi n'a pas été suffisamment ambitieuse car elle a laissé de côté la question de l'expression de la volonté du majeur sous tutelle⁸⁶ qui reste soumise aux dispositions dantes de 2002 pour tout refus de traitement.

⁸¹ La suppression de la limitation des effets des directives anticipées dans le temps (trois ans auparavant) n'est pas sans danger. C'est pourquoi le législateur a notamment prévu qu'elles pourraient être révisées et révoquées à tout moment et par tout moyen (art. L 1111-11, al. 2). Il a prévu en outre qu'un rappel de leur existence serait régulièrement adressé à leur auteur (art. L 1111-11, al. 5).

⁸² Art. L 1111-11, al. 5, CSP.

⁸³ Art. L 1111-6, al. 1^{er}, CSP.

⁸⁴ La procédure de co-signature sera toutefois difficile à mettre en place, dans l'urgence, en cas de désignation de la personne de confiance lors d'une hospitalisation.

⁸⁵ Tout dépendra toutefois de la réactivité de la personne de confiance.

⁸⁶ Et plus largement à l'expression de la volonté des personnes vulnérables. Sur cette question, v. l'avis rendu le 16 avril 2015 par la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur le consentement des personnes vulnérables. V. aussi C. LEUZZI-LOUCHAR, *Les multiples visages de la vulnérabilité à l'hôpital*, in *RGDM*,

2. L'expression actuelle d'un refus de traitement du majeur sous tutelle

Lorsqu'il est sous tutelle, le majeur est soumis, pour l'expression de sa volonté en matière de refus de traitement notamment, à un régime dérogatoire défini par le Code de la santé publique avant la réforme de la protection des majeurs de 2007⁸⁷. Son article L1111-4, inchangé sur ce point, n'envisage pas l'expression, par le majeur sous tutelle, d'un refus de traitement. Seul le refus exprimé par le tuteur est évoqué. Autrement dit, le Code de la santé publique demeure attaché à la représentation du majeur incapable par son tuteur et ne prend pas en considération les facultés de discernement de ce patient, comme le fait pourtant le Code civil, depuis 2007⁸⁸, pour les autres majeurs protégés. Cela est regrettable car le critère du discernement du majeur paraît bien plus approprié que celui de la capacité juridique pour les décisions touchant à la fin de vie. Mais surtout, la loi, non modifiée sur ce point, ne paraît pas conférer la même force au refus de traitement exprimé par le tuteur pour le compte du majeur qu'à celui exprimé par toute autre personne. Cela est particulièrement choquant.

Il est certain que le médecin saura évaluer le degré de discernement de son patient et entendre son éventuelle volonté de refuser des traitements. Mais pourra-t-il respecter sa volonté? Rien n'est moins sûr dès lors que le texte continue de l'enjoindre de prodiguer les soins indispensables dans l'hypothèse où ce refus risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé de son patient⁸⁹.

En outre, en rendant les directives anticipées contraignantes, y compris lorsqu'elles émanent d'un majeur sous tutelle, la loi conduit à une aberration. En effet, le refus anticipé de traitement – exprimé par le majeur sous tutelle pour sa fin de vie – devient plus contraignant que son refus actuel de traitement.

On ne peut que regretter que le majeur sous tutelle n'ait pas bénéficié de la réaffirmation de la primauté de la volonté du patient en état de s'exprimer à la fin de sa vie. Les écueils de l'ancien texte avaient déjà été soulignés. Nous ne pouvons que constater que, sur ce point, le législateur de 2016 a en partie manqué sa réforme.

Le bilan de cette nouvelle loi est assez mitigé. A son actif, on peut reconnaître au législateur de 2016 qu'il ne s'est pas contenté de dépoussiérer les anciens textes. Tout en maintenant le cap précédemment choisi, il a innové avec la sédation profonde et continue et réformé en profondeur les anciens dispositifs d'anticipation de volonté pour le cas où le patient est hors d'état de s'exprimer à la fin de sa vie. A son passif, on retiendra que le texte auquel il est parvenu n'est pas toujours limpide, faute d'avoir défini clairement le champ d'application de chaque disposition et d'avoir harmonisé le vocabulaire utilisé pour désigner tous les actes, soins, traitements que le patient peut demander ou refuser.

57, déc. 2015, 27 et s. et F. PUZIEUX, *Exigence du consentement et troubles cognitifs : dans quelles conditions peut-on contraindre au soin ?*, in *RGDM*, 57, déc. 2015, 37 et s.

⁸⁷ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

⁸⁸ En vertu de l'article 459 du Code civil, le majeur sous curatelle, par exemple, peut refuser seul un traitement en principe, dans la mesure où son état le permet.

⁸⁹ Art. L 1111-4, al. 7, CSP.

Quant au gain qu'il faut en espérer – pour les patients et les soignants –, il est sans doute encore trop tôt pour le dire : cela dépendra en partie de ce que les pratiques médicales feront du nouveau texte. Si l'on tentait de mesurer ce gain à l'aune des effets de la nouvelle loi dans un cas comme celui de Vincent Lambert, on serait sans doute assez déçu. Voici un patient très gravement accidenté, hors d'état d'exprimer sa volonté, qui n'est peut être pas vraiment en fin de vie au sens de la loi, qui n'a pas laissé de traces suffisamment probantes de sa volonté (ni directives anticipées, ni désignation d'une personne de confiance), pour qui aucune procédure de tutelle ou autre habilitation familiale n'a été ouverte (autrement dit qui n'est représenté ni par son épouse, ni par ses parents) et qui semble pouvoir rester en vie relativement longtemps grâce à ce qui est maintenant défini par la loi comme des traitements, à savoir une hydratation et une alimentation artificielles. La nouvelle loi ne résout pas vraiment la question dès lors que l'arrêt des traitements, au titre de l'obstination déraisonnable, semble dépendre en dernier lieu de la volonté du patient. Lorsqu'il est hors d'état de l'exprimer et qu'il ne l'a pas exprimée par anticipation, les médecins se tourneront vers sa famille ou ses proches, lesquels continuent de se déchirer dans le cas qui nous préoccupe. On touche ici au fait que, quel que soit le caractère louable de ses ambitions, le législateur ne pourra jamais rendre la mort totalement indolore.

Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore

Camilla Chini*

SURROGACY: CRITICAL ISSUES BETWEEN LOGIC OF THE GIFT AND BEST INTEREST OF THE CHILD

ABSTRACT: This paper considers the commercial and altruistic nature of surrogacy in the light of the offence principle, analysing the legal interests protected by the Italian absolute prohibition of surrogacy, as laid down by the law on medically assisted procreation no. 40/2004. It starts by examining the exploitation of the surrogate mothers on the basis of the prohibition of financial gain provided for in Article 21 of the Oviedo Convention and it then deals with the position of the unborn, in order to investigate the consequences for it. The conclusion is a rebuttal of the logic of the gift: when adopting a child-prospective, all forms and arrangements of surrogacy are called into question.

Moreover, the Author argues for the need of an international regulation on the practice, which must take into account the best interest of the child as a third and external party in such conducts, without having to take second place to the intended parents' reproductive desire.

KEYWORDS: Surrogacy; Exploitation; Prohibition of financial gain; Offence principle; Best interest of the child.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Forme di maternità surrogata – 3. Disciplina italiana – 4. Divieto di "sfruttamento" del corpo umano e delle sue parti in quanto tali – 5. Logica del dono e preminente interesse del minore – 6. Conclusione.

*Act so that the effects of your actions are compatible
with the permanence of genuine human life.*

(H. JONAS, The imperative of responsibility, 1984, Chicago, p. 11)

1. Introduzione

L'articolo 12 comma 6 della legge n. 40 del 19 febbraio 2004 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» stabilisce il divieto di maternità surrogata nell'ordinamento italiano, prescrivendo che «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza (...) la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

Esays

Si definisce maternità surrogata, o maternità per sostituzione, la maternità di una donna che si presta a portare a termine una gravidanza, fino al momento del parto, non per sé, bensì per un'altra donna¹, tecnica di procreazione assai complessa denominata talvolta anche con l'accezione più critica di "utero in affitto"². La maternità, che in passato era vista come un "gioco a due", passa oggi ad essere un gioco con tre o più partecipanti, mutamento delineato dalla possibilità, dovuta al progresso medico-scientifico, di scindere la maternità stessa nei diversi ruoli genetici, gestazionali e sociali. Questo implica una smentita della certezza fondamentale per ogni essere umano relativa all'identità della madre: infatti, una tale possibilità ostacola quel principio tradizionale secondo cui *mater semper certa est*, come conseguenza dell'identificazione naturale della madre in colei che partorisce³.

Per quanto dibattuta ed ostacolata – anche per il fatto di mettere fortemente in discussione, più di ogni altra tecnica procreativa, principi fondamentali della società – la pratica della maternità surrogata è una realtà molto diffusa a livello mondiale e, in determinati Paesi – tra i quali Georgia, Grecia, Israele, Regno Unito, Russia ed Ucraina⁴ –, pure ammessa dalla legge, con requisiti specifici previsti dall'ordinamento interno⁵. Questi ultimi Stati rappresentano per molte persone single e/o coppie la

* Dottoressa in Diritto Italiano presso l'Università di Innsbruck, Austria. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Questa definizione appare nel cosiddetto *Rapporto Warnock, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, Londra, 1984.

² Nel presente scritto si preferisce adottare la denominazione di "maternità surrogata", nonostante si riscontrino in merito opinioni contrastanti nella dottrina e nella società. C'è, infatti, chi, sostenendo che tale pratica non implichi necessariamente un processo di maternità, preferisce optare per il titolo più tecnico di "gestazione per altri" – utilizzato anche nella lingua francese – *gestation pour autrui*. A parere di chi scrive, tuttavia, una tale scelta appare discutibile, poiché seppur tecnica, meglio proprio perché tecnica, tende a porre uno dei soggetti più vulnerabili della condotta, la madre surrogata, in secondo piano, quando invece le andrebbe garantita la posizione preminente non solo a livello di tutela giuridica, bensì e prima di tutto a livello sociale, ossia per quanto riguarda il gergo comune attraverso cui la stessa viene identificata dal sentire sociale diffuso. Si sostiene, infatti, che quand'anche nella fattispecie concreta la maternità surrogata avvenga con donazione di ovuli, non si può negare l'instaurarsi tra i due soggetti – madre portante e nascituro – di quell'esperienza relazionale psicofisica che caratterizza il periodo di gravidanza. Inoltre, l'espressione "gestazione per altri" tende a connotare a priori la pratica come altruistica, volta a porre in essere una prestazione generosa e caritatevole in favore di altri, quando, invece, il fattore altruistico oltre ad essere contestabile, non è neppure sempre presente e/o garantito e garantibile.

³ I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Tomo I, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1479-1496.

⁴ L'elencazione degli Stati che ammettono per legge la pratica della maternità surrogata riportata nel testo non vuole essere esaustiva. La questione si è posta originariamente negli Stati Uniti dove il noto caso "Baby M" (*In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988)), relativo ad un'ipotesi di maternità surrogata tradizionale a contenuto patrimoniale, ha animato il dibattito pubblico, non solo a livello giuridico. Trattandosi di una competenza statale, la disciplina nel panorama statunitense è molto eterogenea, estendendosi da Stati particolarmente "surrogacy-friendly" (come la California) a quelli nei quali i relativi accordi costituiscono forme di reato (come ad esempio il Michigan).

⁵ Informazioni consultabili nel questionario "Replies by the member States to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on right to know about their origin for children born after MAP", 2012, del Comitato direttivo per la bioetica (CDBI) del Consiglio d'Europa, reperibile su <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016803113e9>> (ultima consultazione 11.12.2015) così come nello Studio del Parlamento Europeo "Il regime di maternità

meta per raggiungere il soddisfacimento del proprio desiderio di procreare, nei casi in cui la donna non sia in grado di portare avanti una gravidanza per ragioni di sterilità o malattia. Il cosiddetto turismo procreativo⁶, in particolare, è spesso legato ai divieti sanciti dall'ordinamento giuridico del Paese d'origine, come nel caso dell'Italia, ove, infatti, il menzionato articolo 12 comma 6, legge n. 40/2004, in sintonia con l'atteggiamento maggioritario nel contesto europeo⁷, sancisce il divieto assoluto di maternità surrogata.

2. Forme di maternità surrogata

La maternità surrogata non è fenomeno nuovo, tutt'altro, esso è caratterizzato da un lungo e costante passato, nel quale, sempre circondata da un'aura di forte riservatezza, la gravidanza per la donna sterile veniva portata avanti grazie alla complicità di una sorella o un'amica, oppure della propria madre. Lo sviluppo delle tecniche procreative ed il costante aumento delle possibilità tecnico-scientifiche nell'ambito procreativo hanno però in seguito gradatamente accresciuto la complessità della scelta surrogatoria. Le conseguenze di tale progresso emergono sia con riferimento al numero di soggetti coinvolti – fino a cinque⁸, eventualmente con madre surrogata, donatori di gameti e genitori committenti –, sia per quanto riguarda la partecipazione del personale medico e sanitario coinvolto e la tutela della segretezza delle relazioni. Essa raffigura oggi una realtà particolarmente diffusa e l'unica possibilità per la donna sterile, malata o non più fertile per ragioni d'età, o per una coppia omosessuale di sesso maschile, di avere figli "propri"⁹, geneticamente legati ad uno od entrambi i componenti della coppia o, laddove non siano coinvolti i gameti della coppia e quindi non via sia alcun legame biologico tra nascituro e genitori committenti – né per quanto attiene il materiale genetico, né in relazione al legame naturale che si instaura tra donna e nascituro durante la gravidanza –, i

surrogata negli Stati membri dell'UE, 2013, sintesi reperibile su <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_IT.pdf)> (ultima consultazione 11.12.2015).

⁶ Questo fenomeno, presente in costante aumento su scala internazionale, viene definito *Cross-Border Reproductive Care* (CBRC) e solleva questioni etico-giuridiche limitatamente alle ragioni che spingono i soggetti al turismo procreativo, quali danni e quali benefici ne possano scaturire e quali obblighi debbano essere posti in capo a chi fornisce e chi attua le attività sanitarie in rapporto ai soggetti che si sottopongono a questi trattamenti di procreazione medicalmente assistita. Il CBRC coinvolge una pluralità di soggetti, i genitori sociali, i bambini "frutto" della tecnica applicata, i fornitori di questa, donatori di gameti, madri surrogate ed anche la popolazione locale delle regioni di destinazione. Su questo tema, si v. Ethics Committee of American Society for Reproductive Medicine, *Cross-border reproductive care: a committee opinion*, 21 marzo 2013, reperibile su <[http://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(13\)00396-8/fulltext](http://www.fertstert.org/article/S0015-0282(13)00396-8/fulltext)> (ultima consultazione 11.12.2015).

⁷ Sugli approcci normativi esistenti in materia a livello europeo si veda lo studio comparato svolto dal Directorate-General for Internal Policies – Policy Department, Citizens' rights and constitutional affairs, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013, reperibile sul sito www.europarlamento.eu.

⁸ Si veda il caso *Re Buzanca* (Superior Court of California, Family Law Division, 27 agosto 1997) della bambina nata con il "contributo" – in termini di materiale genetico, surrogazione di maternità e commissione di maternità – di cinque persone: la donatrice di ovuli, il donatore di sperma, la madre surrogata ed i genitori committenti. Nota di V. CARBONE, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità: il caso baby J*, in *Fam. dir.*, 1997, 405.

⁹ I. CORTI, *op. cit.*, 1481.

figli rappresentano in quest'ultimo caso più che altro il frutto, se non meglio il prodotto finale, di una programmazione e progettazione degli interessati.

Gli scenari possibili individuabili nella pratica della maternità per sostituzione sono molteplici. Essa si pone, infatti, all'interno del fenomeno della procreazione medicalmente assistita, benché non costituisca di per sé alcuna tecnica specifica: invece, è l'utilizzo delle diverse tecniche procreative a rappresentare il "mezzo" attraverso cui realizzare le diverse forme di surrogazione. Per *maternità sostitutiva tradizionale (traditional surrogacy)* s'intende il caso in cui l'ovulo fecondato sia quello della madre portante, mentre lo sperma proviene dalla coppia committente. Negli altri casi, la madre portante può essere fecondata con lo sperma di un donatore (*maternità sostitutiva tradizionale con donazione di sperma – traditional surrogacy and donor sperm*); oppure i gameti appartengono ai genitori intenzionali e, dopo aver proceduto ad una fecondazione *in vitro*, l'embrione viene trasferito nell'utero della madre portante (*maternità sostitutiva gestazionale – gestational surrogacy*); oppure la procedura di fecondazione *in vitro*, prima del trasferimento, può avvenire tra l'ovulo della madre intenzionale e lo sperma di un donatore (*maternità sostitutiva gestazionale con donazione di sperma – gestational surrogacy and donor sperm*); oppure ancora si può avere il caso in cui né i genitori intenzionali né la madre portante abbiano alcun legame genetico con il bambino e si proceda ad una fecondazione *in vitro* grazie alla donazione sia di ovuli che di spermatozoi (*maternità sostitutiva gestazionale con donazione di embrione – gestational surrogacy and donor embryo*)¹⁰.

Nonostante la molteplicità e diversità tra le pratiche descritte ed alle quali viene fatto ricorso per ottenere il soddisfacimento del desiderio procreativo, le considerazioni che esse sollecitano possono esser estese, sia pure solo in parte, all'intera gamma di fenomeni esaminati. Infatti, non si contesta in questa sede il ruolo esclusivo della coppia nei termini di procreazione assistita, e neppure il concetto di famiglia nucleare tradizionale accolto da una parte della dottrina ed in determinati contesti sociali, bensì ci si limita a porre la questione al solo concetto del principio filosofico del non-nuocere¹¹. In base a tale principio, in una democrazia liberale la libertà personale può essere limitata, tra l'altro, se il suo esercizio arreca pregiudizio o nuoce a dei diritti fondamentali altrui, come ad esempio quello all'integrità psicofisica o alla vita, oppure viola il divieto di discriminazione.

Sembra doveroso, in questo contesto, il rinvio ad un profilo che verrà esaminato nel prosieguo¹² con riferimento alla disciplina italiana e, più in particolare, all'inquadramento del divieto della surrogazione *ex lege* n. 40/2004, alla luce dell'esigenza di rispettare uno dei principi cardine del diritto penale: il principio di offensività nella sua veste di canone di controllo delle scelte di politica criminale. Infatti, impostando l'argomentazione nell'ottica dello sfruttamento della donna gestante, soprattutto laddove venga fatto utilizzo di ovuli donati da altra donna, madre committente o donatrice esterna, appare come il corpo della surrogata finisca per essere sussunto ad un ruolo di mero strumento per il raggiungimento di un fine, così da confermare l'idea di un suo sfruttamento e, nella maggior parte dei casi, la commercializzazione del corpo della donna così come la violazione della sua dignità uma-

¹⁰ Commissione Nazionale d'Etica per la Medicina (Svizzera, CNE), *La procreazione con assistenza medica. Considerazioni etiche e proposte per il futuro*, Parere n. 22/2013, Zurigo, 2013, 41.

¹¹ J. S. MILL, *On Liberty*, London, 1859.

¹² V. *infra* capitolo 5.

na, valori giuridici che, nel panorama italiano, sono posti alla base del divieto assoluto di maternità surrogata.

Il fatto che la donna gestante collabori alla realizzazione del “progetto procreativo” della coppia o della persona committente può realizzarsi, secondo una parte della dottrina, per fini patrimoniali o per spirito di solidarietà nei confronti di chi non è in grado di partorire un figlio proprio. Ad ogni modo, la diversa finalità dell’accordo surrogatorio, analizzata più attentamente nel prosieguo, non è affatto influente sul piano giuridico, dato che non poche sono le leggi a livello europeo ed internazionale¹³ che, pur vietando la maternità surrogata cosiddetta a contenuto patrimoniale (o maternità surrogata commerciale¹⁴), legittimano invece quella cosiddetta solidaristica. Inoltre, una maggiore apertura verso finalità che non siano di tipo economico si riscontra anche nella giurisprudenza¹⁵.

È a partire da un’attenta analisi della disciplina italiana e, all’interno di questa, del divieto di sfruttamento del corpo e del principio di offensività, che ci si interroga prima di tutto sui beni giuridici che la norma vuole tutelare attraverso il divieto assoluto di maternità surrogata, quindi sul fatto se la pratica in questione sia o meno giuridicamente ed eticamente accettabile nelle sue diverse forme e quale sia l’intervento del legislatore più auspicabile, sia a livello nazionale che internazionale, ai fini di una regolamentazione oltremodo necessaria ed improcrastinabile. Alla base di questa serie d’interrogativi, qualunque sia la conclusione cui il singolo voglia giungere, si impone sempre la neces-

¹³ A titolo esemplificativo, si riportano a questo proposito la disciplina del Regno Unito, *Surrogacy Arrangements Act 1985* e *The Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010* e quella canadese, *Assisted Human Reproduction Act 2004*, che ammettono entrambe la surrogazione di maternità, vietando tuttavia la pratica a fini patrimoniali. Ancora, pure la Convenzione sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna (CEDAW), convenzione internazionale adottata nel 1979 dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite, pare opporsi alla maternità surrogata commerciale nella parte in cui definisce la maternità nella sua funzione sociale, come spiegato in M. DARNOVSKY, D. BESSON, *Global Surrogacy Practices*, Working Paper No. 601 of the International Institute of Social Studies at the Erasmus University, Rotterdam, December 2014, 14.

¹⁴ Glossario redatto dalla Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato, Appendice A del documento preliminare n. 3 B, marzo 2014, *The desirability and feasibility of further work on the parentage/surrogacy project*, reperibile su <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03b_en.pdf> (ultima consultazione 11.12.2015). La definizione ivi stabilita degli accordi di maternità surrogata cosiddetta commerciale, o a scopo di lucro, prevede che «A surrogacy arrangement where the intending parent(s) pay the surrogate financial remuneration which goes beyond her “reasonable expenses”. This may be termed “compensation” for “pain and suffering” or may be simply the fee which the surrogate mother charges for carrying the child. This may be a gestational or a traditional surrogacy arrangement.», mentre quella per gli accordi solidaristici «A surrogacy arrangement where the intending parent(s) pay the surrogate nothing or, more usually, only for her “reasonable expenses” associated with the surrogacy. No financial remuneration beyond this is paid to the surrogate. This may be a gestational or a traditional surrogacy arrangement. Such arrangements often (but not always) take place between intending parent(s) and someone they may already know (e.g., a relative or a friend).».

¹⁵ I. CORTI, *op. cit.*, 1480. Prima dell’entrata in vigore della legge 40/2004, in giurisprudenza si segnala l’orientamento del Tribunale di Roma, ordinanza 17.2.2000 (cfr. M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 203 ss.) che riconosce validità ad un accordo a titolo gratuito di maternità surrogata sui presupposti della meritevolezza degli interessi, ossia dell’aspirazione della coppia contraente a diventare genitori e della solidarietà alla base dell’accordo concluso dalla madre surrogata a mero fine altruistico (art. 2 Cost.).

sità di un confronto con la realtà esperienziale della società contemporanea ove si riscontra un'innegabile diffusione ed un ricorrente impiego della pratica della surrogazione di maternità.

Di qui, la necessità, a livello di trattazione dottrinale così come nell'ottica legislativa, di esaminare la questione e le problematiche ad essa connesse nella consapevolezza che si tratta di un fenomeno fortemente presente ed in costante sviluppo, dati di fatto dai quali non si può in alcun modo prescindere. Ne consegue che, oltre a prender parte al dibattito socio-politico e giuridico sviluppatosi in materia limitatamente alle diverse prese di posizione, sia da ritenere per di più essenziale confrontarsi con le problematiche scaturenti dall'attuazione delle pratiche in esame ed adoperarsi per una loro regolamentazione, anche laddove, come in Italia, si sia optato per un divieto assoluto della maternità surrogata. Una tale scelta legislativa radicalmente repressiva non elimina certo le problematiche connesse al cosiddetto turismo procreativo, attraverso il quale molti soggetti scelgono di recarsi all'estero, in Paesi con regolamentazioni meno rigide, al fine di soddisfare propri desideri che non possono veder esauditi nel proprio Paese d'origine.

3. Disciplina italiana

Il divieto assoluto di maternità surrogata, nell'ordinamento italiano, è sancito dalla legge n. 40 del 19 febbraio 2004 che, nel disciplinare l'accesso legittimo alle tecniche riproduttive, introduce una fitta rete più generale di divieti, la cui violazione viene punita ricorrendo sia a sanzioni amministrative che a sanzioni penali. Queste ultime, più propriamente, sono previste dal legislatore per le fattispecie ritenute comparativamente più gravi, considerate maggiormente lesive dei beni giuridici assunti dalla norma ad oggetto di tutela: beni relativi al valore dell'embrione ed alla dignità della persona umana. L'articolo 12 comma 6 della legge in esame, come già anticipato, statuisce, in particolare, che è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro chiunque realizzi, organizzi o pubblicizzi la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità.

Non si contesta il fatto che suddetti beni siano meritevoli di tutela, ma ci si interroga sull'idoneità effettiva dello strumento penale a tal fine e, accogliendo una prospettiva di diritto penale laico e costituzionalmente pluralistico, si considera il necessario bilanciamento da compiere tra tali beni ed altri, corrispondenti a diritti pure coinvolti nella disciplina, tra i quali il diritto alla salute, il diritto alla genitorialità e la libertà di ricerca e di sperimentazione scientifica¹⁶. Se si osserva la vigente normativa italiana, l'impressione è che si tratti del portato di una strategia di politica criminale che punisce determinate condotte vietate, qualificandole come illecite, con "sanzioni draconiane" oltre che con misure restrittive della libertà personale. Infatti, sia per gli illeciti amministrativi, sia per i reati ex art. 12 – in cui rientra quello qui trattato – sono ulteriormente previste penetranti sanzioni accessorie a contenuto interdittivo: «la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale» (art. 12 comma 9), quella perpetua (art. 12 comma 7) e la sospensione per un anno dell'autorizzazione concessa alla struttura al cui interno è stata eseguita una delle pratiche vietate, nel caso di violazioni plurime o reiterate l'autorizzazione può essere revocata (art. 12 comma 10). Quest'ultima è una sanzione inflitta a

¹⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte speciale, I delitti contro la persona*, 4^a ed., Torino, 2013, Vol. II, Tomo I, 50.

coloro che siano ritenuti responsabili della violazione, ossia in capo a centri che praticano la procreazione medicalmente assistita. Si tratta di una misura in grado di determinare la chiusura della struttura stessa, priva di ogni collegamento con qualsiasi criterio d'imputazione e mancante di garanzie sufficienti quanto al procedimento d'applicazione: da ciò emerge una conferma ulteriore della natura afflittiva del trattamento sancito dalla norma¹⁷.

Il carattere estremamente rigoroso e severo della norma, che prevede l'intervento sanzionatorio dello Stato al fine di impedire la stipulazione di accordi surrogatori e proibire la pratica stessa, è reso palese non soltanto dalla natura e dalla misura della sanzione introdotta, sopra descritte, ma altresì dal fatto che la disposizione comprenda tra i soggetti imputabili, oltre agli operatori ed organizzatori, anche la coppia dei committenti e la madre surrogata¹⁸. Questa responsabilità "allargata" è conseguente al fatto che la clausola di non punibilità dei pazienti di cui al comma 8 dell'articolo 12 non menziona specificatamente le tecniche di procreazione medicalmente assistita ex comma 6. La disposizione ex comma 8 viene definita dalla dottrina come clausola di non punibilità in senso stretto¹⁹: essa esprime una valutazione di opportunità da parte del legislatore, che rinuncia a punire una categoria di soggetti "deboli" all'interno del settore della procreazione medicalmente assistita, essendo costoro sottoposti ad una serie di sofferenze sia fisiche che psichiche, promuovendo però allo stesso tempo il ruolo del medico in qualità di "garante delle regole del gioco procreativo"²⁰. La maternità per sostituzione non è tuttavia interessata da questa clausola di esclusione della punibilità; ciò sta a significare che, laddove venga integrata la fattispecie dell'illecito cui questa si riferisce, l'uomo e/o la donna committenti, la madre surrogata ed eventuali donatori di gameti potranno rispondere a titolo di concorso con il medico (e/o con altri operatori ed eventuali organizzatori), a condizione che ricorrano gli estremi di un concorso di persone nel reato a norma degli articoli 110 e seguenti del codice penale²¹. La volontà del legislatore di colpire anche tali soggetti testimonia un'avversità maggiore nei confronti della pratica di maternità surrogata rispetto ad altre forme di procreazione medicalmente assistita, per le quali, seppur altresì vietate, la legge italiana non prevede sanzioni nei confronti di coloro che vi abbiano fatto ricorso.

Ancora, rileva nel testo normativo la mancanza di definizione della maternità surrogata stessa: questa scelta legislativa non è ininfluente per la disciplina. Infatti, da un lato essa manifesta una contrarietà assoluta verso la surrogazione, sanzionata in ogni sua forma²², oltre a prevedere una forte tutela anticipata al momento di pubblicizzazione della pratica. Dall'altro lato, la norma solleva rilevanti questioni interpretative che introducono la possibilità di differenti configurazioni della pratica, con

¹⁷ S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale: materiali per una discussione*, 2^a ed., Torino, 2014, 33.

¹⁸ I. CORTI, *op. cit.*, 1489-1490.

¹⁹ Sulle cause di non punibilità e sulla logica che le ispira, si v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 3^a ed., Milano, 2009, 351 ss.

²⁰ G. LOSAPPIO, *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2^a ed., Padova, 2007.

²¹ E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Tomo I, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1537-1601.

²² Si noti a questo proposito che è minoritaria la dottrina per cui il comma 6 dell'articolo 12 vieterebbe soltanto gli accordi a fini patrimoniali.

conseguenze sanzionatorie diverse²³. Inoltre, questa disposizione dall'intento proibitivo ed altamente punitivo, lascia molteplici questioni non disciplinate ed irrisolte: si pensi, ad esempio, all'assenza di disciplina per quanto attiene gli effetti di eventuali, seppur vietati, rapporti surrogatori o, ancora, alla mancata regolamentazione dell'identificazione dei genitori legali e dello *status filiationis*²⁴.

4. Divieto di "sfruttamento" del corpo umano e delle sue parti in quanto tali

Molti degli interrogativi sollevati dalla pratica di surrogazione possono essere analizzati alla luce della discussione morale relativa al commercio delle parti del corpo umano, anticipata nel diciottesimo secolo da Immanuel Kant nelle sue Lezioni sull'etica, ove il filosofo sosteneva che «il corpo costituisce la condizione assoluta per la vita (...) possiamo usare la nostra libertà solo attraverso il nostro corpo (...). L'uomo non è proprietario di se stesso, perché ciò sarebbe contraddittorio. Nella misura, infatti, in cui egli è una persona, egli è un soggetto, cui può spettare la proprietà di altre cose. Se, invece, fosse una proprietà di se stesso, egli sarebbe una cosa (...), è impossibile essere una persona e una cosa (...). In base a ciò non gli è consentito vendere un dente o un'altra parte di se stesso»²⁵. Kant afferma così l'indisponibilità delle parti del corpo umano, che non possono dunque essere utilizzate a vantaggio di un terzo né tantomeno essere oggetto di commercio. Forte è la contrapposizione del filosofo all'idea per cui l'uomo possa essere proprietario di se stesso. Costui non è *cosa*, bensì *persona*.

In questo senso, il concetto di sfruttamento del corpo umano è legato al vantaggio economico che può essere ricavato da un'eventuale commercializzazione dello stesso corpo o delle sue parti in quanto tali, con possibili remunerazioni e/o compensi. Le differenti possibilità biotecnologiche d'intervento sul corpo umano, proprie del costante sviluppo tecnico-scientifico, trovano un momento di unificazione normativa nell'esclusione dell'essere umano dalle logiche mercantilistiche, il cui fondamento è rappresentato dall'art. 21 della *Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la Biomedicina* del 1997. Questa rappresenta il primo trattato internazionale sulla biomedicina ed il «primo strumento giuridico internazionale obbligatorio che protegge la dignità, i diritti e le libertà dell'essere umano contro ogni abuso di progressi della biologia e della medicina», fondandosi sull'idea che «l'interesse dell'essere umano deve prevalere sull'interesse della scienza o della società»²⁶. L'articolo 21 della Convenzione pone un limite assoluto alla disponibilità commerciale delle parti del corpo umano, statuendo che «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto»²⁷, con riferimento ad organi e tessuti umani, incluso il sangue. Tuttavia, tale previsione ammette

²³ Considerare, per esempio, la donazione di ovociti nell'ambito della surrogazione di maternità piuttosto che riconoscerla come forma di fecondazione eterologa.

²⁴ I. CORTI, *op. cit.*, 1489-1490.

²⁵ I. KANT, *Lezioni di etica*, Roma – Bari, 1991, 160 ss.

²⁶ Consiglio d'Europa, *Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina*, in <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007d003>> (ultima consultazione 11.12.2015).

²⁷ Lo stesso principio è ribadito anche dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea ove viene disposto, al comma 2 dell'articolo 3 rubricato "Diritto all'integrità della persona", che «Nell'ambito della

te, in ogni caso, un compenso ragionevole per spese in cui la persona interessata sia incorsa e/o per lucro cessante. È rilevante il fatto che il concetto alla base di tale statuizione sia proprio il principio della dignità umana, che deve essere tutelata e garantita nel campo biomedico, valore che ricorre anche in altri testi di diritto internazionale²⁸ ed è divenuto nel corso dell'ultimo secolo una costante basilare quale diritto inviolabile, acquistando un riconoscimento su diversi piani: da quello normativo, a quello scientifico-teorico ed a quello giurisprudenziale-applicativo.

L'essere umano che sia sottoposto a sperimentazione e ad interventi medico-scientifici, fra i quali rientrano anche le tecniche di procreazione medicalmente assistita, infatti, mai può essere considerato quale mero strumento: egli è il fine dell'attività ed occorre sempre garantire una massima tutela della sua dignità, la quale rappresenta, a sua volta, un bene certamente prevalente rispetto al progresso medico-scientifico²⁹.

Un riferimento alla dignità personale, nozione generale carica di contenuto etico e dalle interpretazioni più varie, può, da una parte, rappresentare un argomento a favore dell'estensione del concetto d'autonomia dell'individuo, ma, dall'altra e allo stesso tempo, costituire pure una valida giustificazione per imporre allo stesso individuo modelli di valori *ab externo*, a discapito del principio pluralistico. In tutti gli svariati tentativi di definizione della nozione di dignità è rinvenibile un riferimento alla morale, che a sua volta costituisce un concetto indefinito, caratterizzato da una duplice proiezione. La morale può essere privata e personale, cioè l'insieme di regole di condotta che l'individuo pone a se stesso ed al proprio comportamento; questa morale non può essere imposta da un'autorità esterna. Dall'altra parte, vi è il concetto di morale collettiva e pubblica, un dato oggettivo che identifica ciò che è bene e ciò che è male, indipendentemente dal singolo individuo. Il prediligere un'accezione piuttosto che l'altra consente o meno di giustificare possibili ingerenze dell'ordinamento nella sfera di autonomia dei privati e di considerare la dignità personale quale elemento costitutivo della libertà di autodeterminazione del soggetto oppure quale limite alla stessa libertà. Da queste considerazioni emerge la problematica della conflittualità tra libertà individuale ed esigenza di tutela, questione centrale alla discussione bioetica sia dal punto di vista etico-filosofico, sia soprattutto sul piano normativo³⁰. Per quanto concerne questo dilemma, si potrebbe delineare una terza opzione aggiuntiva sulla possibilità di configurare, nel momento storico attuale, un minimo etico in base al quale costruire un concetto di dignità condivisibile dalla maggior parte della collettività. Un tale concetto andrebbe individuato direttamente nei principi contenuti nella Convenzione di Oviedo stessa, dalla quale si ricavano, in relazione all'ambito d'interesse della trattazione, il divieto di commercializzazione del corpo umano e la conseguente illiceità di qualsiasi forma di surrogazione di maternità praticata per fini patrimoniali.

medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: (...) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro».

²⁸ Si v. ad esempio la *Carta delle Nazioni Unite* del 1945 (nel preambolo) e la *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* del 1948.

²⁹ Per un'ampia trattazione del tema della sperimentazione clinica, si v. E. PALERMO FABRIS, *La sperimentazione clinica: profili giuridici*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 643-704.

³⁰ S. TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, in *Criminalia*, 2011, 317 ss.

Laddove la maternità surrogata favorisca lo sfruttamento della donna e lo svilupparsi di un mercato attorno ad un organo femminile, l'utero, che viene posto "in affitto" ai committenti la gravidanza, vi è, infatti, una violazione del divieto di trarre profitto dal corpo umano e dalle sue parti in quanto tali e, quindi, la pratica va considerata senz'altro illecita. Un'autorizzazione normativa della maternità sostitutiva sarebbe pregiudizievole per la madre portante in considerazione delle varie ripercussioni che la pratica può avere nei suoi confronti, trattandosi di un soggetto particolarmente vulnerabile nel contesto in oggetto³¹.

Innanzitutto, la pratica comporterebbe inevitabilmente dei rischi fisici legati alla gravidanza, al parto e ad un'eventuale interruzione della gravidanza, oltre che relegare la donna ad un ruolo di oggetto, implicandone il rischio di strumentalizzazione³², soprattutto ove venga fatto utilizzo di ovuli donati da un'altra donna, madre committente o donatrice esterna, poiché il corpo della madre portante finirebbe per essere un mero strumento di raggiungimento del fine procreativo, arrecando pregiudizio all'autonomia ed alla vita privata, oltre che essere contraria al concetto di dignità umana quale diritto inviolabile della persona. Oltretutto, si profila un rischio di notevole rilevanza sociale, giacché tale situazione implicherebbe lo sfruttamento delle donne economicamente o socialmente più svantaggiate, in ipotesi anche su scala quasi "industriale"³³.

Ancora, il semplice consenso di una persona non garantisce, di per sé, un'assenza di strumentalizzazione, soprattutto laddove il consenso venga dato in situazioni di particolare difficoltà di natura economica e pure personale, tale da far sorgere dei dubbi relativamente alla validità della manifestazione di volontà. Infatti, lo sfruttamento della maternità sostitutiva mette spesso in rapporto delle coppie occidentali abbienti con donne di Paesi del cosiddetto Terzo mondo, spesso poco scolarizzate o addirittura illetterate, che vivono in condizioni socio-economiche svantaggiate, condizioni dalle quali emerge l'assoluta necessità di garantire una tutela agli interessi ed ai diritti dei soggetti coinvolti.

³¹ Su questo tema, si v. S. SARAVANAN, *An ethnomethodological approach to examine exploitation in the context of capacity, trust and experience of commercial surrogacy in India*, in *Philos Ethics Humanit Med.*, 2013; 8: 10, ove l'autrice afferma che «Ethical arguments to justify commercial surrogacy, based on the assumption of the rational choice of entering into contracts and mutual benefit, are ignorant of social and cognitive conditions in a structurally unjust system.» e, ancora, sulla base di un caso studio di una clinica in India «Surrogate mothers were confined to surrogate homes, not given a contract copy, subjected to unnecessary medical interventions, not provided with medical insurance, and expected to breastfeed and bond with the children without any psychological counseling. These are all manifestations of exploitation and violation of basic human rights, as stated in Articles 1, 2, 9 and 14 of the Universal Declaration of Human Rights and The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights 2005».

³² Messaggio relativo all'iniziativa popolare "per la protezione dell'essere umano dalle manipolazioni nella tecnologia della procreazione (Iniziativa per una riproduzione rispettosa della dignità umana)" e alla legge federale concernente la procreazione con assistenza medica (Legge sulla medicina della procreazione) del 26 giugno 1996, 96.058, FF 1996 III 189, consultabile all'indirizzo <<http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10118646>> (ultima consultazione 11.12.2015), 1996, 267.

³³ Commissione Nazionale d'Etica per la Medicina (Svizzera, CNE), *op. cit.*, 44.

5. Logica del dono e preminente interesse del minore

Partendo dal presupposto per cui possiamo porre a giustificazione del divieto assoluto di maternità surrogata la volontà del legislatore di tutelare il bene giuridico della dignità umana collegato al divieto di sfruttamento e commercializzazione del corpo umano o delle sue parti in quanto tali, si vuole proseguire la trattazione soffermandosi sulla logica del dono e quindi sulla forma di surrogazione realizzata a titolo gratuito e per spirito di solidarietà. Infatti, qualora si riconosca che l'unico bene giuridico tutelato dalla norma sia la dignità della madre portante, bisognerebbe automaticamente ammettere la forma di maternità surrogata cosiddetta altruistica in quanto, venendo meno lo scopo del profitto, la dignità della madre surrogata non sarebbe violata, così che mancherebbe la giustificazione del divieto nella disciplina italiana. Dunque, occorre verificare se vi siano ulteriori beni giuridici che possano essere lesi dalla condotta in oggetto e pertanto posti a giustificazione del divieto³⁴.

Ciò che a tal proposito rileva maggiormente, a parere di chi scrive, è la posizione del nascituro all'interno delle relazioni socio-giuridiche della pratica di surrogazione e gli effetti che questa possa dispiegare nei suoi confronti. Si pensi al concetto di unitarietà della figura materna³⁵ e, ancora, all'assenza di legame prenatale tra madre e figlio, oltre che alle ripercussioni del fenomeno sullo sviluppo del bambino. Se si conviene che la tutela del nascituro assurga a bene giuridico oggetto di tutela, il divieto assoluto di maternità surrogata della disciplina italiana risulta essere speculare al principio di offensività non soltanto per quanto attiene il divieto di sfruttamento del corpo umano limitatamente alla madre surrogata, bensì anche in riferimento al nascituro, per il fatto che questa pratica favorirebbe la mercificazione dello stesso, determinando un'ulteriore violazione della dignità umana. La maternità sostitutiva, nei confronti del benessere del nascituro, comporterebbe, infatti, ad avviso di una parte della dottrina³⁶, una rottura dei legami di attaccamento precoce fra la madre portante

³⁴ È fin troppo noto per doverlo qui riprendere l'orientamento della dottrina contemporanea in virtù del quale alla base di ciascun illecito debbano esserci beni giuridici determinati, quali entità reali dense di valore positivo alla stregua di un sentire sociale diffuso ed il concetto stesso di bene giuridico si fonda su una rappresentazione ideale pre-normativa funzionale a delineare il fondamento del reato. Sul principio di offensività, per tutti si v. M. RONCO, *Il reato*, in M. RONCO (opera diretta da), *Commentario sistematico al Codice Penale*, 2^a ed., Torino, 2011, Tomo I, 69-175 e dottrina ivi richiamata.

³⁵ Si v. a tal proposito il parere CNB *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014. La vicenda posta all'attenzione del CNB era quella dello scambio di embrioni avvenuto all'ospedale Pertini di Roma: gli embrioni di una coppia, ottenuti attraverso un percorso di fecondazione omologa, erano stati impiantati per errore nell'utero di un'altra donna, che, insieme al marito, si era a sua volta sottoposta ad un analogo trattamento, e portava avanti una gravidanza gemellare. A fronte di questo grave evento avverso e con problematiche dal punto di vista umano, etico e giuridico, la Regione Lazio chiedeva in data 6 maggio 2014 al CNB di formulare un parere. Il CNB non è entrato nel caso concreto per quanto concerne gli errori tecnici affermando di non poter risolvere il dilemma etico, ma ha esaminato sul piano generale i profili bioetici e biogiuridici emergenti, dichiarando inoltre di non voler, tuttavia, neppure criticare la legislazione italiana in base alla quale la madre del bambino viene identificata nella donna che lo partorisce.

³⁶ S. GOLOMBOK, L. BLAKE, P. CASEY, G. ROMAN, V. JADVA, *Children Born Through Reproductive Donation: A Longitudinal Study of Psychological Adjustment*, in *J Child Psychol Psychiatry*, giugno 2013, 54 (6), 653-660. Nelle conclusioni finali dell'articolo, vengono riassunti i punti principali dei risultati dello studio svolto: «An increasing number of children are being born through reproductive donation, i.e. by the donation of gametes (sperm or eggs), embryos, or the hosting of a pregnancy for another woman (surrogacy). Children born through egg donation, sperm donation and surrogacy were found to be well-adjusted, although surrogacy children showed ele-

ed il bambino, di quell'esperienza relazionale psicofisica che inevitabilmente si instaura tra gestante e nascituro durante qualsiasi gravidanza. Infatti, anche laddove la madre surrogata non abbia alcun nesso genetico col feto, sono comunque presenti legami di tipo epigenetico che ne influenzano lo sviluppo. Le ripercussioni sul nascituro, sempre ad avviso della richiamata dottrina³⁷, sarebbero notevoli e scientificamente dimostrate soprattutto per quanto concerne l'elevato rischio di disturbi psichici determinati da tale pratica atti ad incidere negativamente sullo sviluppo armonico del bambino, fattore che determinerebbe una sua strumentalizzazione, tale da farlo divenire «una merce che può essere comandata presso terzi»³⁸. Infine, come ulteriore pregiudizio, sarebbe rilevante la netta prevalenza riconosciuta agli interessi dei genitori intenzionali rispetto a quelli del bambino. Si solleva al riguardo la preoccupazione dovuta al fatto che la pratica in oggetto causerebbe problemi analoghi a quelli riscontrabili in situazioni di adozione, con la differenza, però, che mentre l'adozione risponde e dà una soluzione ad una situazione di abbandono già esistente – per esempio, in caso di bambini privi di assistenza od orfani -, nel caso della maternità surrogata si provoca volontariamente una difficoltà che prima non esisteva³⁹ e che, come si è già avuto modo di argomentare, produce serie conseguenze anche sul nascituro, soggetto terzo alla pratica stessa.

È lo stesso Comitato Nazionale di Bioetica ad affermare che i genitori, i procreatori, i donatori sono sì titolari d'interessi etici e giuridici rilevanti, ma che la loro tutela debba rimanere subordinata rispetto alla realizzazione degli interessi del nato. La preminenza dell'interesse del minore è uno dei principi generali delle normative nazionali ed internazionali⁴⁰ nell'ambito della filiazione, clausola generale in forza della quale i diritti del minore devono esser posti in una posizione di preminenza rispetto agli interessi e diritti riconosciuti ai genitori. I riferimenti normativi e giurisprudenziali in materia indicano un complesso di garanzie inviolabili e non negoziabili del minore da ricollegare all'ambito dei diritti della personalità⁴¹.

Le valutazioni in termini di offensività vanno peraltro ulteriormente sviluppate e messe a confronto con la logica del dono nell'ambito della maternità surrogata; logica in virtù della quale occorrerebbe

vated levels of adjustment difficulties at age 7. The children who were aware of the circumstances of their birth were more vulnerable to the effects of maternal distress. The absence of a genetic connection to either the mother or the father is not associated with adjustment difficulties but the lack of a gestational connection may place children at increased psychological risk».

³⁷ S. GOLOMBOK, L. BLAKE, P. CASEY, G. ROMAN, V. JADVA, *op. cit.*

³⁸ Messaggio relativo all'iniziativa popolare, *op. cit.*, 267.

³⁹ Commissione Nazionale d'Etica per la Medicina (Svizzera, CNE), *op. cit.*, 43.

⁴⁰ Il concetto d'interesse superiore del minore trova un valido fondamento nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale ha basato molte delle sue ultime pronunce su questo concetto, enunciandone la portata e la necessità che esso venga attuato da parte delle legislazioni nazionali. Principio fondamentale, il preminente interesse del minore è concetto dinamico e di natura *self-executive* che necessita di essere valutato nel caso concreto, ciò anche in linea con la posizione assunta in merito dalla nostra Corte Costituzionale. Si v., in particolare, per la giurisprudenza della Corte EDU, le sentenze Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 26 giugno 2014, *Mennesson e Labassee c. Francia*, ric. 65192/11 e 65941/11, e 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. 25358/12 (rinviato davanti alla Grande Camera), reperibili su <hudoc.echr.coe.int>.

⁴¹ Si v. a tal proposito il parere CNB *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014, già richiamato in nota 30.

ammettere il gesto di solidarietà di una donna che, al fine di aiutare altri soggetti nel raggiungimento di un desiderio procreativo, si presta a porre a disposizione il proprio utero, il tutto per generosità e senso d'altruismo. In questa teoria rientrerebbero anche le considerazioni relative alla cessione di reni, fegato e midollo per trapianti, a partire dalle quali ci si può interrogare sulla compatibilità tra queste e la pratica della maternità per sostituzione, con la consapevolezza che è la stessa Corte Costituzionale⁴² a far rientrare il concetto di genitorialità in quello più ampio di salute. Quest'ultimo, previsto all'art. 32 Cost. quale diritto fondamentale dell'individuo, è caratterizzato da un'accezione ampia tale da intenderlo quale «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità»⁴³, in conformità a quanto espresso, già nel 1948, dall'Organizzazione Mondiale della Sanità⁴⁴. Se assumiamo per valida tale definizione, fatta propria anche da parte della giurisprudenza di merito e costituzionale, ci è possibile far rientrare nel concetto di salute, oltre all'integrità fisica intesa come assenza di menomazioni, anche l'aspetto psicologico e sociale del soggetto. Dunque, in questa visione "allargata", si può ricomprendere anche la perdita della capacità procreativa, quale alterazione funzionale con possibili risvolti psichici importanti sui soggetti colpiti dall'impossibilità di riprodursi in via naturale.

Tuttavia, anche tale valutazione comparatistica con la donazione di organi ed il conseguente riferimento alla tutela del diritto alla salute del o dei genitori, non è – ad avviso di chi scrive – dirimente per affermare la liceità di tale pratica. Emerge, infatti, l'innegabile differenza tra cessione ed utilizzo. Sarebbe dunque l'utilizzo dell'utero di un'altra donna a far travalicare quel limite che invece giustifica le altre ipotesi di donazione di organi, coinvolgendo la maternità surrogata un soggetto terzo ed esterno al rapporto esperienziale, il nascituro, che verrebbe strumentalizzato per soddisfare il desiderio di genitorialità del genitore committente.

La tutela dei diritti del nascituro porta dunque ad una conclusione che si pone in opposizione alla logica del dono, alla possibilità di ammettere una generosità tale nell'essere umano da offrirsi quale culla per portare alla nascita un bambino non per sé, bensì per un'altra persona e/o coppia. Se, infatti, è indiscusso che in tali ipotesi vengono meno la commercializzazione e lo sfruttamento della madre surrogata, rimane tuttavia il fatto che la pratica in oggetto reca in sé rischi apprezzabili di conseguenze negative e non auspicabili nei confronti del nascituro, ragione per cui si argomenta, in questa sede, in favore di una contrarietà alla pratica di maternità surrogata, qualsiasi ne sia la forma in cui essa venga portata a compimento.

⁴² C. Cost. 10 giugno 2014, n. 162, in *Guida al Diritto*, 27/2014, p. 16, pronunciata nei giudizi di legittimità costituzionale degli articoli 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, promossi dal Tribunale ordinario di Milano con ordinanza dell'8 aprile 2013, dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanza del 29 marzo 2013 e dal Tribunale ordinario di Catania con ordinanza del 13 aprile 2013.

⁴³ Definizione di Salute, art. 2, lettera o), d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (*Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*), in suppl. ordinario alla G.U., 30 aprile 2008, n. 108.

⁴⁴ Già nel 1948 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definiva la salute come uno «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non solamente l'assenza di malattia o d'infermità».

6. Conclusione

Le valutazioni ed i ragionamenti fin qui svolti portano a condividere un atteggiamento precauzionale in riferimento alle pratiche di maternità surrogata, quand'anche sorrette dalla logica del dono, ragione per cui si ritiene condivisibile il divieto assoluto sancito dalla legge italiana n. 40 del 2004, che vieta ogni forma di maternità surrogata e non soltanto quella di tipo commerciale, nella prospettiva del preminente interesse del minore e della tutela dei diritti di questo, nonché nel pieno rispetto del principio di offensività.

Dal necessario bilanciamento tra beni giuridici coinvolti nella pratica e meritevoli di tutela è emersa, infatti, nel corso della trattazione, una possibile confutazione della logica del dono: se, da una parte, sosteniamo che una tale logica possa ammettere la maternità surrogata cosiddetta altruistica, giacché essendo basata sullo spirito di solidarietà della madre portante nei confronti dei committenti non violerebbe il divieto di sfruttamento del corpo umano, dall'altra parte, nondimeno, siamo costretti a rivalutare un tale ragionamento alla luce del supremo interesse del minore. Il nascituro, così come la madre surrogata, è certamente il soggetto più vulnerabile in un tale contesto, e si è visto come esso sia oggetto di rilevanti ripercussioni, sia dal punto di vista socio-giuridico, sia da quello medico e psicologico⁴⁵, fattori che debbono essere presi in considerazione, in quanto delineano potenziali possibilità di una sua mercificazione e di violazione della sua dignità.

Si sottolinea, tuttavia, l'importanza e l'improcrastinabile necessità di elaborare una regolamentazione nel campo della pratica della maternità surrogata a livello internazionale, allo scopo di porre fine a questioni problematiche a lungo dibattute e, soprattutto, frutto di continue ed innegabili violazioni dei diritti umani. Questa necessità affiora da un inevitabile confronto con la realtà esperienziale ove, nonostante la presa di posizione del legislatore italiano, occorre ammettere la notevole diffusione della condotta in esame, anche da parte di cittadini italiani. Emergono, infatti, le difficoltà legate alla mancanza di una tale regolamentazione che dovrebbe porsi, tra gli obiettivi, quello di stabilire e far rispettare le norme internazionali sul consenso libero e informato, di precisare le condizioni di validità giuridica del contratto, di vegliare a una non-commercializzazione della maternità sostitutiva, oltre che quello di garantire la difesa dei diritti e degli interessi della madre portante tramite un organismo (*medical advocacy*) indipendente dalla clinica nella quale ha luogo la fecondazione *in vitro* o il parto⁴⁶. Concludendo, si può ribadire l'opportunità di adottare una disciplina atta a regolare lo *status* del nascituro e del suo riconoscimento nei Paesi di origine dei genitori committenti, provenienti di regola da luoghi ove la stessa pratica della maternità surrogata è vietata. Infatti, il divieto assoluto statuito in Italia, in linea con altri Paesi europei, non fa certo venir meno la necessità di una disciplina che, a livello europeo ed internazionale, regoli le fattispecie risultanti dalla condotta della maternità

⁴⁵ Si vedano a tal proposito le riflessioni elaborate in M. DARNOVSKY, D. BESSON, *op. cit.*, 20-24. Interessante è quanto riportato da N. CAHN, E. B. DONALDSON, *Old Lessons for a New World: Applying Adoption Research and Experience to ATR*, in *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 24, 2011, 3, secondo cui, mentre il preminente interesse del minore è un principio legale e pratico portante nella disciplina dell'adozione, il settore della fecondazione assistita sarebbe invece focalizzato sull'ottenimento "del possibile" a livello medico a dispetto dei bisogni medici, psicologici e sociali dei soggetti coinvolti nelle differenti pratiche.

⁴⁶ Commissione Nazionale d'Etica per la Medicina (Svizzera, CNE), *op. cit.*, 44-45.

per sostituzione. Ciò che più si auspica in questa sede è che, anche questo, avvenga nel preminente interesse del minore, ancora una volta in linea con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁴⁷.

La finalità ultima del "legislatore internazionale", si rimarca, dovrebbe essere quella di supplire alle conseguenze inevitabili del contesto normativo così vario e differenziato, nel quale incalza sempre più l'incertezza normativa, soprattutto per quanto attiene alla difficoltà di regolamentare, nei singoli Paesi, attività diversamente consentite dalle legislazioni straniere e, soprattutto, ad avviso di chi scrive, quella di ridurre le potenziali offese ai diritti del nascituro, soggetto terzo rispetto all'abusato concetto di "procreazione". Si crede, infatti, siano proprio gli interessi ed il benessere di questo a dover prevalere, anche nel contesto comunitario ed internazionale, quando ci si accinge a discutere di tematiche in ambito procreativo, attraverso un'attenta analisi delle conseguenze psicologiche e sociali delle tecniche di fecondazione assistita sul nascituro, così che il baricentro di tutela giuridica si possa sbilanciare sul versante di chi, in maggior misura, risente delle scelte attuate "in sua assenza".

È dunque necessario orientare la discussione generale sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita maggiormente verso l'angolo prospettico dei diritti dei nascituri, in quanto si rileva costantemente la mancanza di un approccio incentrato sugli interessi dei figli nati da tali tecniche, essendo il baricentro piuttosto sbilanciato sul versante dei diritti dei genitori. Ciò che più si auspica è un'attenta analisi delle conseguenze psicologiche della maternità surrogata sul nascituro, così come si è già provato ad analizzare in questa trattazione, con riferimento alle esperienze relazionali psicofisiche che s'instaurano tra i soggetti coinvolti e, ancora, per ciò che attiene alla sua accettazione, tenuto conto anche delle possibili divergenze culturali e sociali. Con ciò non si vuole sostenere la tesi per cui la genitorialità socio-affettiva abbia un minor valore rispetto a quella genetica, anzi, tutt'altro, si ritiene che siano proprio i legami affettivi a garantire il benessere del figlio. Tuttavia, si auspica una maggiore enfaticizzazione del concetto di "filiazione" rispetto a quello maggiormente utilizzato di "procreazione": infatti, soltanto il primo prende in considerazione sia i soggetti attivi sia quelli passivi, sia genitori sia nascituro, ponendo al centro del rapporto il preminente interesse del figlio, mentre con la seconda nozione ci si riferisce ad un mero atto unilaterale che coinvolge solamente gli adulti, aspiranti genitori, cui segue un'automatica prevalenza del diritto e desiderio di procreare rispetto ai diritti ed il benessere del nascituro.

⁴⁷ Si vedano le considerazioni e la giurisprudenza riportate in nota 35.

The best interests of the child born *via* cross-border surrogacy. A comparison between Greece and Italy

*Theodora Chortara, Simone Penasa, Lucia Busatta**

THE BEST INTERESTS OF THE CHILD BORN VIA CROSS-BORDER SURROGACY. A COMPARISON BETWEEN GREECE AND ITALY

ABSTRACT: Greece has recently amended its legislation on medically assisted reproduction, extending the conditions under which surrogacy can be practiced and introducing one of the most liberalised regime of surrogacy in Europe . The aim of this paper is to investigate, in a comparative perspective, the consequences of these new provisions, taking also into account the Italian legal framework, considered one of the most restrictive at the European level – in the perspective of the most recent developments of the European Court of Human Rights’ case law. In particular, the paper focuses on the problem of the guarantee of the best interests of the child born through surrogacy and on the legal issues related to the phenomenon of cross-border surrogacy.

KEYWORDS: Surrogacy; Medically assisted reproduction; Best interests of the child; Cross-border reproduction; Right to know one’s origins.

SUMMARY: 1. Introduction. – 1.1. General legal framework. – 1.2. The protection of the child’s best interest: introductory remarks. – 2. Implementation of the method in Greece. – 2.1. Conditions for the application of surrogacy in Greece. – 2.2. The declaration of the birth before the competent authorities. – 3. “CROSS - BORDER” surrogacy and the ECtHR’ case law. – 3.1. The decisions in *Menesson v. France* and *Labassée v. France*. – 3.2. The case of *Paradiso and Campanelli v. Italy*. – 4. The best interest of the child born through surrogacy agreement. – 4.1. The Italian case-law: criminal and civil dimension. – 5. The right to know one’s biological origin: a difficult balancing among individual rights. – 5.1. The most recent aftermath of the right to know one’s origins in Italy: any possibility for an analogical application? – 5.2. The Greek legal framework concerning the right to know one’s origins. – 6. Conclusive remarks.

* *Theodora Chortara is Attorney at Law, LLM, Research Associate of the Faculty of Law of Aristotle University of Thessaloniki (Greece); Lucia Busatta and Simone Penasa are PhDs in Comparative and European Legal Studies, Faculty of Law, University of Trento (Italy). The article represents the fruit of joint reflections by the three authors. Nevertheless, paragraphs 1, 2 and 3 have been written by Theodora Chortara, paragraph 4 by Simone Penasa and paragraph 5 by Lucia Busatta. The conclusions have been written by the three authors. The article was subject to a double blind peer review process.*

1. Introduction

1.1. General legal framework

Greece and Italy are characterised by big differences in the legislation governing the process of medically assisted reproduction (MAR). So, while Greek Law on MAR (Law no. 3089/2002¹ and no. 3305/2005²) is one of the most liberal at a European level, in Italy, the relative Law no. 40/2004³, is described as anachronistic and incompatible with scientific developments on the issues of human reproduction, as well as with the legislation on MAR applied in other European countries⁴.

In this context, since 2002, the process of surrogacy is permitted under Greek law, as provided by Article 1458 of the Civil Code that regulates the specific conditions for its implementation (which will be presented *infra*). Recently though, the Greek legislation regarding surrogacy has become even more permissive: while, under the previous regime, the process was legal only if both the assisted woman and the surrogate mother were permanent residents in Greece, now, according to Article 17 of Greek Law no. 4272/2014, the assisted woman *or* the surrogate mother should have her permanent or *temporary* residence in Greece⁵. Therefore, after this legislative change of crucial importance, permanent residents of other states can also legally have access to the process of surrogacy in Greece⁶.

It could be easily imagined that Greece is trying to become a “candidate” destination, where couples (or even single women) from abroad can have access to a method which is prohibited in their State. It should be reminded that, in Italy, surrogacy agreements are prohibited by Italian Law no. 40/2004, that provides severe legal consequences in case the prohibition is violated⁷. In particular, according to Article 12 par. 6 of Law no. 40/2004, the implementation of surrogacy is criminally punishable with imprisonment from three months to two years and a fine from 600,000 euro up to 1,000,000 euro. Moreover, the Law no. 40/2004 does not exempt neither the assisted persons nor the surrogate mother from the above mentioned penalties, as it does, on the contrary, for other breaches of its provisions.

¹ Government Gazette no. 327 / 23.12.2002.

² Government Gazette no. 17 / 27.1.2005.

³ Official Gazette no. 45 / 24.2.2004.

⁴ See P. HANAFIN, *Law, Biopolitics and Reproductive Citizenship. The Case of Assisted Reproduction in Italy*, in *Tecnoscienza*, 1, 2013, 45; S. BIONDI, *Access to Medical-Assisted Reproduction and OGD in Italian Law: A Deadly Blow to an Illiberal Statute? Commentary to the European Court on Human Rights’s decision Costa and Pavan v Italy (ECtHR, 28 August 2012, App. 54270/2010)*, in *Medical Law Review*, 21(3), 2013, 474-486; G. REPETTO, «Non di sola Cedu...» *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2013, 131-166; L. BUSATTA, S. PENASA, *The Italian perspective on cross-border assisted reproduction: the law no. 40/04 in action*, in M. KAIIFA-GBANTI, E. KOUNOUGERI-MANOLEDAKI, E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU (eds.), *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, Athens-Thessaloniki, 2015, 435-453.

⁵ In the preliminary report of Law no. 4272/2014 it is noted that in this way «the possibility of access is extended to women – donors or future surrogates that have their permanent residence abroad».

⁶ For some thoughts regarding the reasons of this legislative change see. M. MILAPIDOU, *N. 4272/2014 and the amendments made to the Law 3305/2005 on Medically Assisted Reproduction*, in *PoinDik*, 2014, 978 ff.

⁷ According to Article 12 par. 6 of Law no. 40/2004, the implementation of surrogacy is criminally punishable with imprisonment from three months to two years and a fine of 600,000 euros to 1,000,000 euros.

1.2. The protection of the child's best interest: introductory remarks

The Greek legislation on assisted reproduction and, more specifically, Article 1 par. 2 of Law no. 3305/2005, expressly provides that «during the application of these methods the interests of the child to be born should be particularly taken into account». In the preliminary report of the same law, it is specified that the assessment of the child's interests is an expression of the fundamental principle of the protection of children's rights, safeguarded by Article 3 of the International Convention on the Rights of the Child and by Article II 24 of the Charter of Fundamental EU rights and, also, that this principle runs through the whole law of minors in the Greek legal system⁸.

On the other hand, in Italy, the legislator did not include in the text of Law no. 40/2004 explicit reference to the interests of the child to be born, as a restriction to be respected when the methods of MAR are being applied. However, in Article 1 par. 1 of Law no. 40/2004, it is stated, as a general principle, that the provisions of the Law assure the interests of all parties involved in the process of MAR, including the unborn («concepito»)⁹. Of course, it should be noted that some of the provisions of the Italian Law, aiming to protect the unborn can, in the same time, affect the interests of the child to be born. A typical example is the ban of pre-implantation diagnosis imposed on fertile couples – carriers of hereditary diseases, that was provided by the Italian Law, and was very recently lifted by the Constitutional Court¹⁰: in this decision, the Court stated that the Law, attempting to protect the “integrity” of the embryo from the invasive practice of preimplantation diagnosis and to avoid the practice of embryo selection seemed to undermine the interests of the future child who, because of this restrictive and contradictory legislative choice, was likely to be born with serious anomalies or pathologies.

However, issues regarding the protection of the interests of the child can arise not only before the application of the methods or during the period of gestation, namely when the child is not yet born, and so his “interests” remain quite “unclear”, but also after the birth of a child *via* MAR methods

⁸ Available at <http://repro.law.auth.gr/> (last accessed 27.02.2016).

⁹ See also the report presented to the legislative body of the Camera dei Deputati on 30.5.2001 by Giancarlo Giorgetti, one of the main initiators of the Law, according to which the law proposal was based on the following three principles: a) that the human embryo is a human subject from the moment of fertilization, b) protection of the family institution, as an essential unit of society, vital to the continuity of the human species and c) protection of the right of the infant to have a father and a mother to bring him up, to love him, to care for his education and to ensure him the necessary support until adulthood. See <http://storia.camera.it/documenti/progetti-legge/20010530-47-giancarlo-giorgetti-norme-materia> (last accessed 27.02.2016).

¹⁰ Decision no. 96/2015, Gazzetta Ufficiale, Serie Speciale no. 23/10.6.2015. An English translation of the decision is available on the website of the Italian Constitutional Court: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S96_2015_en.pdf (last accessed 27.02.2016). It must be noted that, even before the cited decision, ordinary judges came to interpret the Law, as to allowing the access to pre-implantation diagnosis also in favour of fertile couples carrying a genetically transmissible diseases (see, among others, decisions of Tribunal of Cagliari, 9th November 2012; Tribunal of Rome, decision of 23rd September 2013); see also the decision *Costa and Pavan v. Italy* (European Court of Human Rights, appl. no. 54270/10, 28th August 2012). For a comprehensive analysis of the case-law in this area, see B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2014.

and, for the purposes of the present analysis, *via* a surrogacy agreement, moment in which the legal recognition of personhood and the ownership of rights to be respected arise¹¹. A typical example is the case of the so-called “reproductive tourism”¹², otherwise, the “cross-border reproductive care”, as it should more correctly be referred to¹³, phenomenon which is highly expected to involve an increasing number of Italian citizens legally seeking a surrogacy treatment in Greece, because of the recent legal amendments in the latter State (see *supra*, 1.1.). As made evident by many recent judgments issued by Italian Courts¹⁴ and by the European Court of Human Rights¹⁵, such cases often present legal complications that arise when the couple applies for the registration of the newborn before the competent Italian authorities. Clearly, such situations and the way they are resolved by judges are directly reflecting their effects on the interests of children born through surrogacy.

The aim of this paper is to try to offer a concrete answer to this issue, taking in due consideration the ECtHR case law in similar situation and, in particular, the landmark decision in *Paradiso and Campanelli v. Italy*¹⁶. In the context of surrogacy, the interests of the child should be used as the dominant criterion to be taken into account in solving the above-mentioned problems, as it clearly emerges from the relevant decisions of the Strasbourg Court but, also, from some recent national judgments on the matter.

Consequently, a special paragraph will be dedicated to answer the question whether the interests of a child born *via* a surrogacy agreement and gametes’ donation in Greece (which is also legal according to the Greek Law) should be pursued also by acknowledging the child’s right to know her origins, and, in particular, the identity of the person that donated the genetic material¹⁷. Is it for the best interests of the child to provide her with a right to such information? And, in case of a positive response, wouldn’t that be a lack of protection of the rights of the donor of the genetic material? How to reconcile the right to anonymity of the donor with the right to know one’s genetic origins?

In order to achieve a more complete study of the subject and to answer the above mentioned questions, a brief monitoring of the “path” to be followed by a (Italian or other foreign) couple, who wishes to resort to surrogacy in Greece, from the beginning until the completion of the process (after the birth of the child and their return to their country of origin), will be attempted.

¹¹ Under the provisions of both the Greek (art. 35 of Civil Code) and the Italian Law (art. 1 of Civil Code) legal personhood is acquired at the moment of the birth.

¹² For the definition of the term, see. A. GRAMMATICAKI-ALEXIOU, *Fertility Tourism, European Law and Conflict of Laws Issues, Volume in Honor of Professor Ioannis Voulgaris*, Athens - Thessaloniki, 2011, 93.

¹³ See e.g. G. PENNINGS ET AL., *ESHRE Task Force on Ethics and Law 14: Equity of access to assisted reproductive technology*, in *Human Reproduction*, 23, 2008, 772-774.

¹⁴ See paragraph 4.

¹⁵ Although, for the moment, there is no legal case concerning Italian citizens that underwent a surrogacy treatment in Greece.

¹⁶ *Paradiso and Campanelli v. Italy*, appl. no. 25358/12, decided on 27th January 2015 and available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150770> (last accessed 27.02.2016).

¹⁷ It is noted that under art. 1460 of the Greek Civil Code, the identity of the persons who have donated their genetic material or their fertilized eggs is not revealed to the couple. Nevertheless, the child can have access to the clinical record with medical information on the donor, but only for reasons related with her own health.

2. Implementation of the method in Greece

2.1. Conditions for the application of surrogacy in Greece

The conditions for access to surrogacy in Greece are mainly provided by Article 1458 of the Greek Civil Code, according to which the assisted woman should file an application to the competent Court, before the transfer of the fertilised oocytes into the uterus of the surrogate mother, requesting the granting of judicial authorisation for the transfer. For the grant of judicial authorisation, the assisted woman must prove, by presenting the corresponding medical certificate, that she is medically unable to conceive but, also, that the candidate surrogate mother is able to conceive, as to her state of health¹⁸. Furthermore, under Article 4 par. 2 and 13 of Greek Law no. 3305/2005, the future surrogate should also pass a thorough psychological evaluation. Moreover, the assisted woman should not have exceeded 50 years of age, while, on the contrary, for the surrogate mother, there is no equivalent law provision providing for an age limit, as her ability to conceive and to bear a pregnancy is demonstrated by medical certificate.

As regards the genetic material to be used, given the fact that heterologous fertilisation is permitted in Greece, the genetic material (male, female or both) can legally come from a third donor. However, it should be underlined that, under Greek law, only “partial substitution” is possible, i.e. it is forbidden that the ova derive from the surrogate mother herself¹⁹.

If all the above-mentioned conditions are met, the assisted woman must provide the Court with a written and free of exchange agreement²⁰ between her and her husband and the future surrogate and her husband, from which the consent of all of the above persons applying the method and the altruistic nature of the agreement should be proved.

The Court, in order to authorise the transfer of the fertilised eggs and the gestation by the surrogate mother, must normally just verify if the above-mentioned conditions imposed by law for the legality of the process are satisfied. Since the entry into force of the Greek law, however, there has been a relatively small number of judicial decisions which go “one step further”, and seem to give attention not only to the legality, but also to the feasibility of the implementation of surrogacy in each single case. For instance, there have been decisions that, whilst allowing the implementation of the method, included in the reasoning evaluations on the couple’s financial situation, on their ability to raise the child in a loving environment with affection or even on the couple’s “positive presence in

¹⁸ In the prevailing view, in the concept of inability to conceive is included the case where there is a risk of disease transmission to the child. See. K. PANAGOS, *Surrogacy: Greek legal system and forensic implications*, Athens - Thessaloniki, 2011, 47.

¹⁹ See E. KOUNOUGERI – MANOLEDAKI, *Family Law*, Athens – Thessaloniki, 2003, 34, who states that the underlying reason of this prohibition is that it is “socially unacceptable” to deprive a woman who is biologically and genetically mother of a child (i.e. the surrogate mother) of the right to be also the legal mother of the child.

²⁰ However, according to Article 13 par. 4 of Law no. 3305/2005, «It doesn’t consist exchange: a. The payment of the expenditure required to achieve pregnancy, gestation, childbirth and maternity; b. Any actual damage of gestation because abstinence from work, as well as fees for dependent work, which was denied due to the absence, to achieve pregnancy, gestation, childbirth and postpartum. The amount of covered expenses and allowances is determined by a decision of the Authority».

the community”²¹. Such decisions, in which the child's interests (even if this term is not explicitly mentioned) have in fact been used as a separate additional condition for the admissibility of surrogacy, have been strongly, and not unfairly, criticised by legal scholars²². In particular, it has been argued that these evaluations may lead to future decisions prohibiting the application of the method because i.e. the couple will not be able to ensure a suitable environment for the child, imposing in that way restrictions on the private and the marital autonomy of the candidate assisted persons that are not described and required by Greek law. It should also be noted that at the moment in which each separate case is pending for authorisation before the Court, according to the Greek law, the “potential person” whose interests are at stake (namely the embryo) has not yet been created²³. Therefore, it is at least irrational (if not even dangerous) broadening the jurisdictional interpretation of the Law and applying additional conditions for the authorisation of the method, with the aim to protect a future person and, in the meantime, restricting the rights of persons who are already alive (the assisted couple). In any case, the rule followed by most decisions remains and should, for the reasons explained above, remain that, if the Court confirms that the conditions set by law for the implementation of the method are met, permission for the transfer of the fertilised ova is granted, without examining issues related to the child's interests.

The transfer will normally take place in a Greek MAR centre (even though such condition is not mandatory by law); during the pregnancy, the surrogate mother will undergo the necessary medical tests and follow up as any other pregnant woman.

2.2. The declaration of the birth before the competent authorities

After the birth of the child²⁴, the next step is the declaration of the birth before the competent authority, in this case before the Greek registry office of the municipality where the child was born. At this point, the Greek Law no. 344/1976²⁵ will be applied; its Article 20 provides that every birth must be declared within ten days before the registry office in the place where it took place, by a doctor or midwife certificate or, in case of failure to issue the relevant certificate, by a statement of the person

²¹ These are Monomeles Protodikeio Thessalonikis 29288/2010, 14946/2010 Monomeles Protodikeio Thessalonikis, Monomeles Protodikeio Thessalonikis 838/2010, Monomeles Protodikeio Thessalonikis 16574/2009, Monomeles Protodikeio Thessalonikis 395/2009 (all on Legal Data Bank ISOCRATIS), Monomeles Protodikeio Rodopis 400/2007, Armenopoulos 2008, 1046 et seq., Monomeles Protodikeio Katerinis 408/2006 Armenopoulos 2007, 863 et seq.

²² T. TROKANAS, *The application of methods of medically assisted reproduction and the interests of the child to be born*, in *Family law in the 21st century*, Athens – Thessaloniki, 2012, 127.

²³ Note that, according to the most prevalent view in Greek law, the legal protection of the embryo as such doesn't begin at the moment of conception, but after the implantation of the fertilised egg in the uterus. See, inter alia, E. SIMEONIDOU - KASTANIDOU, *Abortion as a matter of criminal law*, Athens – Thessaloniki, 1984, 180-181. Before this moment and until the 14th day after fertilisation, there is only a “fertilised egg” and not an “embryo” to protect. See also the Explanatory Report of Law no. 3089/2002, at KNoV, 50.2625.

²⁴ It is worth stressing that, in compliance with the legal framework we are dealing with, for the surrogacy agreement to be effective, it is necessary that the birth takes place in Greece. Otherwise – if for example the child was delivered in Italy – the relevant legislative (Italian) framework would be applied: therefore, in compliance with the principle *mater semper certa*, the surrogate would be registered as the legal mother of the child.

²⁵ Government Gazette no. 163/1976.

who has the legal obligation to declare the birth. Then, in the following paragraph of the same article, a special provision is dedicated to births *via* surrogacy and requires that the decision of the Court that authorised the implementation of the method should also be brought to the registry office. After receiving these documents, the responsible registrar will issue the relevant birth certificate, in which the assisted couple will be referred as the legal parents of the child and no reference will be made to the surrogate mother.

In other words, in Greek Law there is no need for the assisted persons to apply for a “parental order” after the birth of the child in order to establish the parental relationship, as it happens, on the contrary in other legal systems (i.e. in the United Kingdom²⁶); the judicial authorisation released before the transfer of the fertilised ova is playing this role. This is provided by Article 1464 of the Greek Civil Code, which stipulates that, in case of surrogate motherhood, the woman which was given permission by the Court is presumed to be the legal mother of the child. Therefore, from the moment of the birth, the child will be considered a legitimate child of the applicant woman and her husband²⁷. Then, in order to return to their country with their child, the couple should address to the competent consular authority in Greece, where they will have to hand in their child’s birth certificate and request the issuance of the essential travel documents for the newborn.

If at this point there is formal information of the competent authorities of the couple’s state that the child born through surrogacy (though legally practiced in Greece), and so, that the woman who gave birth to the child is not the one named on the birth certificate, legal complications for the couple, and, of course, for the child, may begin. Despite the fact that, as mentioned before, there is so far no *ad hoc* published decision for surrogacy performed by an Italian or, generally, a foreign couple in Greece, the Italian case law has in other similar cases adopted contradictory solutions, that sometimes omitted to take into account the best interests of the child, which are presented *infra* (chapt. 4). Before the presentation of the relevant Italian decisions, however, it is appropriate to make a brief reference to the importance that the recent case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) has attributed to the protection of the best interests of the child born after a surrogacy agreements between citizens of states where the method is prohibited and surrogate mothers, in states where the same method is legal.

3. “CROSS - BORDER” surrogacy and the ECtHR’ case law

3.1. The decisions in *Menesson v. France* and *Labassée v. France*

The two, relatively recent, decisions of the ECtHR in the cases of *Menesson v. France* and *Labassée v. France*, which directly invoked the criterion of the best interests of the child and highlighted its primary importance in comparison with the interests of the other parties involved in the context of surrogacy, will be briefly presented here.

²⁶ See Section 54 of HFE Act.

²⁷ Because the birth of the child took place while there couple was married, according to the Greek Law, the man of the couple will be the legal father of the child (Article 1465 of the Greek Civil Code).

The history of these cases is quite similar²⁸; it involves an application lodged by the interested couples (Mennesson and Labassée respectively) against France, whose authorities had refused to register the birth certificates of their children born through surrogacy legally performed abroad (in California and in Minnesota, USA). In both cases the applicant couples, after many years of litigation, had to face the dismissal of their claims by the French Court of Cassation, on the grounds that surrogacy agreements are forbidden by domestic (French) law, and, more specifically, by Article 16-7 of the French Civil Code, that poses a public policy restriction, according to which «any agreement relating to procreation or gestation on behalf of another is void».

The applicants argued that the measures adopted by the French Government violated Articles 8 and 14 of the European Convention on Human Rights. The ECtHR, in both cases, found that there had been a violation of Article 8 of the Convention, regarding the child's right to respect for her private life and rejected the other claims of the applicants.

More extensively, in *Mennesson* (which will be cited here, as more representative), the ECtHR noted that there is a lack of consensus among European States on the permissibility of surrogacy and on the legal recognition of the relationship between the assisted person(s) and the child born through this method abroad (§ 78) and confirmed that Member States should be accorded a wide margin of appreciation to decide on these matters (§ 79).

On the other hand, the ECtHR stated that in cases regarding the legal relationship between a parent and a child, a fundamental aspect of the identity of a person is at stake; consequently, the above-mentioned margin granted to the State should be reduced (§ 80).

Additionally, the Court noted that, while verifying the achievement of a fair balancing between the conflicting interests of the State and those affected by the solution adopted by the State, the Court must take into account the fundamental principle according to which, whenever children are involved, their best interests must prevail: «chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer» (§ 81)²⁹.

Then, after rejecting – for reasons not related to the problematic of this study – the complaint of the applicants for breach of their right to family life, the Court examined whether there had been a violation of the children's right to respect for their private life. According to the ECtHR, this right includes the ability of any individual to establish the “details” of his identity as a human being, which also includes the legal parent-child relationship. And the fact that France, whilst recognising that these children can legally relate with their parents abroad, refuses to register them as legitimate children on its territory, affects the identity of these children within the French society (§ 96). Moreover, it was accepted that the legal uncertainty regarding the recognition of French citizenship to these children and the implications on their heritage rights, have also negative effects on the personal identity of the last ones (§ 97 and § 98). The ECtHR noted that the non-recognition of the legal relationship be-

²⁸ For the background and the text of the decisions see *Mennesson v. France*, appl. no. 65192/11, decided on 26th June 2014, available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179>, *Labassée v. France*, appl. no. 65941/11, decided on 26th June 2014, available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180> (last accessed 27.02.2016).

²⁹ See Article 3.1. of Convention on the Rights of the child, according to which «In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration».

tween parents and children does not only affect the parents, but also the children themselves, whose right to respect for their private life, meaning that everyone should be able to establish the essence of her identity, including the legal relationship between parent and child, is attacked at its base. This situation, according to the Court, raises serious concerns as to its compatibility with the child's best interests. For this specific case, it was stressed that one of the two members of the couple (the man) had a biologic link with the children, which is a component of their identity and thus to deprive them of their legal relationship with their father would be contrary to their interests. Thus, taking into account the consequences of this serious limitation to the identity and the private life of the children, the Court ruled that France had exceeded the permissible limits of its margin of appreciation. Finally, the ECtHR further stressed that its reasoning takes into account the importance that must be given to the child's interests when balancing the conflicting interests and concluded, given all of the above-mentioned facts, that a violation of the children's right to respect for their private life had taken place.

Therefore, the ECtHR, by characterising the choice of the French law-maker to prohibit surrogacy as understandable, seems to implicitly accept this prohibition³⁰. Besides, the issue the ECtHR dealt with was not the legitimacy of the French law itself, but the judgment of whether its consequences were restricting the rights of the applicants (parents and children) in a manner that a violation of the Convention could be ascertained. In this direction, the Court used the criterion of the best interests of the child as the basic rule in order to resolve the pending case. Moreover, the ECtHR had already confirmed, through previous judgments, the primacy of the child's interests when they conflict with the public interest, the public order or the interests of an adult³¹. Thus, in the present case, the child's interests, in the sense of protecting the right to private life and, in particular in the building of personal identity, made the restrictions on establishing legal bonds between children born by the method of surrogate motherhood outside France and the interested couple intolerable under the conventional framework.

Furthermore, before condemning France for violation of Article 8 of the Convention, the Court underlined that the existence of a biological link between the children and the intended father clashed with the deprivation of the children of their legal relationship with the man whose genetic material had been used for the implementation of the process. However, the Court did not specify if its decision would have been different if there was no biological link with any of the two members of the couple, namely whether the biological link between the children with father was a *sine qua non* condition for the legal recognition of kinship in these cases³². This issue was, at least, partly addressed in *Paradiso and Campanelli v. Italy*, decided just a few months after *Menesson and Labasse*.

³⁰ G. PUPPINCK, CL. DE LA HOUGUE, *Cour européenne des droits de l'homme: vers la libéralisation de la GPA*, in *Revue Lamy Droit Civil*, 118, 1.9.2014, 78-84.

³¹ See M. DOUCET, *La France contrainte de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant issu d'une GPA*, in <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2014/09/15/la-france-contrainte-de-faire-primer-linteret-superieur-de-lenfant-issu-dune-gpa/#.VGsOGoe6rfY> (last accessed 27.02.2016).

³² See J. HAUSER, *État civil, après l'enfant conventionnel, un autre nouveau né, l'enfant fait accompli*; *Note sous Cour européenne des droits de l'homme, 26 juin 2014, arrêt numéro 65192/11, affaire Menesson contre France et Cour européenne des droits de l'homme, 26 juin 2014, arrêt numéro 65941/11, affaire Labassée contre France*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 3, 1.7.2014, 616-619, who supports, among other things,

3.2. The case of *Paradiso and Campanelli v. Italy*³³

The specificity of the facts that occupied the ECtHR in the case *Paradiso and Campanelli v. Italy* lies in the fact that the Italian authorities removed from the claimants' custody the child born after a surrogacy process conducted in Russia. According to the decision, a married couple, Donatina Paradiso and Giovanni Campanelli, after unsuccessful attempts to procreate by IVF in their country, addressed to Russia, where they had a child through surrogacy process with egg donation from a third donor in a clinic in Moscow. As provided by Russian law, the applicants' names were recorded in the child's birth certificate. The birth certificate did not include any mention to the process of surrogacy which had been implemented. The mother of the child went to the Italian consulate in Moscow, where she handed the relevant child's birth documentation and obtained the necessary documents of the child, so that he could travel to Italy. A few days after their return to Italy, the Italian consulate in Moscow informed the Italian authorities that the child's birth file contained false information. Thus, a criminal proceeding was opened against the couple for «alteration of civil status», false declaration before a public authority and violation of the law on adoption. At the same time, the child was declared in a state of “abandonment” according to the predictions of the Italian law on adoption and a procedure for placing the child under guardianship was opened. The Italian authorities refused to register the child's birth certificate in Italian records. After DNA tests ordered by the judicial authorities, it was revealed that neither Giovanni Campanelli nor Mrs. Paradiso were genetically linked with the child and, based on this assumption, the Juvenile Court ordered the removal of the child from the couple's custody and, some time later, the child was assigned to another family.

The couple appealed ultimately before the ECtHR, protesting that the refusal of the Italian authorities to register their child's birth certificate in Italian records and the removal of the minor constituted a violation of Article 8 of the Convention. They also noted that the interest of the child to remain with them should have been the only criterion used by the Italian authorities in order to decide on their case (§ 65).

The ECtHR dismissed the first complaint of the applicants on the non-registration of the birth certificate of the child. However, on the removal of the minor from the applicants, the ECtHR recognised the existence of a “*de facto*” family life between the couple and the child, fact that resulted in the applicability of Article 8 of the Convention. Then, while judging whether there had been a violation of Article 8, the Court reiterated its established position that, in the judgment of whether a fair balance between the public interest and the private interests at stake was observed, the best interest of the child should always be regarded as superior and be protected as such (§ 75). Indeed, according to the ECtHR, this obligation lies on the Member State, regardless of the nature of the parental link, genetic or other (§ 80).

that if the ‘key’ are the child's interests, it should also be accepted for the same reason, namely to protect the interests and the private life of the child, the recognition of kinship for a same-sex couple that procreates through MAR methods.

³³ *Paradiso and Campanelli v. Italy*, appl no. 25358/12, decided on 27th January 2015, available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151056> (last accessed 27.02.2016). See also L. LENTI, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2015, 472, who correctly notes that the real object of the ECtHR decision is adoption and not surrogacy.

With specific regard to the removal of the child from the couple's custody, it was pointed out that this was an extreme measure, which should have been the last resort and, as such, could have been justified only if it aimed to protect the child from an immediate danger (§ 80). Finally, the ECtHR decided that it was not convinced about the appropriate nature of the measures that the Italian authorities had used, taking in particular into account the fact that «a child should not be put at a disadvantage because of the fact that it came into the world by surrogate mother» as to the crucial issues related to citizenship or identity (§ 85) and judged that the Italian authorities had failed to adopt a fair balance of interests of the parties, in violation of Article 8 of the Convention. Nevertheless, the Court noted that this violation did not require the Italian authorities to return the child to the applicants, since this had undoubtedly developed emotional bonds with the family to which it was assigned and with which lived since 2013.

4. The best interest of the child born through surrogacy agreement

4.1. The Italian case-law: criminal and civil dimension

Within the Italian case-law, the use made by Italian judges of the “open-textured” principle of the best interest of the child has been plural and not free from uncertainty and inconsistency. It was just recently that Italian judges started to privilege interpretations fully consistent with the best interests of the child, as interpreted by the ECtHR case-law.

If we analyse the recent case-law of criminal (and civil) courts in the light of the best interests of the child, two issues seem to be particularly relevant and challenging: on the one hand, the determination of legal parenthood; on the other hand, the right to know genetic origins (see the following paragraph).

With regard to the first issue, it is worth noting a different approach between the Court of Cassation (Civil section), on the one hand, and a recent trend within Italian criminal Tribunals (Varese, decision of 8th October 2014; Pisa, decision of 10th April, 2015), on the other one.

While the Court of Cassation denied the recognition of parenthood, due to both the absence of any biologic link with the new-born child and the violation of public policy (see below), the Tribunal of Varese, on the grounds of the above-mentioned ECtHR case-law (*Mennesson v France*), has chosen a very different approach³⁴. The Court in Varese, diverging from the Court of Cassation's interpretation of the scope and meaning of the principle of the child's best interest, discharged the couple, that consciously declared a biological link between the woman and newborn children (surrogacy agreement in Ukraine), and stated that the right of the children to have a certain and stable parenthood relationship must prevail on the traditional rules provided by the Italian legal system in the context of the definition of legal parenthood. Interestingly enough, on the one hand, the *Corte di cassazione* does not directly enforce the ECtHR case-law, giving its own interpretation of the concrete case; on

³⁴ The case is available at http://www.biodiritto.org/index.php/item/579-surrogata_varese14 (last accessed 27.02.2016).

the other hand, the Tribunal of Varese directly applies the ECtHR case-law, in order to bypass the Italian legislation in the context of legal parenthood³⁵.

The analysis of the two reasoning clearly shows a different approach to both the interpretation of the best interest of the child and the role of ECtHR case-law, although the different nature of the jurisdictions involved must be underlined: civil – *Corte di cassazione* - and criminal – Tribunal of Varese and Pisa –. Therefore, on the one hand, the *Cassazione* was called to recognise the legal parenthood of the Italian couple; on the other hand, Tribunals of Varese and Pisa decided on the criminal responsibility of Italian couples for *alterazione di stato*³⁶ of the child born on the ground of a surrogacy agreement signed and implemented abroad.

The *Corte di cassazione* (Civil section, n. 24001/2014), after having preliminary declared the surrogacy agreement void according to the relevant national law (Ukraine) as both gametes were donated, states that the parenthood declaration made by the Italian couple was invalid too. The declaration is contrary to public policy, intended as shared fundamental national values, within which it must be intended also the prohibition of any surrogacy agreement, to guarantee both the principle of human dignity of the pregnant woman and the legal institution of adoption. Interestingly, the Court clearly states that the decision not to recognise any legal relationship between the couple and the child does not violate the child's best interest: according to the Court, «the legislature considered, not unreasonably, that the interest of the child is guaranteed by attributing motherhood to the woman giving birth to the child. Furthermore, adoption is the means selected by the legislature, instead of the mere agreement between private parties, to realise parenthood separated with any biological link». The *Cassazione* goes to dismiss also the reference to the ECtHR case-law, differently from the approach of the Tribunal of Varese. According to the Court, the ECtHR – in the case *Mennesson v. France* – recognised, on the one hand, the State's broad margin of appreciation; and, on the other hand, the concrete case was different, as one of the men was the biological father of the child born via surrogacy agreement³⁷.

³⁵ Related to the identification of the ECHR as a source of law within the Italian legal order, see – among others – Italian Constitutional Court, decisions nn. 348-349/2007, 80/2011, 313/2013, 49/2015. Recently, A. PIN, *A Jurisprudence to Handle with Care: The European Court of Human Rights' Unsettled Case Law, its Authority, and its Future, According to the Italian Constitutional Court*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, 1st May 2015, available at <http://www.iconnectblog.com/2015/04/mini-symposium-on-cc-judgment-49-2015> (last accessed 27.02.2016); D. TEGA, *A National Narrative: The Constitution's Axiological Prevalence on the ECHR—A Comment on the Italian Constitutional Court Judgment No. 49/2015*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, 1st May 2015, available at <http://www.iconnectblog.com/2015/04/mini-symposium-on-cc-judgment-49-2015> (last accessed 27.02.2016); G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, in http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1430150015MARTINICO_2015.pdf; A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)* in Consulta Online, 2013, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri27.pdf>. (last accessed 27.02.2016).

³⁶ According to article 567 of the Italian Criminal Code, «anyone who through the replacement of a newborn, alters her/his civil status shall be punished with imprisonment from three to ten years. The punishment of imprisonment from five to fifteen years shall be applied to anyone who, in the process of formation of a birth certificate, alters the newborn's civil status through false certifications, false declarations or other untruth».

³⁷ With regard to the relationship between Cassazione and ECtHR case-law, see M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *BioLaw Journal – Rivista di*

On the contrary, the Tribunal of Varese does not recognise any criminal responsibility for an Italian couple, in the light of guaranteeing the certainty of the legal *status* of the children born *via* surrogacy. Their interest, especially when one of the members of the couple is the biological parent, must prevail on the competing public interest to detect false declarations on legal parenthood. Guaranteeing them a stable legal status, which is at the same time coherent with the social situation between them and the couple, performs the children's best interest. The goal to pursue the children's best interest allows judges to overcome the possible violation of the duty not to declare a false parenthood status, in line with the recent ECtHR case-law stating that the way of conception is not relevant for the recognition of parenthood. The plain denial of parenthood, due to the presence of a surrogacy agreement, will consist in an intolerable violation of the identity of the children, according to the Tribunal, in a way consistent with the ECtHR in the case *Mennesson v. France* (2014³⁸). By directly enforcing the ECtHR case-law, the Tribunal recognises the prevalence of the social link on the biological one, in the light of guaranteeing the best interest of the children and their right to identity.

It is possible to conclude, therefore, that on the point of the determination and the impact of the principle of the best interest of the child, the Italian case-law seems to express some key elements and normative variables, which orient the Tribunals' line of reasoning.

With regard to the determination of the content of such principle, the more recent decisions, in the light of the implementation of ECtHR case-law, seem to privilege a direct link between the best interest and a social understanding of familial relationships, which seems to prevail on the "mere" biological one (Varese). At the same time, other factors play a decisive role in defining the impact of the principle, even when intended according to a "social" perspective, on the concrete cases in which a couple has signed a surrogacy agreement abroad: the existence of a genetic link between at least one of the members of the couple³⁹; the role performed by the principle of the national public order⁴⁰; the consistency with the *lex loci*, which is a precondition on the point of criminal responsibility of couple in the light of the determination of filiation⁴¹.

BioDiritto, 2, 2015, 89 ff.; A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e CEDU a confronto*, in *Famiglia e diritto*, 3, 2015, 306-312.

³⁸ See T. TRINCHERA, *Maternità surrogata all'estero e responsabilità penale: il dibattito prosegue con una sentenza del Tribunale di Varese che si adegua ai principi espressi dalla Corte EDU e assolve gli imputati*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014 (last accessed 27.02.2016).

³⁹ The more critical is the legal determination of motherhood: on this regard, B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2, 2014, 178 ff.

⁴⁰ C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 12, 2014, 1132-1139; S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1, 2014, 81-104; G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata (Nota a Cass. 11 novembre 2014, n.24001)-Parte I*, in *Il Foro italiano*, 12, 2014, 3414-3416.

⁴¹ On this regard, see M. LO GIUDICE, *Maternità surrogata: alcune declinazioni penalistiche della trascrivibilità dell'atto di nascita formato all'estero; la non configurabilità del delitto di alterazione di stato (art. 567, comma 2 c.p.) per conformità alla "lex loci"; il difficile ruolo del diritto penale in campo biogiuridico: tra esigenze preventive, derive penalistiche e diritti dell'uomo*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2014, 1488-1494.

With regard to the third criteria, a decision of the Tribunal of Pisa (June 2015) contributes to clarify the approach of Italian judges⁴². In this case, criminal responsibility of an Italian couple for *alterazione di stato* following a surrogacy agreement signed in Ukraine and the related declaration of parenthood before the Italian authorities has been denied on the ground of the respect of the *lex loci*. The Italian Tribunal particularly outlines that the birth certificate is in compliant to the *lex loci* and, therefore, the Italian couple must be considered the legal parents of the children born through surrogacy. Accordingly, the couple couldn't have declared something different from what effectively declared, as there is a duty to respect Ukrainian legislation (see also Varese): the couple's behaviour, therefore, is imposed by Italian law on international private law (articles 15 and 17 of the decree of President of the Republic n. 396/2000) and seems to be in line with the recent ECtHR case-law, which the Tribunal of Pisa expressly refers to (*Paradiso and Campanelli v. Italy*).

In general terms, it is possible to conclude that, according to the existing case-law, the more those criteria are fulfilled within the specific concrete case, the more judges seem to be open to favour the social dimension of filiation on the biological/genetic one and to interpret the limit of the public order in the light of the protection of the best interest of the child, as interpreted by the recent ECtHR case-law⁴³.

5. The right to know one's biological origin: a difficult balancing among individual rights

The use of medical technologies applied to the field of reproduction (i.e. assisted reproduction *via* gametes' donation and surrogacy) raises several legal and ethical issues concerning the interests of subjects involved in these procedures. Among all, a particularly sensitive field is the one related to the possibility to disclose the donor's or the surrogate mother's identity, either to the parents or to the child.

The example we have been referring to, concerning an Italian couple seeking access to surrogacy in Greece, under the new law, might come across also to this issue and, in this perspective, the legal framework concerning the protection of the child's best interests deserves due consideration with regards to access to information concerning genetic parents or the surrogate.

In this context, there are different legal aspects that might be taken into account.

The first one is related to the possibility to know the donors' genetic or clinical profile for medical reasons, for example in case of need to access data concerning the prevalence of some given diseases. In this case, it seems that both the Italian and the Greek framework might permit the disclosure of those data which are necessary from a medical viewpoint in order to ascertain the relevant aspects of the genetic profile⁴⁴.

⁴² The decision is available at the following link: <http://www.biodiritto.org/index.php/item/684-surrogata-pisa> (last accessed 27.02.2016).

⁴³ M. RIZZUTI, *op. cit.*, 94, reasonably distinguishes between determination of parenthood and regulation of surrogacy, stating that the ECtHR approach does not entail any consequence in terms of legitimacy of national regulation and criminal sanctions in the context of surrogacy.

⁴⁴ With regards to the Italian legal framework, the Agreement adopted by Region in the aftermath of the Constitutional Court's decision no. 162/2014, which lifted the ban on gametes' donation, makes clear that

The second aspect is different and, maybe, more challenging from the legal point of view. Disclosing the identity of the donor for non-medical reasons, actually, could not be taken for granted, as it seems that – at the present state of art – there is no consensus among European States on the possibility of permitting access to the donor's personal identity. Moreover, those legal orders that enacted express provisions on the right to have access to information concerning the donor's identity are characterised by very different legal frameworks and the means by which this right is granted are significantly different. For example, the information could be requested by the person born after MAR at the age of 18⁴⁵, a difference between the type of data to be disclosed is foreseen, and so on. Among European countries, Sweden became the first one, in 1985⁴⁶, to legally regulate gamete donation and to recognise the right for all offspring «to obtain identifying information about the donor when they are sufficiently mature»⁴⁷. For the law to be properly effective, at least two conditions must be fulfilled: first of all, recipient parents should tell their children about the way they were conceived and, secondly, the offspring should be made aware of the possibility to have access to the donors' records and should apply to the competent authorities for donors' data disclosure⁴⁸. Quite interestingly, several arguments can be made either to favour or to oppose donors' identity disclosure to the offspring.

For the purposes of the present analysis, the issue of the right to have access to genetic information and to the identity of the donor or the surrogate will be taken into consideration comparing the Greek legal framework and the solution gained in the Italian legal order, after the interventions of the Constitutional Court on law no. 40/2004 on assisted reproduction and after some judicial decisions concerning the debated issue of "anonymous birth"⁴⁹ and its outcomes.

access to donors' clinical and genetic information for medical reasons has to be granted to the medical staff, but it excludes access to those data for the receiving couple.

Similarly, in Greece, as provided by article 8, par. 6, of law no. 3305/2005 and by art. 1460 of the Civil Code, medical «information regarding the donor is kept in a confidential archive without indication of the donor's identity. Only the child may have access to this archive and only for health related purposes of his own person».

⁴⁵ For example, in the UK, The Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004 and the 2008 to the relevant legislation provided for the disclosure of donor's identifying information.

⁴⁶ The law is no. 1140/1985, known as the Genetic Integrity Act, amended in 2006 (2006:351) and available at <http://www.smer.se/news/the-genetic-integrity-act-2006351/> (last accessed 27.02.2016).

⁴⁷ S. ISAKSSON ET AL., *Two decades after legislation on identifiable donors in Sweden: are recipient couples ready to be open about using gamete donation?*, in *Human Reproduction*, 26(4), 2011, 853. See also M. DENNISON, *Revealing Your Sources: The Case for Non-Anonymous Gamete Donation*, in *Journal of Law and Health*, 21, 2008, 8.

⁴⁸ Some recent studies investigated the impact of the law in Sweden and its effectiveness, as it seems that not all parents told their children about donation. S. ISAKSSON ET AL., *Two decades after legislation on identifiable donors in Sweden*, cit.

⁴⁹ With the expression "anonymous birth" we refer to the possibility provided by Italian law, that the woman who gives birth decides not to be nominated in the child's birth certificate. In this case, the law guarantees anonymity and no legal consequences to the mother, whether the child is left for adoption. As we will see, recently, the issue came to the attention of ordinary tribunals with regards to the request, made by a child (once achieved the major age), to know the mother's identity.

The Italian law on assisted reproduction has been challenged several times before the Constitutional Court, that – in three major decisions – lifted some of the most restrictive bans of the law⁵⁰. Among these, the opening to gametes' donation granted by decision no. 162/2014, contributed to a spreading of the debate that opposes those in favour for donors' anonymity and those *pro* data disclosure. Even though we cannot affirm that the Italian legal order has already reached a stand point on the issue, as the new national guidelines on assisted reproduction have just been approved but do not contain any precise indication on gametes' donation⁵¹, the Agreement reached by Regions in the aftermath of the constitutional decision in 2014 partially addressed the issue and represents – at the moment – the only source, which completes the Constitutional Court's decision, for the regulation of gametes' donation in Italy. The general principle Italian Regions agreed on is the one of donors' anonymity, thereby it will not be possible either for donors or for the couple who received the gametes to have access to the identity of the others. Just in case of medical necessity, it will be possible – for healthcare professionals – to recall the donors' clinical data. A part from the exception of extraordinary medical reasons, therefore, the general rule is the one of complete anonymity of the donor, both for the receiving couple and the new born⁵².

It should, anyway, be remarked that the aforementioned document has not the force of law or secondary legislation: it represents an agreement among institutions and its value – from the viewpoint of sources of law – is debated. Moreover, it is transitory in nature, as in its preamble it is stated that the document is aimed at granting the effectiveness of fundamental rights recognised by the Constitutional Court, by means of its decision no. 162/2014, in the wait for a legislative amendment. After the Constitutional Court's decision, in fact, the Government decided not to intervene either by a provisional decree with the force of law or with a new regulation, preferring to leave the matter to the Parliament and to permit the exercise of its full discretionary political power. Nevertheless, in order to grant an effective access to gametes' donation, Regions observed that an agreement on the main principles ruling its functioning might be of help, especially for health professionals working in authorised centres⁵³.

⁵⁰ Italian Const. Ct., decision n. 159/2009 on the limit of the simultaneous implantation of three embryos, with regards to the right to health of the mother; Italian Const. Ct., decision no. 162/2014 on assisted reproduction via gametes' donation; and more recently, Italian Const. Ct., decision no. 96/2015 on the access to pre-implantation genetic diagnosis for perspectives parents who are not formally infertile but are healthy carriers of a severe genetic disease that might affect the newborn. An English translation of all decisions is available on the website of the Italian Constitutional Court.

⁵¹ The Italian Ministry for Health approved the 2015 guidelines on ART on July 1st 2015. As to gametes' donation it is made clear that the discipline will be completed after the final approval of a regulation issued by the same Ministry and by the National Institute for Health which is also connected to the enforcement of the European tissues directives.

⁵² The document adopted by Italian Regions is available, in Italian at this web address: <http://www.biodiritto.org/index.php/novita/news/item/528-conferenza-regioni-e-ppaa-%E2%80%93-documento-sulla-fecondazione-eterologa> (last accessed 27.02.2016).

⁵³ Therefore, it follows that any further source of law concerning medically assisted reproduction via gametes' donation will not necessarily have to be based on the agreement and the document will anyway be overtaken by a new law or by a legislative amendment. At the moment, a few projects either for the enactment of a new law on assisted reproduction or for the modification of law no. 40/2004 have been presented in the Deputies' Chamber and in the Senate; for no one of them the official legislative proceeding has been started yet.

5.1. The most recent aftermath of the right to know one's origins in Italy: any possibility for an analogical application?

Almost contemporary to the Constitutional Court's decision and to the subsequent Regions' Agreement, the issue concerning the right to know one's origins came to the attention of ordinary tribunals, with regards to the possibility to disclose the mother's identity to the child in the case of anonymous birth.

Under Italian law, the woman who gives birth has the right not to be nominated in the child's birth certificate⁵⁴. In this case, the law provides for the right to remain anonymous for the mother; the child is therefore given for adoption and the relevant law on adoption finds application with regards to the creation of a legal link between the child and the adoptive parents. Recently, the legitimacy of these provisions has been challenged before the European Court of Human Rights and, subsequently, before the Italian Constitutional Court⁵⁵. The legal issue concerned the unreasonableness of the difference between the right to know the child's biological origins, provided by the law on adoption⁵⁶, and the exclusion of this possibility in the case of anonymous birth (originally provided by art. 28, par. 7, of the Italian law on adoption).

The case brought before the European Court of Human Rights concerned a woman, born after an anonymous birth, who filled an application to have access to the information concerning her biological mother. The Tribunal, applying the law on adoption, refused her request; therefore, she appealed to the ECtHR, affirming that the Tribunal's denial and the Italian legal framework violate her right to the respect of private and family life, protected by art. 8 of the Convention. The Strasbourg Court acknowledged that the present legal framework represents the result of a wrong balancing made by the Italian law-maker between competing fundamental rights and therefore Italy was condemned for violation of art. 8 ECHR⁵⁷.

A few months later, a very similar case came to the Constitutional Court, which confirmed the principles established in *Godelli*. In particular, the Court noticed that the irreversibility of the mother's anonymity is unreasonable, as the right of the mother must be balanced with the right of the child to know his/her biological origins, protected by article 2 of the Italian Constitution. Moreover, the Court found also a violation of the principle of equality, as this right is granted to adopted children, with the only exception of those born after anonymous birth. The Court finally suggested that it is for the law-maker to set a balanced system of rules whereby permitting to ascertain the subsistence of the willingness of the mother to remain unknown.

After a few years, no legislative intervention has followed the Strasbourg Court and the Constitutional Court decisions; therefore the judges that have been called to give the final answer to the re-

⁵⁴ DPR 396/2000, art. 30. It is worth noticing, however, that this possibility is explicitly excluded in case of ART, as provided by article 9, par. 2, or law no. 40/2004.

⁵⁵ The ECtHR decision is *Godelli v. Italy*, appl. no. 33783/09, decided on 25th September 2012; the Constitutional Court's decision is no. 278/2013. Both are available at www.biodiritto.org.

⁵⁶ The Italian law on adoption, law no. 184/1983, provides for the right of the child to have access to the information concerning his/her biological origins and the identity of his/her biological parents at the age of 25 (art. 28, par. 5). To this end, he/she should fill in an application before the competent juvenile court.

⁵⁷ For a comment to *Godelli v. Italy*, see C. SIMMONDS, *An Unbalanced Scale: Anonymous Birth And The European Court Of Human Rights*, in *The Cambridge Law Journal*, 72(2), 2013, 263-266.

quest of Mrs. *Godelli* and those involved in similar issues had to interpret the current legal framework under the lens of the principles established by the two Courts, by ascertaining the willingness of the mother to reveal her identity (or to remain anonymous) and then disclosing it to the son/daughter. In the case the mother has already died, the juvenile Court in Trieste has stated that there is no reason to maintain the anonymity of the mother as there are no competing interests to be balanced anymore. Conversely, a Court in Turin, just a few months before, hold that the right of the mother to remain anonymous persists even after the death of the woman. Therefore, without her consent, her identity could be disclosed to the son/daughter, with the only exception of medical data⁵⁸.

Even though this issue raises several interesting issues concerning the correct balancing between constitutional rights, the possibility to extend this discipline *via* analogical interpretation to the issue of assisted reproduction *via* gametes' donation could be highly debated. It could be argued that the right to know one's origins has a *rationale* in the case of adoption, whereas different principles could find application in the case of assisted reproduction. In this context, it is worth pinpointing that the discipline of anonymous birth and the connected right to know the mother's identity are enrooted in the need to give to the woman an alternative to abortion. Differently, this kind of balancing does not find place in the case of assisted reproduction, even *via* gamete's donation.

In any case, being the legislative framework concerning assisted reproduction *via* gametes' donation still not completely defined, it seems that it is for the Parliament to decide whether to provide for the possibility of donors' identity disclosure or for total anonymity, as suggested in the Regions' agreement. It is therefore preferable to enact a specific discipline concerning the rights of children born after gametes' donation, as the peculiarity of the situation, the necessary medical and biological intervention require a dedicated legal framework.

5.2. The Greek legal framework concerning the right to know one's origins

The Greek legal framework concerning the rights of persons born *via* gametes' donation and surrogacy is more precise than the Italian one. As provided by article 8, par. 6, of law no. 3305/2005 and by art. 1460 of the Civil Code, medical information concerning the donor must be recorded in the Cryopreservation bank and in the national registry of donors and recipients. Moreover, donors' identity could not be revealed to the recipient couple, but could be made available only to the child and just for reasons concerning his/her health⁵⁹. Whoever reveals the donors' identity or contravenes to legislative provisions regarding anonymity and data storage commits a criminal offence.

Therefore, as we could see, both countries opted for maintaining donors' anonymity, with the only exception of access to clinical data for medical reasons. This solution may represent one of the possible balances among the rights of persons involved, as the right to health of the offspring is guaranteed by the possibility to have access to medical data and records of the donors. With regards to this profile, it could be interesting to ascertain the correct and complete effectiveness of legal provisions,

⁵⁸ See Juvenile Court of Trieste, 8 May 2015, available at <http://www.biodiritto.org/index.php/item/667-trieste-parto-anonimo> and Turin Court of Appeals, 5 November 2014, available at <http://www.biodiritto.org/index.php/item/666-torino-parto-anonimo> (last accessed 27.02.2016).

⁵⁹ Art. 20, par. 3, of the law no. 3305/2005.

and the way in which the two countries are enforcing them, for example, with regards to procedures and time to access data, requirements to be fulfilled, responsibilities on medical professionals and so on.

The issue concerning the right to know one's origins, broadly intended, appears to be more challenging when applied to persons born after gametes' donation or surrogacy. In this perspective, acknowledging the existence of this right and, therefore, legislating to grant its effectiveness (as in the Swedish model), might open the field to more controversial issues, such as the existence of a (legal or moral) obligation on the recipient parents to reveal to their offspring that they were conceived by means of access to MAR techniques or surrogacy⁶⁰. The answer to this moral dilemma rests (and should remain) upon parents and should be solved within the relationship they decide to establish with their children. From a moral viewpoint, it seems that "telling the truth" could be the best way to create stable and certain familiar relationships. Conversely, from a legal point of view, it seems that if the law-maker decides to opt for a "disclosure mechanism", whereby permitting to the child born after gametes' donation or surrogacy to have access to his/her genetic parents' personal identity, a duty to tell to the child how he/she was conceived should be created upon parents, in order to make the right to know one's origin completely effective. At the present state of art, anyway, it could be argued that this decision rests within the national States' margin of appreciation, as it could not be observed a shared *consensus* on the issue at a European level.

6. Conclusive remarks

The significant progress that was recently noted in the field of MAR methods and the amendments of the relative Laws of the Member States towards a more liberal regulation of the subject, have contributed to the birth of an important number of children with the use of these methods⁶¹, many of whom are not biologically connected with one of their parents (or both of them). It could be claimed that the acceptance of surrogacy agreements under a small – but not negligible – number of legislations (among them, the Greek Law), has put into question the principle *mater semper certa est*. In this context, considering that this principle reflects a fact that, in the past (before the evolution of ART), was always true, but, nowadays, its strict implementation fails to describe and regulate in a fair manner the situations created by the use of some MAR methods such as surrogacy⁶², one could pro-

⁶⁰ It is interesting to point out that, with regards to the Italian legal framework on adoption, art. 28, par. 1, of the law n. 184/1983 provides that the adopted child shall be informed of her condition. To this end, it is for her adoptive parents to do it in the more appropriate way.

⁶¹ See for example the recent Report of the Italian Minister of Health to the Italian Parliament regarding the implementation of the Italian Law on MAR for the year 2013 (presented on 26.6.2015), where it is mentioned that the number of births via MAR methods in 2013 was up to 10.350. The Report is available at <http://www.iss.it/rpma/?lang=1&id=440&tipo=5> (last accessed 27.02.2016).

⁶² See also the decision of the Supreme Court of Ireland in the case *M.R. and D.R.* (2014), IESC (7 November 2014) where Judge Denham C.J. stated that the words *mater semper certa est* «were a simple recognition of a fact which existed prior to the modern development of assisted human reproduction» (§110). The decision is available at <http://www.biodiritto.org/index.php/item/570-mr-e-dr-surrogazione-irlanda> (last accessed 27.02.2016).

pose a new interpretation of the principle, which will respect, above all, the best interests of the child⁶³.

Such an interpretation should also respect the recent decisions of the ECtHR that interpreted the “best interests of the child” and stated that a child should not be put at a disadvantage because it was born after a surrogacy agreement. According to the ECtHR, the protection of the best interests of the child requires that the child is able to establish the “details” of his identity as a human being, including the legal parent-child relationship. And, in the case of a child born *via* surrogacy, the existence of a “*de facto* family” between him and the couple, as well his right to have a certain and stable parenthood relationship should prevail upon any legal restriction and result in the recognition of parenthood. Therefore, the meaning of the principle *mater semper certa est* should follow the recent case law – and this could be possible by two ways: either by the complete abolition of the principle or by rereading it in a way that distinguishes between the biological mother, namely the woman who gave birth to the child, the genetic mother (the one that donated the genetic material) and the legal mother (the woman who legally undergone MAR to have a child). The existence of a biological link between the child and one or both the members of the couple should not be regarded as an indispensable condition, but only as an additional one for the acceptance of legal parenthood, as our societies seem to have already accepted that the social understanding of familiar relationships prevails on the biological or genetic one.

On this regard, the comparative analysis of the Greek and Italian approaches to surrogacy agreement has shown how legal orders implementing opposite legal frameworks can be interlinked, in terms of effects of the access of Italian couples to the Greek legal context. This is inevitable, according to the principle of free movement of people and to the broad margin of appreciation to be recognised to each State in such ethically and socially sensitive context: at the same time, this phenomenon reveals the need for a national legal system to taking into account the effects of such phenomenon (surrogacy agreement abroad) within its own territory, in order to regulate them in a express, transparent and unambiguous way. It means that, whether it is not possible (and even appropriate) to call for a general acceptance of such technique at the national level, it is at the same time advisable, in terms of coherency and certainty, to call for a specific regulation of the effects of it with regard to the determination of parenthood based on a surrogacy agreement (legitimately, according to the *lex loci*) performed abroad.

The effects of such phenomenon on the Italian legal order have clearly shown the need for shared common standards in this context, in order to avoid the threat of an excessively diverging and unpredictable case-law: even confirming the absolute ban of surrogacy agreement at the national level, it is a Parliament’s responsibility (eventually by delegating this function to the Government) to provide for a regulation of parenthood in those cases, in the light of a full and adequate protection of the best interests of the children born through surrogacy agreements, without denying – in accordance with the national competences and within a broad margin of appreciation – protection to possible counter-interests, such as woman’s exploitation, certainty of parental relationships and the

⁶³ On the contrary, before the birth of the child, the use of the criterion of an abstract “interest of the child” not yet born in order to grant the judicial authorization for the process is not justifiable (see *supra* 2.1.).

“blanket clause” represented by the principle of public order⁶⁴. From the ECtHR case-law, it seems possible to derive relevant principles and criteria, which should be easily and efficiently implemented also at the national level: this process has been already inaugurated by the judiciary, but the entry into force of normative general standard to be implemented to each concrete case seems to be advisable, in order to guarantee a higher level of certainty and predictability and to avoid the judiciary, which must be – and it is designed as – a last instance means, but turns itself in an ordinary regulatory tool, being forced to “surrogate” Parliamentary function.

On this regard, the Italian case-law seems to show that variables such as the legitimacy of the agreement according to the *lex loci*, the existence of a biological link with at least one of the members of the couple, on the one hand, and the best interests of the new-born child and the principle of national public order must be taken into account at the time of implementing a general regulation of the legal effects of surrogacy agreement signed and performed abroad.

In this perspective, with specific regard to the best interests of the child, an aspect that should duly be taken into account by Parliaments while legislating on the matter is the one concerning the rights of children involved. The first dimension, as we have already underlined, is the one concerning the certainty of family relationships: this is an issue that involves, on the first instance, social parents, meaning those who started the process of surrogacy, but that has also remarkable consequences on the life of the child. Secondly, in connection to this profile, the need to properly address the right to know one’s genetic origins should also be at the core of legal regulation. Given that at the moment there is no shared common standard among European States on the matter, we could not argue that one specific model could take prevalence among another one. Nevertheless, the law-maker should bear in mind that, in compliance with the case law of the European Court of Human Rights, when a decision is taken, the legal framework should be drafted in a coherent way, as to avoid legal uncertainties and inconsistencies with other relevant disciplines⁶⁵.

The comparison between Italy and Greece shows one more aspect that deserves due considerations with regards to the States’ margin of appreciation in the regulation of ethically sensitive matters: given the social phenomenon of cross-border reproductive care and in consideration of the free movement principles operating within the European Union, the question is whether EU States opting for a restrictive regime should provide for “flexibility clauses” to properly address the needs of people travelling to another country to legally get what is prohibited at home.

Finally, with specific regard to the issue of surrogacy, it is worth pointing out that national prohibitions are forcing those who cannot naturally conceive to travel abroad to satisfy their parenthood desire. Given the ban on surrogacy provided by several legislations in European countries and the le-

⁶⁴ In this sense, it seems to be of paramount importance the recent decision by the Irish Supreme Court in a case concerning surrogacy, whereby the Court, dismissing the parents’ appeal against the denial of recognition of parenthood for the social mother, stated that this is a matter that has to be regulated by the Parliament: «The issues raised in this case are important, complex and social, which are matters of public policy for the [Parliament]» Irish Supreme Court, *M.R. and D.R* [2014] IESC 60 (7 November 2014).

⁶⁵ See *Costa e Pavan v. Italia*, appl. no. 54270/10, 28.08.2012. The need for an internal consistency of the legal framework has been already required by the ECtHR in its case law concerning national restrictive regulations on abortion. See *P. e S. v. Poland*, appl. no. 57375/08, 30 October 2012, par. 99: «once the State, acting within its limits of appreciation, adopts statutory regulations allowing abortion in some situations, it must not structure its legal framework in a way which would limit real possibilities to obtain an abortion».

gal uncertainties on the recognition of parental relations, several couples are seeking surrogacy agreements in states where a *laissez faire* regime permits commercial surrogacy. Fears of exploitation on poorer women living in developing countries⁶⁶ should serve as an incentive for European countries to address the issue of surrogacy and to try to find, at a national level, a balanced solution which is both respectful of the fundamental rights of persons involved and adherent to political and ethical choices States can adopt within their wide margin of appreciation.

⁶⁶ S. MOHAPATRA, *Achieving reproductive justice in the international surrogacy market*, in *Annals Of Health Law*, 21(1), 2012, 191. See also see the report *Birthing a market. A study on commercial surrogacy*, Sama – Resource Group for women and health, New Delhi, 2012.

Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera

*Domenico Rosani**

THE RIGHT TO KNOW ONE'S ORIGINS IN DONOR-ASSISTED REPRODUCTION: THE ITALIAN CASE FROM A COMPARATIVE PERSPECTIVE

ABSTRACT: The Italian Constitutional Court, with its judgment no. 162/2014, repealed the ban on assisted reproductive technology (ART) with gametes' donation. This paper deals with the right of the offspring to know his/her origins. This right should be (at least, partially) recognised because of the protection of psychological health and identity granted by the Italian Constitution. Both have to be understood in the light of the case law of the European Court of Human Rights. The current debate concerning ART with gametes' donation, however, is not taking these aspects into account. The paper exposes the legislation in Germany, Austria, Switzerland and UK. The first country didn't regulate the matter and is now confronted with remarkable problems. The last amended its legislation some years ago and could provide useful elements for a future Italian regulation.

KEYWORDS: Assisted Reproduction with gametes' donation; Right to know one's origins; European Court of Human Rights; Italian Constitutional Court; Comparative law.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sull'urgenza di una disciplina. – 3. La tutela della salute psichica: art. 32 Cost. – 4. Il diritto all'identità e il diritto al rispetto della vita privata: art. 2 Cost. e art. 8 Cedu fra Corte costituzionale e Corte EDU. – 5. L'attenzione alla situazione concreta: l'evoluzione della normativa sull'adozione. – 6. La mancata considerazione dell'interesse del nato nella sent. n. 162 del 2014... –7. ...e le sue variegata letture dottrinali. – 8. Uno sguardo all'estero. – 9. La mancanza di certezza del diritto in Germania, tra evoluzioni giurisprudenziali e sviluppi prevedibili. – 10. La puntuale disciplina di Austria e Svizzera. – 11. Alcune proposte dalla disciplina britannica. – 12. Cosa sta accadendo in Italia: l'assenza di considerazione degli interessi del nato. – 13. Conclusioni.

1. Introduzione

Chi crebbe negli anni Novanta, o chi in quel periodo ebbe figli, ricorderà probabilmente la trama di un film d'animazione al tempo molto popolare. "Hercules", liberamente ispirato alla mitologia greca e romana, trattava la storia di Ercole, allontanato in tenera età dall'Olimpo ed educato da una coppia di contadini. Una volta adolescente, il giovane – ignaro delle proprie origini – avverte gradualmente l'estraneità rispetto all'ambiente circostante, finché i genitori gli rive-

* Collaboratore scientifico presso l'Istituto di diritto italiano dell'Università di Innsbruck. Email: domenicorosani@yahoo.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

lano di averlo adottato. «Io allora da dove vengo?», si chiede Ercole, decidendo di dirigersi verso il tempio di Zeus per cercare risposte riguardo alle proprie origini.

Il caso di Hercules concerne, com'è evidente, un'adozione. Nondimeno, un'analoga esigenza di conoscere la propria provenienza potrebbe presentarsi anche nel caso di una persona concepita tramite procreazione medicalmente assistita (PMA) "eterologa"¹. Aspetto, questo dell'interesse del nato² a conoscere l'ascendenza genetica e a elaborare così la propria storia, che in Italia rimane tuttora non espressamente disciplinato.

Sebbene siano trascorsi quasi due anni da quando la Corte costituzionale, con la sentenza n. 162 dell'aprile 2014³, dichiarò costituzionalmente illegittimo il divieto di PMA eterologa previsto dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40, e nonostante l'espressa intenzione di regolare legislativamente l'ambito, le proposte di legge in esame in Parlamento non paiono infatti avvicinarsi a conclusione. Nel frattempo, superate le iniziali insicurezze⁴, l'applicazione delle tecniche⁵ eterologhe ha avuto avvio, sebbene permangano difficoltà fattuali di reperimento dei gameti, soprattutto quelli femminili⁶.

¹ È qui necessaria una nota terminologica. L'aggettivo "eterologo" si riferisce propriamente a organi, tessuti o sostanze provenienti da specie animale diversa; ciononostante esso verrà di seguito impiegato – come è il caso anche nella l. 40 del 2004 – per fare riferimento alle tecniche di PMA con utilizzazione di gameti provenienti da persona terza rispetto alla coppia che vi fa ricorso. Con riguardo a tale persona verrà impiegato il sostantivo – maschile e singolare – "donatore", consapevoli che potrebbe trattarsi di una donna oppure di più soggetti, qualora vengano usati sia gameti maschili che femminili di persone terze. Tale "donazione", oltretutto, non sempre avviene a titolo gratuito. Con riguardo alla relativa disquisizione sul termine inglese da impiegare si v. K. DANIELS, *Donor gametes: anonymous or identified?*, in *Best Practice & Research Clinical Obstetrics and Gynaecology*, 2006, 21 (1), 119.

² Nel presente elaborato la persona concepita tramite PMA verrà indicata col termine "nato"; si predilige tale sostantivo al termine "minore", pure molto frequente nella discussione, in quanto l'interesse a conoscere la propria ascendenza non è limitato al periodo della minore età; in tal senso si v. anche COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Conoscere le proprie origini nella procreazione medicalmente assistita*, 25/11/2011, 5, in http://www.governo.it/bioetica/pareri_abstract/Conoscere_le_proprie_origini_biologiche_nella_procreazione_medicalmente_assistita_eterologa25112011.pdf (ultima consultazione 08/01/2016).

³ Corte cost., sent. 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 26, 18 giugno 2014, 116.

⁴ A sostegno di una pronta attuazione della declaratoria di incostituzionalità si espresse il *Manifesto dei giuristi per l'immediata attuazione/il pieno rispetto della sentenza n. 162 della Corte costituzionale*, 24 luglio 2014, primi firmatari S. RODOTÀ, F. GALLO, G. BALDINI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, G. BRUNELLI, A. CALANDRINI, C. CASONATO, F. RE, B. PEZZINI, N. PAPANDREA, R. TONIATTI, A. SANTOSUOSSO, in <http://www.associazionelucascosioni.it/landing/manifesto-dei-giuristi-l-immediata-attuazioneil-pieno-rispetto-della-sentenza-n162-della> (ultima consultazione 08/01/2016).

⁵ Di seguito si parlerà, per ragioni di chiarezza, di "tecniche" eterologhe, consci che non si tratta di tecniche diverse da quelle impiegate nella PMA omologa bensì unicamente dell'utilizzazione di gameti esterni alla coppia; in tal senso si v. L. GIANFORMAGGIO, *La riproduzione medicalmente assistita e i diritti dei soggetti coinvolti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, par. 7.2, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/704.pdf (ultima consultazione 08/01/2016).

⁶ Si v. S. RAVIZZA, *L'Italia senza donatrici per l'eterologa*, *Corriere della Sera*, 12/11/2015, in <http://27esimaora.corriere.it/articolo/litalia-senza-donatrici-per-leterologa/>; L. GABAGLIO, E. MANACORDA, *Fecondazione eterologa: mancano i donatori. E le coppie ricominciano ad andare all'estero*, in *L'Espresso*, 09 marzo 2015, in <http://espresso.repubblica.it/inchieste/2015/03/06/news/fecondazione-eterologa-mancano-donatori-cosi-le-coppie-vanno-estero-1.202690> (ultima consultazione 08/01/2016).

Tra gli altri aspetti tuttora insoluti, spicca per importanza proprio la questione se il nato da PMA abbia diritto a conoscere l'identità dei propri genitori genetici, qualora diversi da quelli sociali⁷. La legge n. 40 del 2004, il cui art. 9 prevede e disciplina le conseguenze di una violazione del divieto, si limita a stabilire che «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi», sancendo la dissociazione tra parentela genetica e status giuridico, senza nulla invece enunciare sul differente diritto del nato di conoscere l'identità del donatore⁸.

2. Sull'urgenza di una disciplina

Appare imprescindibile disciplinare fin da subito la pretesa a conoscere i propri genitori genetici. Nonostante alcune voci sostengano il contrario⁹, non risulta infatti opportuno rimandare la sua regolamentazione al momento – presumibilmente, tra una ventina d'anni – in cui i nati da fecondazione eterologa cominceranno a chiedere lumi sulle proprie origini. Qualora in tal frangente venisse riconosciuto – presumibilmente per via giudiziaria – un loro diritto a ottenere informazioni, a fini identitari, riguardo alla persona del donatore, di difficile soluzione risulterebbe la situazione dei nati da donazioni effettuate sino a quel momento. Sia che tale diritto comprenda la possibilità di risalire all'identità anagrafica del donatore, sia che inerisca soltanto a informazioni non identificative sulla sua persona (ad es. età, lavoro, aspetto fisico, motivi della donazione), la questione non appare infatti risolvibile in maniera soddisfacente¹⁰. Qualora si desse priorità all'interesse dei nati, si dovrebbe infatti obbligare il donatore a rivelare la propria identità e/o informazioni sulla propria persona e le proprie con-

⁷ Con il termine "genitori sociali" verranno di seguito indicati coloro che, nel caso di PMA eterologa o adozione, si prendono cura del nato/adottato quale proprio figlio; il termine "genitore genetico" verrà utilizzato per riferirsi alla persona che, nella PMA eterologa, mette a disposizione i propri gameti per assecondare il desiderio di genitorialità di altri soggetti ed è quindi legata geneticamente al nato senza però rivestire giuridicamente per esso un ruolo genitoriale; la nozione di "genitore biologico" verrà infine impiegata nell'ambito dell'adozione per indicare coloro dai quali l'adottato è nato così come la partoriente che ha dichiarato di non voler essere nominata.

⁸ Non condivisibili sono pertanto quelle opinioni che affermano che la legge n. 40 del 2004 preveda l'anonimato dei donatori: in tal senso si v. ad es. G. BALDINI, *Cade il divieto di PMA eterologa: prime riflessioni sulle principali questioni*, par. 9, in <http://www.associazionelucacoscioni.it/sites/default/files/documenti/Commento%20sentenza%20Avv.%20Baldini.pdf> (ultima consultazione 08/01/2016). La maggior parte della dottrina è dell'opinione che la legge non preveda nulla a riguardo; si v., *ex multis*, R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, 146; G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Corr. giur.*, 2004, 8-9, 1074; C. CAVAJONI, *Procreazione assistita e status filiationis*, in M. DOSSETTI, M. LUPO, M. MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Milano, 2010, 113.

⁹ Si v. M. P. COSTANTINI, *Il diritto alla salute e la tutela del nato nella pronuncia costituzionale*, in M. D'AMICO, M. P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*, Milano, 2014, 58.

¹⁰ Diverso è invece il caso delle informazioni di carattere strettamente sanitario, per le quali risulta sufficiente la riconducibilità del materiale genetico alla persona del donatore tramite una banca dati accessibile al personale medico in caso di necessità. La mera potenziale disponibilità di tali informazioni sanitarie non pare tuttavia tutelare in maniera adeguata l'interesse del nato a conoscere la propria origine, per le ragioni che di seguito si esamineranno.

vinzioni più intime. Qualora venisse invece data preferenza al rispetto della vita privata del donatore e si sancisse il diritto a conoscere soltanto *pro futuro*, migliaia di nati si vedrebbero negata la possibilità di esercitare tale diritto in conseguenza della mancata disciplina *ab initio* della stessa ad opera del legislatore.

L'unica possibilità che permetterebbe di evitare tale nodo è che non venga mai riconosciuto alcun diritto del nato a ottenere informazioni sulle proprie origini. Tale prospettiva appare tuttavia improbabile, dal momento che già l'odierno quadro costituzionale permette di sostenere, in forza di diverse considerazioni – le principali delle quali di seguito si presenteranno – la configurabilità di tale diritto dei nati. Che esso in futuro venga riconosciuto appare pertanto un'ipotesi realistica, se non addirittura probabile¹¹. A seguire si tratterà pertanto dell'inerenza della conoscenza delle proprie origini alla tutela della salute psichica (par. 3) e alla protezione dell'identità e della vita privata (par. 4).

3. La tutela della salute psichica: art. 32 Cost.

Il concetto di salute sotteso all'art. 32 della Carta costituzionale si riferisce – come pacificamente riconosciuto da costante giurisprudenza della Corte di cassazione¹² e della Corte costituzionale¹³ – non soltanto alla salute fisica ma anche a quella psichica.

Con riguardo alla prima, data l'importanza di disporre di informazioni genetiche a fini di prevenzione e anamnesi¹⁴, per tutelare il nato non risulta necessario rivelare l'identità del donatore, essendo infatti sufficiente prevedere la riconducibilità del materiale genetico a questi. Qualora necessario, il personale medico potrebbe così ottenere da esso, con tutela dell'anonimato nei confronti dei terzi, informazioni utili al nato a fini sanitari.

¹¹ Non si vuole con ciò confrontare la "verità" genetica con la "verità" giuridica, né – a maggior ragione – affermare che sia soltanto la parentela genetica a fondare un legame genitoriale. Le presenti considerazioni mirano, diversamente, a mettere in evidenza come l'esistenza di una parentela sociale/giuridica non faccia venire meno l'importanza, per una persona, della conoscenza dei legami genetici esistenti con altri soggetti.

¹² Si v. ad es. Cass., SS. UU., sent. 18 dicembre 2008-21 gennaio 2009, n. 2437, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 926 ss.

¹³ In tal senso proprio Corte cost., sent. 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, pt. 7 del "considerato in diritto". Sulla questione si v. A. RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": la Consulta chiude al "dialogo" con la Corte EDU*, *Quad. cost.*, 2014, 3, 661; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *forum di Quad. Cost.*, 16/06/2014, par. 4.2, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2014/0025_nota_162_2014_penasa.pdf; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, *Osservatorio rivista AIC*, luglio 2014, 4, in <http://www.osservatorioaic.it/download/AlrZWWhybHpx6DGKdgBJ33uV5qYDTR0PnTMZfeu9o0f0/violini-2014.pdf>; sul concetto e sulla tutela della salute si v. inoltre i vari contributi in *BiLaw Journal*, 2014, 1, <http://www.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw&page=issue&op=view&path%5B%5D=1%2F2014&path%5B%5D=showToc> (ultima consultazione 08/01/2016).

¹⁴ Si v., *ex multis*, L. CALIFANO, *Diritto all'anonimato della madre naturale più "flessibile": la Consulta apre la strada e il Garante privacy la percorre*, *Quad. cost.*, 2014, 1, 143; E. DEL PRATO, *Intento e procreazione*, *Quad. di diritto mercato tecnologia*, 2014, 3, 42, in http://www.dimt.it/wp-content/uploads/2015/02/DelPrato_DIMT3_2014.pdf (ultima consultazione 08/01/2016).

In riferimento alla tutela della sfera psichica si pone invece la diversa questione, se la mancanza di informazioni riguardo alla propria ascendenza genetica possa incidere negativamente sulla psiche dei nati. Trattandosi di considerazioni scientifiche, la decisione sul punto non può originare da valutazioni politiche discrezionali, dovendo invece tenere in considerazione le conoscenze scientifiche e le evidenze sperimentali, così come ricordato dai giudici costituzionali nella stessa sentenza n. 162 del 2014¹⁵. Le scienze non forniscono attualmente una risposta sufficientemente sicura a tale questione, così come riconosciuto dalla maggior parte degli autori giuridici¹⁶. Solo talune voci dottrinali ritengono che, al contrario, gli studi a disposizione siano sufficienti per valutare l'incidenza, sulla psiche del nato, della consapevolezza dell'utilizzazione di gameti di persone terze al momento della propria fecondazione. Alcuni di tali ultimi autori ritengono pertanto che la scienza confermi la necessità della persona di disporre di informazioni sui propri ascendenti genetici¹⁷; altri forniscono invece una risposta diametralmente opposta, sostenendo che le risultanze scientifiche escludano conseguenze negative per il nato¹⁸.

A tal riguardo è da considerare l'esperienza di quei Paesi che – inizialmente prevedendo l'anonimato del donatore di gameti – sono stati interessati da massicce richieste da parte dei nati, frattanto divenuti maggiorenni, di poter aver accesso all'identità dei propri genitori genetici¹⁹. È questo il caso, ad esempio, del Regno Unito, il quale nel 2004 ha di conseguenza modificato la propria disciplina a riguardo e definito le informazioni non identificative sulla persona del donatore a cui il nato ha accesso

¹⁵ Corte cost., sent.9 aprile-10 giugno 2014, n.162, pt. 7 del "considerato in diritto".

¹⁶ In tal senso si v., *ex multis*, COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *op. cit.*, nota 11; L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, *Dir. fam.* 2012, 2, par. 1; S. DELLA BELLA, *Procreazione medicalmente assistita: prime note sulla legge della discordia*, *Resp. civ. e prev.*, 2004, 4-5, 1244, par. 5; C. CASINI, M. L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, 74, e gli studi ivi citati. Per le risultanze di alcune ricerche, si v. L. OWEN, S. GOLOMBOK, *Families created by assisted reproduction: parent-child relationships in late adolescence*, *Journal of Adolescence* 2009, 32 (4), 835; H. COLPIN, G. BOSSAERT, *Adolescents conceived by IVF: parenting and psychosocial adjustment*, *Human Reproduction* 2008, 23 (12), 2724; J. SCHEIB, M. RIORDAN, S. RUBIN, *Adolescents with open-identity sperm donors: reports from 12–17 year olds*, *Human Reproduction* 2005, 20 (1), 239; S. GOLOMBOK, A. BREWAEYS, M. T. GIAVAZZI, D. GUERRA, F. MACCALLUM, J. RUST, *The European Study of Assisted Reproduction families: the Transition to Adolescence*, *Human Reproduction* 2002, 17 (3), 830; F. LINDBLAD, C. GOTTLIEB, O. LALOS, *To tell or not to tell – what parents think about telling their children that they were born following donor insemination*, *Journal of Psychosomatic Obstetrics & Gynecology* 2001, 21 (4), 193.

¹⁷ L. CANOVA, *Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati da procreazione artificiale*, *Dir. fam.*, 2002, 2, 669 ss.

¹⁸ M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti*, Milano, 2012, 22. Al fine di sostenere l'assenza di ripercussioni negative per il nato, diversi autori fanno riferimento a uno studio dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, che avrebbe analizzato un campione di 25.000 nati da procreazione eterologa e così escluso ogni disturbo; sembra tuttavia che la fonte di ciò sia un'affermazione del senatore G. Mascioni nell'aula del Senato in occasione della discussione della proposta di legge sulla PMA, rinvenibile nel resoconto sommario e stenografico n. 504 del 10 dicembre 2003. Rimandano espressamente a tale affermazione R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, 123; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c. d. "fecondazione eterologa"*, in M. D'AMICO, M. P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*, Milano, 2014, 15.

¹⁹ Di una normativa estera in frequente evoluzione nonché di un'inversione di tendenza legislativa in quegli Stati che da più tempo permettono il ricorso alla PMA, nel senso di una maggiore considerazione dell'interesse del nato a conoscere le modalità del concepimento, parla COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *op. cit.*, 6 e 10.

nonché affermato, *pro futuro*, il suo diritto a conoscere i dati anagrafici del donatore²⁰. Al momento della predisposizione, negli anni Ottanta, della disciplina sulla PMA, non era infatti stata adeguatamente considerata la posizione dei nati da fecondazione eterologa, anche in ragione della loro minore età²¹.

Alla luce dell'ampia nozione di salute e delle esperienze estere che hanno mostrato come molte persone avvertano l'esigenza di conoscere la propria ascendenza genetica, la possibilità che il mancato riconoscimento di un tale interesse a conoscere comporti delle ripercussioni psichiche pregiudizievoli per i nati appare pertanto un'ipotesi plausibile. Qualora si ritenga che le scienze non siano attualmente in condizione di fornire un'analisi sufficientemente circostanziata quanto alle ripercussioni psichiche dell'ignoranza riguardo alla propria ascendenza genetica, un criterio precauzionale inviterebbe a prestare particolare attenzione alla possibilità che la procreazione eterologa sia effettivamente latrice di sofferenze psichiche per il nato. Non pare infatti ammissibile ignorare tali possibili ripercussioni psichiche e la loro potenziale notevole incidenza sul diritto alla tutela della salute soltanto in quanto le evidenze scientifiche non siano finora giunte a fornire una risposta univoca sul punto. A fronte del ricordato necessario accertamento della presenza di una patologia psichica per mezzo di valutazioni scientifiche e della conseguente inammissibilità di valutazioni puramente discrezionali del legislatore, risulta in ogni caso inammissibile una esclusione *ex lege* di un'eventuale incidenza sulla salute dell'ignoranza riguardo alle proprie origini genetiche²².

A tal riguardo è oltretutto da tenere in considerazione come la Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito: Corte EDU) in più occasioni abbia ritenuto non necessario un accertamento sanitario al fine del riconoscimento giudiziario delle sofferenze psichiche patite. In tal senso si sono espressi i giudici di Strasburgo ad esempio nel caso Godelli²³, concernente la richiesta di una donna italiana, adottata dalla famiglia Godelli in seguito a parto da donna che non aveva consentito ad essere nominata nel certificato di nascita (di seguito: parto anonimo), di conoscere l'identità della propria madre biologica. Dopo aver inutilmente adito i tribunali italiani, la signora Godelli nel 2009 fece ricorso alla Corte di Strasburgo, che nel settembre 2012 ha di conseguenza condannato l'Italia per avere – a causa della severa disciplina prevista per il parto anonimo dall'art. 28, c. 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 – violato l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito: Cedu). A tal riguardo la Corte ha statuito che il comportamento della ricorrente (al tempo della pronuncia sessantanovenne), volto a tentare di acquisire una certezza riguardo all'identità della propria madre, «presuppone delle sofferenze morali e psichiche, anche se queste non vengono accertate da un punto di vista sanita-

²⁰ Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations Nr 1511/2004 al punto 2(3) nonché § 31ZA Human Fertilisation and Embryology Act, così come modificato nel 2008. In tal senso: E. BLYTH, *Donor insemination and the dilemma of the "unknown" father*, in G. BOCKENHEIMER-LUCIUS, P. THORN, C. WENDEHORST (a cura di), *Umwege zum eigenen Kind*, Göttingen, 2008, 159 ss. Si v. anche *infra* pt. 10.

²¹ In tal senso, E. BLYTH, *op. cit.*, 161.

²² Si v. *infra* pt. 7.

²³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 25/09/2012, ric. n. 33783/09, Godelli c. Italia; traduzione italiana ad opera del Ministero della Giustizia, Direzione generale del Contenzioso e dei Diritti Umani, in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114323> (ultima consultazione 08/01/2016). Si v. anche subito *infra*, pt. 4.

rio»²⁴. La sentenza richiama a tal proposito la precedente giurisprudenza conforme della stessa Corte²⁵.

Riconoscere una sofferenza psichica in assenza del relativo accertamento medico, soltanto alla luce dei ripetuti tentativi giuridici della ricorrente, presenta il palese rischio di condurre a un'eccessiva soggettivazione del concetto di salute²⁶. Tale giurisprudenza della Corte EDU rende tuttavia manifesta l'intensa connessione intercorrente tra la conoscenza delle proprie origini e la salute psichica.

4. Il diritto all'identità e il diritto al rispetto della vita privata: art. 2 Cost. e art. 8 Cedu fra Corte costituzionale e Corte EDU

La conoscenza della propria ascendenza genetica non rileva tuttavia a soli fini di tutela della salute. Avere contezza dell'identità di coloro dai quali geneticamente si deriva può infatti costituire un elemento importante al fine di definire la propria identità²⁷, dal momento che la conoscenza di sé non è autoreferenziale ma si sviluppa tramite il confronto con l'altro²⁸.

Negli ultimi anni la nozione di identità utilizzata in ambito costituzionalistico, tutelata in base all'art. 2 Cost. inteso come fattispecie aperta, ha conosciuto una profonda mutazione. Tradizionalmente con essa veniva inteso l'interesse a che la proiezione sociale della propria personalità non subisca alterazioni tramite l'attribuzione di idee, opinioni o comportamenti differenti da quelli effettivamente tenuti dall'individuo²⁹. Nella giurisprudenza costituzionale il concetto di identità ha tuttavia conosciuto, a partire dagli anni Novanta, un'importante evoluzione; da dirittodi non venire *rappresentati* in maniera deformante, a diritto di *essere se stessi*³⁰. In particolare, la tutela dell'identità è stata utilizzata anche per giustificare un diritto a *sapere* chi si è con riguardo alle origini biologiche e ad affermare di conseguenza un rapporto di filiazione veritiero³¹. La nozione di identità ha quindi conosciuto ulteriori, importanti sviluppi nell'ambito del parto anonimo. Rilevanti a tal fine sono tre pronunce, rispettivamente della Corte costituzionale (2005), della Corte EDU (2012), e quindi nuovamente della Consulta (2013).

²⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. Godelli c. Italia, § 69, traduzione italiana ad opera del Ministero della Giustizia. In inglese: «[...] Such conduct implies mental and psychological suffering, even if this has not been medically attested».

²⁵ Si v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 13 luglio 2006, ric. n. 58757/00, Jäggi c. Svizzera, § 40.

²⁶ Si v., per il rischio di una soggettivazione della nozione di salute, pur con riguardo all'interesse della coppia alla procreazione, Corte cost., sent. 9 aprile-10 giugno 2014, n.162, pt. 7 del "considerato in diritto".

²⁷ Di seguito si tratterà della mera conoscenza della propria origine quale componente del diritto all'identità; non, invece, del diritto a uno status giuridico oppure, *a fortiori*, della questione se esista un diritto a uno status giuridico corrispondente alla verità biologica; entrambi aspetti che talora vengono (o sono stati) ricondotti alla tutela dell'identità.

²⁸ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *op. cit.*, 16.

²⁹ In tal senso G. PINO, *Il diritto all'identità personale*, Bologna, 2003, 9; a riguardo si v. anche Cass. civ., I sez., sent. 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro ital.*, 1985, I, 2211 ss.

³⁰ G. PINO, *L'identità personale*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), Volume I. *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 308.

³¹ G. PINO, *L'identità personale*, cit., 307. Ci si riferisce a Corte cost., sent. 10-14 maggio 1999, n. 170, pt. 4 del "considerato in diritto".

In occasione del primo giudizio incidentale³² – vertente sulla legittimità dell'art. 28, c. 7, legge n. 184 del 1983, sancente l'irreversibilità del segreto sull'identità della partoriente che abbia dichiarato di non volere essere nominata – il Tribunale per i minorenni di Firenze indicò la possibilità di conoscere le proprie origini quale aspetto del diritto all'identità personale, tutelato in forza dell'art. 2 della Costituzione³³. Nel giudicare non fondata la questione, la Consulta non negò tale lettura del diritto all'identità personale, limitandosi a indicare la necessità di un bilanciamento dei diritti dei soggetti interessati. La Corte espose di conseguenza una irragionevole disparità di trattamento tra l'adottato da parto anonimo e l'adottato figlio di genitori che non abbiano reso tale dichiarazione; solo il primo caso, infatti, sarebbe caratterizzato «dal rapporto conflittuale fra il *diritto dell'adottato alla propria identità personale* e quello della madre naturale al rispetto della sua volontà di anonimato»³⁴. A seguito di tale pronuncia diversi autori notarono come la Corte avesse implicitamente accolto l'inerenza dell'interesse a conoscere le proprie origini all'aspetto dell'identità³⁵, così affermando una concezione soggettiva della stessa³⁶.

Nel 2012 la Corte EDU fu chiamata a giudicare sulla presunta violazione, ad opera dello Stato italiano, dell'art. 8 Cedu, posto a tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare. Trattasi della già citata sentenza Godelli. In essa i giudici di Strasburgo fecero riferimento a proprie precedenti pronunce³⁷, ricordando che «la Corte considera il diritto all'identità, da cui deriva il diritto di conoscere la propria ascendenza, come parte integrante della nozione di vita privata»³⁸. La Corte EDU sancì così la riconducibilità dell'interesse a conoscere la propria ascendenza al concetto di identità e questo, a propria volta, alla tutela della vita privata. Riconducibilità, questa, che neanche lo Stato italiano ne-

³² Corte cost., sent. 16-25 novembre 2005, n. 425, in *Giur. cost.*, 2005, 6, 4594 ss.

³³ Corte cost., sent. 16-25 novembre 2005, n. 425, pt. 6 del "considerato in diritto".

³⁴ Corte cost., sent. 16-25 novembre 2005, n. 425, pt. 6 del "considerato in diritto". Corsivo dell'autore.

³⁵ O. Cozzi, *La corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, *Giur. cost.*, 2005, 6, 4605; E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Osservatorio AIC*, dicembre 2013, 6, in http://www.osservatorioaic.it/download/0Wv6GCHm_ubC5eWPyrNDol6M_B8D2yYbl9zEujs-zk/contributo-frontoni.pdf (ultima consultazione 08/01/2016). Sosteneva la riconducibilità dell'interesse a conoscere le proprie origini al diritto all'identità, anche sotto il profilo della fedele rappresentazione di sé, giustificandola alla luce dell'art. 13 Cost., I. NICOTRA, *Anonimato del donatore e diritto alla identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, in *Quad Cost.*, 2002, 795 ss.

³⁶ L. TRUCCO, *Anonimato della madre versus "identità" del figlio davanti alla Corte costituzionale*, *Dir. inf.*, 2006, 119.

³⁷ Si v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 7 febbraio 2012, ric. n. 53176/99, Mikulić c. Croazia, § 64; Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 13 febbraio 2003, ric. n. 42326/98, Odièvre c. Francia, § 29. Nel senso che la Corte EDU abbia in più pronunce affermato un diritto a conoscere, riconducendolo all'art. 8 Cedu, si v. C. CAMPIGLIO, *La p.m.a. nel quadro internazionale e transnazionale*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Volume II, II. Il governo del corpo*, Milano, 2011, 1503 s.

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. Godelli c. Italia, § 65, traduzione italiana ad opera del Ministero della Giustizia. In inglese: «[...] The Court considers that the right to an identity, which includes the right to know one's parentage, is an integral part of the notion of private life».

gava, avendo riconosciuto che la nozione di vita privata potrebbe talvolta comprendere anche gli elementi di identificazione fisica e sociale della persona³⁹.

Data tale riconduzione dell'interesse a conoscere le proprie origini alla nozione di vita privata, si trattava di valutare se l'ingerenza costituita dal divieto irreversibile previsto dalla normativa italiana fosse proporzionale, ovvero se fosse stato mantenuto un giusto equilibrio nella ponderazione dei diritti e interessi concorrenti⁴⁰. A tal riguardo la Corte ritenne che l'Italia, data l'assolutezza e definitività del rifiuto opposto alla ricorrente, non avesse cercato di stabilire un equilibrio e una proporzionalità tra gli interessi dei soggetti coinvolti, così oltrepassando il margine di discrezionalità accordatole⁴¹. Lo Stato italiano venne di conseguenza condannato per violazione dell'art. 8 Cedu.

Nel 2013 la Corte costituzionale fu quindi nuovamente chiamata a valutare la legittimità costituzionale della disciplina del parto anonimo, data la funzione di parametro interposto riconosciuto alla Cedu così come interpretata dalla Corte di Strasburgo⁴² e il suo ruolo di integrazione ermeneutica dei parametri costituzionali quale *Auslegungshilfe*⁴³. La Consulta, nella sentenza n. 278 del 2013⁴⁴, affermò di conseguenza che «[...] il diritto del figlio a conoscere le proprie origini – e ad accedere alla propria storia parentale – costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona, come pure riconosciuto in varie pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. E il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale»⁴⁵. La Corte riconobbe così il ruolo fondamentale rivestito dalla conoscenza delle proprie origini al fine della definizione della personalità. I giudici si dissero quindi consapevoli della particolare delicatezza dell'ambito del parto anonimo, nel quale l'ordinamento è chiamato a contemperare beni e valori costituzionali di primaria importanza⁴⁶. Ciononostante, la Corte valutò negativamente la completa assenza di considerazione dell'interesse del nato a conoscere la propria madre biologica. Pur permettendo l'allora vigente disciplina l'accesso alle informazioni non identificative ricavabili dal certificato di assistenza al parto o dalla cartella clinica, essa sarebbe eccessivamente rigida⁴⁷. Non sarebbe infatti ragionevole

³⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. Godelli c. Italia, § 56.

⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. Godelli c. Italia, § 66.

⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. Godelli c. Italia, § 71.

⁴² Corte cost., sent. 22-24 ottobre 2007, n. 348; Corte cost., sent. 22-24 ottobre 2007, n. 349.

⁴³ A. CIERVO, "Come se Strasburgo non ci fosse": la Corte costituzionale italiana e il diritto a conoscere le proprie origini biologiche, in *federalismi.it – Focus Human Rights*, 2014, I, 11, in <http://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=24662&dpath=document&dfile=26032014173840.pdf&content='Come+se+Strasburgo+non+ci+fosse':+la+Corte+costituzionale+italiana+e+il+diritto+a+conoscere+le+proprie+origini+biologiche++stato++dottrina++> (ultima consultazione 08/01/2016).

⁴⁴ Corte cost., sent. 18-22 novembre 2013, n. 278, in *Giur. cost.*, 2013, 6, 4503 ss.

⁴⁵ Corte cost., sent. 18-22 novembre 2013, n. 278, pt. 4 del "considerato in diritto".

⁴⁶ Il diritto della partoriente all'anonimato riposerebbe infatti «sull'esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento [...] tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili». Il legislatore sarebbe pertanto tenuto a disciplinare tale diritto, in modo da «evitare che il suo esercizio si ponga in collisione rispetto a norme – quali quelle che disciplinano il diritto all'anonimato della madre – che coinvolgono [...] esigenze volte a tutelare il bene supremo della vita»: Corte cost., sent. 18-22 novembre 2013, n. 278, pt. 4 del "considerato in diritto".

⁴⁷ Corte cost., sent. 18-22 novembre 2013, n. 278, pt. 6 del "considerato in diritto".

che la scelta della partoriente – con conseguente rinuncia irreversibile alla "genitorialità giuridica" – sia «necessariamente e definitivamente preclusiva anche sul versante dei rapporti relativi alla "genitorialità naturale"»⁴⁸. La Consulta concluse quindi per l'illegittimità costituzionale parziale⁴⁹ dell'art. 28, c. 7, legge n. 184 del 1983, in quanto l'assoluta irreversibilità del segreto sull'identità della partoriente si porrebbe in contrasto con gli artt. 2 e 3 della Costituzione⁵⁰. I giudici considerarono quindi assorbite le ulteriori censure, tra le quali quella facente leva sull'art. 8 Cedu così come interpretato dalla Corte EDU nella sent. Godelli, dando così prevalenza ai parametri interni⁵¹.

Tali pronunce, pur non concernendo persone nate da fecondazione eterologa, esprimono principi che – nella diversità delle fattispecie – possono trovare applicazione anche in quest'ultimo caso. Considerando la situazione dalla posizione dei diretti interessati – rispettivamente, il nato da PMA eterologa e l'adottato in seguito a parto anonimo –, vanno infatti rilevate le importanti affinità intercorrenti tra le due fattispecie⁵². Il nato, esattamente come l'adottato, non vive presso le persone da cui deriva geneticamente né le conosce; allo stesso tempo, entrambi non presentano alcuna storia familiare pregressa con tali persone, se si eccettua il periodo passato dall'adottato nel grembo della madre, dalla quale è stato separato nel momento in cui questa non ha consentito di essere nominata sul certificato di nascita⁵³. Con riguardo alla posizione della madre partoriente e del donatore, entrambi hanno "volutamente" preso distacco dal figlio e dai gameti, rinunciando a qualsiasi pretesa giuridica su essi. Allo stesso tempo, è pur vero che nella fecondazione eterologa il nato è stato partorito dalla madre sociale e che potrebbe avere un legame genetico con uno dei due genitori. Nondimeno, risulta comprensibile come – anche in tali situazioni – egli possa desiderare di avere completa contezza della propria ascendenza genetica; interesse, questo, che non pare venir soddisfatto né qualora egli sia a conoscenza di uno soltanto dei due genitori genetici, né facendo riferimento al fatto che il nato è stato partorito da colei che nella vita sociale e giuridica riveste il ruolo di madre.

In definitiva, l'interesse a conoscere la persona dalla quale si deriva, manifestato dall'adottato nei confronti della propria madre biologica con la quale non ha trascorso pressoché alcun momento do-

⁴⁸ Corte cost., sent. 18-22 novembre 2013, n. 278, pt. 5 del "considerato in diritto".

⁴⁹ Si v. il dispositivo della sentenza, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione «nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata [...] – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione». Per alcune tra le prime pronunce giurisprudenziali a seguito di tale decisione della Consulta, si v. Corte App. Torino, decreto 05/11/2014; Corte App. Catania, decreto 12/11/2014; Trib. min. Trieste, decreto 08/05/2015; tutte disponibili su www.biodiritto.org (ultima consultazione 08/01/2016).

⁵⁰ Corte cost., sent. 18-22 novembre 2013, n. 278, pt. 6 del "considerato in diritto".

⁵¹ In tal senso A. CIERVO, *op. cit.*, 11 seg. Che tale *revirement* della Consulta sia conseguenza del "dialogo" con la Corte di Strasburgo è tuttavia opinione diffusa; si v. ad es. S. FAVALLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: un dialogo decennale fra CEDU e Corte Costituzionale italiana, passim*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0446_favalli.pdf (ultima consultazione 08/01/2016).

⁵² In tal senso, *ex multis*, S. BANCHETTI, *Procreazione artificiale eterologa*, in P. CENDON (a cura di), *I diritti della persona. Tutela civile, penale, amministrativa*, volume III, Torino, 2005, 79.

⁵³ Periodo, quello della gravidanza, che pur non è senza rilievo per il bambino: si v. in tal senso Trib. Roma, I. sez. civile, ord. 08 agosto 2014, in http://www.biodiritto.org/index.php/item/download/443_435c46ece693df5fc622ee64c711e2d5 (ultima consultazione 08/01/2016).

po la nascita, si presenta, nel caso di nato da PMA eterologa, in termini sostanzialmente non dissimili. I principi espressi dalla Corte EDU e dalla Corte costituzionale ai fini di tutela dell'interesse del primo appaiono pertanto applicabili, *mutatis mutandis*, anche al caso della PMA eterologa.

5. L'attenzione alla situazione concreta: l'evoluzione della normativa sull'adozione

Prescindendo da un confronto tra PMA eterologa ed adozione, appare utile dare conto dell'evoluzione della disciplina di quest'ultima.

Al di fuori delle ipotesi di parto anonimo, è attualmente⁵⁴ previsto che l'adottato a partire da venticinque anni di età possa accedere alle informazioni che riguardano la propria origine e l'identità dei genitori biologici. Egli vi può avere accesso già al momento del raggiungimento della maggiore età, qualora sussistano gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica (art. 28 c. 5, legge n. 184 del 1983). La legge sull'adozione è stata in tal senso novellata nel 2001. La precedente normativa non disciplinava espressamente l'interesse a conoscere la propria condizione di adottato⁵⁵, e la prevalente giurisprudenza negava *a fortiori* un diritto ad accedere all'identità dei genitori biologici⁵⁶. Era uso dire che il bambino nel momento della dichiarazione d'adozione visse una "rinascita"⁵⁷. Mentre era chiaramente auspicabile che l'adottato potesse cominciare nella nuova famiglia un'esistenza serena e vivere così una "rinascita" simbolica, era altrettanto chiaro che la sua condizione concreta non potesse prescindere dal fatto che egli provenisse da altri genitori. Una mera formula astratta non poteva cancellare la sua esistenza pregressa e il relativo bisogno di rielaborazione della propria storia, che talora avrebbe potuto richiedere la conoscenza dell'identità dei genitori biologici. L'anonimato venne così gradualmente considerato, da una società divenuta più sensibile alle istanze di tutela della persona, quale una misura eccessiva⁵⁸, finché nel 2001 la legge venne modificata nel senso predetto.

Le condizioni personali del nato da PMA eterologa e dell'adottato, prescindendo ora dal caso di parto anonimo, presentano notevoli differenze, sì che sono da evitare facili parallelismi in forza dell'assenza – almeno parziale – di parentela genetica che entrambi i casi presentano. L'adottato ha spesso vissuto una parte della propria vita con i genitori biologici ed è stato da questi separato in seguito a procedimenti non raramente litigiosi. Circostanze, queste, che non si hanno invece nel caso di PMA eterologa: il nato è infatti stato partorito dalla propria madre sociale, è da questi – e dal relativo compagno – stato desiderato, mentre il donatore ha volutamente concesso i propri gameti, consapevole

⁵⁴ È in corso la discussione di una novella della legge, volta anche a recepire la declaratoria di incostituzionalità della disciplina del parto anonimo.

⁵⁵ Si v. l'art. 28 vigente fino alla novella del 2001.

⁵⁶ T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, in *Corr. giur.*, 2014, 4, 478, con numerosi richiami giurisprudenziali.

⁵⁷ In tal senso M. R. MARELLA, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive*, in *Giur. it.*, 2001, 2, 1769; C. RESTIVO, *L'art. 28 l. ad. tra nuovo modello di adozione e diritto all'identità personale*, in *Famiglia*, 2002, 3, 691. Parla di "finzione dell'*imitatio naturae*" A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista AIC*, 2012, 1, 7, in http://www.rivistaaic.it/download/z4Bgdu29ZwQW2xS6pDx32hJ1tOiP3RxyGWSTjQP_XRk/nicolussi.pdf (ultima consultazione 08/01/2016).

⁵⁸ C. RESTIVO, *op. cit.*, par. 1.

che il bambino eventualmente nato sarebbe stato figlio di altri. Considerazioni, queste, che portano taluni autori a giustificare un diritto a conoscere l'identità dei genitori biologici nell'adozione e scoraggiarlo nella PMA eterologa⁵⁹. Altre voci sottolineano al contrario che, mentre nell'adozione un contatto con la famiglia d'origine potrebbe riaprire antiche ferite – ed è comunque voluto da non pochi adottati a fini di completezza esistenziale ed identitaria –, nel caso della PMA eterologa non sussistono simili circostanze che invitino a particolari cautele⁶⁰.

Senza ora voler procedere a un confronto tra PMA eterologa e adozione, è da rilevare come nell'ambito di quest'ultima si sia passati da una considerazione meramente formale dell'interesse dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini (con conseguente, generale esclusione della sussistenza di un tale interesse) a un'attenzione reale alla sua situazione. Nel 2001 il legislatore ha infatti preso atto che talora l'adottato potrebbe presentare un giustificato interesse a conoscere la propria ascendenza biologica e di conseguenza ha permesso l'accesso alle informazioni sull'identità dei genitori. Un cambio paradigmatico: da un'attenzione meramente astratta a una considerazione autentica della situazione. La disciplina dell'adozione risulta di rilievo per il caso della PMA eterologa proprio a fronte di tale cambiamento di impostazione, il quale – *mutatis mutandis* – ricorda l'ammonimento dei giudici costituzionali riguardo alla considerazione che il legislatore è tenuto a dare alle rilevanze scientifiche: non decidere discrezionalmente prescindendo dai dati di esperienza, ma valutare la situazione concreta alla luce di questi⁶¹. Ciò può avere come oggetto la salute psichica e a tale ambito ha fatto esplicito riferimento la Corte costituzionale nella sent. n. 162 del 2014; pare però sostenibile anche una sua applicazione con riguardo al diritto all'identità, intendendo con ciò che la tutela di questa non può fondarsi su indimostrate affermazioni *ex cathedra*, bensì deve orientarsi a una valutazione delle circostanze concrete.

6. La mancata considerazione dell'interesse del nato nella sent. n. 162 del 2014...

I giudici costituzionali, nella sent. n. 162 del 2014, rilevano innanzitutto che l'unico interesse potenzialmente opposto alla fecondazione eterologa consiste nell'interesse del nato⁶². I giudici ripropongono quindi le censure avanzate dall'Avvocatura dello Stato, riguardanti il «rischio psicologico correlato a una genitorialità non naturale», la «violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica» e i «vuoti normativi» che deriverebbero da una pronuncia di incostituzionalità e che porrebbero scelte di opportunità riconducibili alla discrezionalità del legislatore⁶³. La Consulta si confronta quindi

⁵⁹ L. D'AVACK, *op. cit.*, par. 5.

⁶⁰ In tal senso M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162/2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'adozione per la nascita*, in *Biolaw Journal*, 2014, 2, 148 s., in <http://www.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw&page=article&op=download&path%5B%5D=36&path%5B%5D=31>; E. BILOTTI, *Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale e diritto alla conoscenza delle origini biologiche*, in *Quad. di diritto mercato tecnologia*, 2014, 3, 74, in http://www.dimt.it/wp-content/uploads/2015/02/Bilotti_DIMT3_2014.pdf (ultima consultazione 08/01/2016).

⁶¹ Corte cost., sent. 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, pt. 7 del "considerato in diritto", con ulteriori richiami a precedente giurisprudenza della Corte stessa.

⁶² In tal senso Corte cost., sent. 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, pt. 10 del "considerato in diritto".

⁶³ Per tutto si v. Corte cost., sent. 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, pt. 10 del "considerato in diritto".

con tale ultima censura, escludendo che il proprio potere di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi trovi ostacolo in eventuali carenze legislative che possano derivarne⁶⁴; nel caso concreto sarebbero oltretutto identificabili «più norme che già disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo»⁶⁵. Di seguito i giudici elencano una serie di disposizioni direttamente applicabili alla PMA eterologa, quanto, ad esempio, ai requisiti soggettivi, allo stato giuridico del nato e ai rapporti con i genitori⁶⁶. Per quanto concerne i profili non oggetto di diretta disciplina, la relativa regolamentazione sarebbe ricavabile per via interpretativa dalla disciplina della donazione di tessuti e cellule umane «in quanto espressiva di principi generali pur nella diversità delle fattispecie»⁶⁷. A tal riguardo i giudici elencano alcune ipotesi esemplificative, con riferimento «alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario» di cui al d. lgs. 6 novembre 2007, n. 191⁶⁸.

A seguire, la Corte rileva che «la questione del diritto all'identità genetica, nonostante le peculiarità che la connotano in relazione alla fattispecie in esame»⁶⁹, non è nuova. «Essa si è posta, infatti, in riferimento all'istituto dell'adozione», ambito nel quale è stato «infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti»⁷⁰. A tal proposito i giudici richiamano l'art. 28, c. 5, della legge n. 184 del 1983, il quale dal 2001 sancisce il diritto dell'adottato ad accedere alle informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. La Corte continua ricordando come l'esigenza di una valutazione dialettica dei rapporti interessati sia stata «confermata da questa Corte la quale, nello scrutinare la norma che vietava l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ha affermato che l'irreversibilità del segreto arrecava un insanabile *vulnus* agli artt. 2 e 3 Cost. e l'ha, quindi, rimossa, giudicando inammissibile il suo mantenimento ed invitando il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato (sentenza n. 278 del 2013)»⁷¹. Persino nel delicatissimo ambito del parto anonimo, dove si fa questione della tutela della vita del nato e della salute sua e della madre partorienti, la Corte, nella citata sentenza, aveva infatti affermato l'esigenza di una valutazione dialettica degli interessi, sì che le varie posizioni soggettive – e, specificamente, anche l'interesse del nato a conoscere la propria madre biologica – trovino adeguata tutela.

⁶⁴ Corte cost., sent. 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, pt. 11 del "considerato in diritto".

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Corte cost., sent. 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, pt. 11.1 del "considerato in diritto".

⁶⁷ Corte cost., sent. 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, pt. 12 del "considerato in diritto".

⁶⁸ "Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane": *Gazzetta ufficiale*, 2007, 261, 9 novembre 2007, S. O. n. 228.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

7. ...e le sue variegatae letture dottrinali

Come alcuni autori hanno prontamente notato, la Corte si è limitata a citare la questione del rischio psicologico collegato a una genitorialità non naturale, riportando a proposito le censure dell'Avvocatura dello Stato, senza ulteriormente svilupparle⁷². Data l'importanza della questione, sarebbe stata auspicabile una sua maggiore considerazione ad opera dei giudici costituzionali⁷³, le cui considerazioni non pare eccessivo definire «tutt'altro che univoche e anzi, a ben vedere, sostanzialmente elusive del problema»⁷⁴.

Tale non univocità della posizione espressa dalla Consulta ha portato i primi commentatori a sostenere numerose interpretazioni della sentenza.

Alcune voci dottrinali hanno così affermato che essa fornirebbe due parametri contraddittori. Andrea Nicolussi ha in tal senso notato come la sentenza faccia riferimento sia alla normativa sulla donazione di tessuti e cellule umane (con il relativo anonimato) sia alla disciplina sull'adozione (con il conseguente diritto dell'adottato a risalire alle proprie origini). Data l'apparente contraddittorietà di tali indicazioni, si tratterebbe di un'indicazione di principi tra i quali il legislatore dovrà scegliere⁷⁵. Allo stesso tempo pure Emanuele Bilotti ha criticato i giudici, in quanto – alla luce dei principi espressi dalla Corte EDU e dalla stessa Consulta nella sent. n. 278 del 2013 – la Corte costituzionale avrebbe dovuto affermare con chiarezza la priorità dell'interesse del nato a conoscere rispetto all'anonimato del donatore⁷⁶.

Altri autori, facendo leva sul richiamo all'art. 28, c. 7, della legge n. 184 del 1983, hanno diversamente sostenuto che la Corte richiederebbe un'applicazione analogica della disciplina sul parto anonimo. In tal senso, ad esempio, Gianni Baldini, il quale ha affermato che la questione del diritto del nato a conoscere le proprie origini risulterebbe già disciplinata ai sensi di tale previsione normativa; stante l'anonimato da garantirsi al donatore in applicazione del d. lgs. n. 191 del 2007, il nato avrebbe pertanto la facoltà di attivare un ente terzo, che chieda al donatore se questi sia d'accordo nel rimuovere l'anonimato, analogicamente a quanto previsto dalla sent. n. 278 del 2013⁷⁷. In maniera critica rispetto al richiamo all'adozione si è espressa Alessandra Pioggia, secondo la quale il donatore non configurerebbe né giuridicamente né biologicamente un "genitore"; ciò permetterebbe di tutelare il diritto all'identità del nato in maniera differente rispetto all'adozione, ad esempio ammettendo l'accesso a sole informazioni generali sul donatore, salvo il caso del pericolo certo per la vita e la salute del bambino⁷⁸. In tal senso anche Angela Musumeci, la quale ha sostenuto che la tutela dell'identità

⁷² C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal*, 2014, 2, 82, in <http://www.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw&page=article&op=download&path%5B%5D=33&path%5B%5D=28> (ultima consultazione 08/01/2016).

⁷³ M. CASINI, C. CASINI, *op. cit.*, 143.

⁷⁴ E. BILOTTI, *op. cit.*, 73.

⁷⁵ A. NICOLUSSI, *Figli dell'eterologa, la corte «dimentica» i piccoli*, in *Avvenire*, 12/06/2014, in <http://www.avvenire.it/Commenti/Pagine/figli-eterologa-senza-diritti.aspx> (ultima consultazione 08/01/2016).

⁷⁶ E. BILOTTI, *op. cit.*, 73 ss.

⁷⁷ G. BALDINI, *op. cit.*, par. 3 e 9.

⁷⁸ A. PIOGGIA, *Un divieto sproporzionato e irragionevole. La Corte costituzionale e la fecondazione eterologa nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Rassegna Astrid*, 2014, 11, 2 s. Critico con il richiamo alla disciplina sul parto ano-

genetica del nato sarebbe perfettamente compatibile con l'anonimato del donatore; in caso di pericolo certo per la vita e la salute sarebbe infatti comunque possibile accedere alle informazioni mediche del donatore⁷⁹.

Con riguardo al bilanciamento degli interessi, alcune voci hanno sostenuto che la Consulta avrebbe ricordato come il diritto a conoscere sia già stato oggetto di disciplina in ambiti che non presentano una corrispondenza genetica tra figlio e genitori; in tali contesti, la tutela del diritto alla propria identità genetica sarebbe stata contemperata con gli altri interessi in gioco⁸⁰. La menzione della disciplina dell'adozione e della sentenza sul parto anonimo avrebbe lo scopo precipuo di dimostrare che il diritto all'identità genetica del nato non costituirebbe un bene di pari rango bilanciabile con l'autodeterminazione della coppia⁸¹.

A parere di chi scrive, diverse di tali interpretazioni non paiono tuttavia convincenti. Non condivisibili sono innanzitutto quelle teorie che, pur affermando a parole la tutela dell'identità del nato, riducono questa alla protezione della mera salute. Come ricordato *supra*, l'identità riceve nel sistema costituzionale italiano, così come con riferimento alla Cedu, un'attenzione autonoma e distinta rispetto al bene della salute. Al tempo stesso non sono nemmeno condivisibili quelle posizioni che intendono disconoscere *ab externo* un interesse del nato alla conoscenza del donatore, in quanto quest'ultimo – così si afferma – non sarebbe da definirsi né giuridicamente né biologicamente un "genitore". Similmente a quanto avveniva nell'ambito dell'adozione prima della novella del 2001, è infatti quantomai dubbio che tali disquisizioni teoriche possano far venire meno l'interesse concreto del nato a elaborare la propria storia a fini identitari. Stesso dicasi per la tutela della salute psichica, che molti autori – similmente alla Consulta – non considerano affatto.

Anche per quanto concerne il riferimento alla normativa sull'adozione, un'attenta esegesi del testo della sentenza risulta condurre a conclusioni differenti rispetto a diversi dei commenti dottrinali *supra* riportati. I passaggi della stessa inerenti al diritto all'identità genetica non paiono ammettere una loro utilizzazione al fine di sostenere l'applicazione della disciplina sul parto anonimo al caso della PMA eterologa, né per affermare che la Corte avrebbe inteso bilanciare il diritto del nato a conoscere le proprie origini con l'interesse della coppia alla procreazione.

Con riguardo al primo aspetto, infatti, i giudici costituzionali – citando la propria sentenza n. 278 del 2013 – ricordano come la Corte abbia confermato l'esigenza di una adeguata considerazione delle varie posizioni soggettive (specificamente, dell'interesse a conoscere le proprie origini) *persino* nel delicatissimo ambito del parto anonimo, dove il segreto sull'identità della partoriente è posto a tutela

nimo anche G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": il peccato d'Ulisse*, in *Quad. cost.*, 2014, 3, 665.

⁷⁹ A. MUSUMECI, "La fine è nota". *Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, luglio 2014, 8 s., in http://www.osservatorioaic.it/download/zaxSzM8zgLjWX0ZR7imSZm1Ev_e3Mxsbv9_QEwop-7c/musumeci-2014.pdf (ultima consultazione 08/01/2016).

⁸⁰ A. PIOGGIA, *op. cit.*, 1; A. MUSUMECI, *op. cit.*, 8.

⁸¹ A. CIERVO, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *diritti-cedu.unipg.it*, par. 1, in https://diritti-cedu.unipg.it/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=428&Itemid=160&lang=it (ultima consultazione 08/01/2016).

della vita stessa del nato e della salute sua e della madre. La menzione del parto anonimo va pertanto intesa primariamente in tal senso e non, invece, come un invito ad applicare la relativa normativa al caso della PMA eterologa.

Appare dopodiché opinabile l'utilizzo di tali passaggi per sostenere che i giudici avrebbero bilanciato il diritto del nato a conoscere le proprie origini con l'interesse della coppia alla procreazione, dando prevalenza a quest'ultimo. Mentre è vero che in tutta la sentenza viene sottolineata la necessità di un bilanciamento degli interessi del nato con quelli della coppia, non pare sostenibile affermare che la Corte imponga tale bilanciamento anche a detrimento del diritto alla conoscenza delle proprie origini. Al contrario, le enunciazioni dei giudici costituzionali sono a tal riguardo tutte a favore del riconoscimento e della tutela di un tale interesse. La Corte cita infatti la normativa sull'adozione – che dal 2001 prevede il diritto del nato ad accedere alle informazioni identificative sui propri genitori biologici – e la sentenza n. 278 del 2013, dove la necessità di tutela di tale interesse ha portato i giudici a dichiarare parzialmente incostituzionale persino la sensibilissima disciplina sul parto anonimo. L'utilizzo di tali passaggi al fine di sostenere un bilanciamento concretamente a detrimento dell'interesse del nato alla conoscenza dei propri ascendenti pare pertanto contrario allo spirito della sentenza.

Si pone tuttavia la questione di conciliare tali disquisizioni a favore dell'interesse del nato a conoscere la propria origine con il riferimento all'anonimato del donatore di organi. A tal riguardo paiono troppo restrittive quelle opinioni che si limitano a considerarli due principi tra i quali il legislatore sarà chiamato a scegliere. I giudici scrivono infatti che la regolamentazione degli aspetti non oggetto di diretta disciplina «è ricavabile mediante gli ordinari strumenti interpretativi» dalla normativa sulla donazione di organi. L'uso del tempo indicativo presente e il richiamo all'interpretazione – uno strumento dei pratici del diritto, più che del legislatore – pare giustificare fin da subito l'applicazione analogica alla PMA eterologa dell'anonimato del donatore di organi⁸². Alla luce dei successivi richiami alla necessità di una valutazione dialettica degli interessi e alla tutela del diritto all'identità, è da ritenersi che il legislatore sia tuttavia chiamato a prevedere rapidamente una disciplina di tutela di tale diritto, in specifico con riguardo all'accesso ai dati del donatore in deroga alla regola dell'anonimato⁸³. Non paiono invece condivisibili quelle posizioni⁸⁴ che sostengono che la Corte riterrebbe il legislatore libero, ma certo non obbligato, a modificare la disciplina sull'anonimato del donatore di organi per quanto riguarda la sua applicazione alla PMA. Essendo l'anonimato del donatore di organi totale – quindi senza possibilità di risalire nemmeno a informazioni non identificative sulla sua persona, salvo i dati di ordine medico – appare evidente che applicare tale disciplina alla PMA eterologa, senza porvi alcun correttivo, non tuteli minimamente l'identità del nato. Si noti, a tal riguardo, che la tutela dell'interesse a conoscere non risulta di per sé in contrasto con un generale anonimato del donatore, dal momento che l'eventuale possibilità riconosciuta al nato di accedere a informazioni sulla persona di questi costituirebbe comunque l'eccezione alla regola dell'anonimato, che continuerebbe a valere nei confronti di tutti gli altri soggetti. Salvo, chiaramente, che il legislatore non intenda permettere

⁸² In tal senso anche Trib. Bologna, ord. 14 agosto 2014, pt. 12, in http://www.biodiritto.org/index.php/item/download/444_1ed6b589e22ad004dd79d8a9a90daea2 (ultima consultazione 08/01/2016).

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ A. PIOGGIA, *op. cit.*, 3.

l'individuazione *intuitu personae* del donatore di gameti, il che risulta allo stato quantomai improbabile⁸⁵.

Appare pertanto necessario un celere intervento legislativo che, con riguardo al nato da PMA eterologa, appronti le forme di tutela della sua identità e salute psichica e definisca i limiti del relativo diritto a conoscere le proprie origini. In tale sede andranno attentamente considerati gli interessi della famiglia del nato e quelli del donatore e della relativa famiglia. Con riguardo ai primi, va tuttavia rilevato che, qualora si permetta l'accesso alle informazioni sul donatore ai soli nati maggiorenni, diverse delle cautele altrimenti necessarie non avranno più ragion d'essere⁸⁶.

Un'importante forma di considerazione degli interessi dei genitori sociali e del donatore consiste, in particolare, nell'approntare rapidamente la relativa disciplina, sì che essi – nel momento in cui ricorrono alla PMA eterologa oppure offrono i propri gameti – siano consapevoli delle possibili conseguenze della propria scelta⁸⁷. Ciò non è ad esempio accaduto in Germania, dove la carenza di certezza del diritto ha portato a evoluzioni giurisprudenziali potenzialmente lesive della sfera privata del donatore.

8. Uno sguardo all'estero

Al fine dell'elaborazione dell'auspicata disciplina italiana di tutela dell'interesse a conoscere le proprie origini, risulta interessante analizzare brevemente le corrispondenti normative di alcuni Paesi dell'Unione Europea che riconoscono un diritto del nato a ottenere informazioni sulla persona del donatore, nonché presentare talune misure previste dai relativi ordinamenti. A tal riguardo si tratterà della situazione in Germania, Austria, Svizzera e nel Regno Unito. Il primo Paese non presenta una disciplina specifica della fecondazione eterologa, sì che è stata la giurisprudenza a riconoscere al nato il diritto ad avere accesso all'identità del donatore; il secondo e il terzo Stato hanno invece approntato, già negli anni Novanta, una puntuale disciplina dell'ambito. Il Regno Unito, infine, risulta di particolare interesse in quanto la tutela dell'interesse del nato a conoscere le proprie origini è l'esito, relativamente recente, delle pressioni esercitate dai nati stessi; la disciplina britannica prevede inoltre un novero di interessanti istituti, che meriterebbero considerazione al momento dell'elaborazione della normativa italiana.

9. La mancanza di certezza del diritto in Germania, tra evoluzioni giurisprudenziali e sviluppi prevedibili

In apertura è da notare come nei tre Stati germanofoni il diritto a conoscere le proprie origini conosca copertura costituzionale: per menzione espressa nella legge fondamentale in Svizzera⁸⁸; per il

⁸⁵ Per i rischi di una tale pratica si v. L. D'AVACK, *op. cit.*, par. 5.

⁸⁶ In tal senso si v. anche COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *op. cit.*, 12.

⁸⁷ A tal riguardo, con riferimento alla sent. n. 162 del 2014 ma sotto diverso punto di vista, si v. I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della l. 40/2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *Biolaw Journal*, 2014, 2, 38.

⁸⁸ Si v. *infra* pt. 9.

tramite della Cedu, avente rango costituzionale, in Austria⁸⁹; ad opera della giurisprudenza, in Germania.

In tale ultimo Paese la PMA risulta attualmente disciplinata tramite differenti testi normativi⁹⁰, che tuttavia presentano non poche lacune, sì che numerose sono le voci che da tempo chiedono una nuova e migliore disciplina settoriale⁹¹. Per quanto concerne in particolare la fecondazione eterologa, è necessario fare riferimento alla legge di tutela degli embrioni, c.d. *Embryonenschutzgesetz*⁹². Questa, al § 1, sanziona penalmente colui che trasferisce a una donna un ovulo altrui non fecondato oppure feconda artificialmente un ovulo senza il fine di provocare la gravidanza della donna dalla quale lo stesso proviene⁹³. La donazione di gameti femminili risulta pertanto vietata, mentre quella di gameti maschili – non prevedendo la legge nulla in specifico – è considerata lecita⁹⁴. Una più precisa disciplina della fecondazione eterologa maschile la si trova nel modello di linee guida⁹⁵ elaborato dalla Camera federale dei medici. Queste, che verranno di seguito brevemente illustrate, costituiscono infatti – qualora recepite dalle Camere dei medici dei vari Länder – norme deontologiche vincolanti. Va tuttavia previamente notato come, con riguardo al diritto a conoscere le proprie origini, venga in rilievo una pronuncia della Corte costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*) del 1989⁹⁶ concernente la contestazione della legittimità del figlio, ma applicabile – secondo l'opinione assolutamente maggioritaria – anche al caso della PMA eterologa⁹⁷. In tale decisione i giudici costituzionali notarono come lo sviluppo dell'identità sia strettamente connesso alla conoscenza dei fattori per essa costitutivi, quale – tra gli altri – la propria ascendenza. Quest'ultima, infatti, non soltanto determina il patrimonio genetico del singolo, contribuendo così in maniera essenziale alla sua personalità; di

⁸⁹ Si v. *infra* pt. 9.

⁹⁰ Si v. in particolare il codice civile germanico (*Bürgerliches Gesetzbuch*), la legge c. d. *Embryonenschutzgesetz* (*Gesetz zum Schutz von Embryonen vom 13.12.1990*, BGBl I/1990, 2746), la legge c. d. *Transplantationsgesetz* (*Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben, Bekanntmachung vom 4.9.2007*, BGBl I/2007, 2206), la legge c. d. *Arzneimittelgesetz* (*Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln, Bekanntmachung vom 12.12.2005*, BGBl I/2005, 3394) e la legge c. d. *Gewebe-gesetz* (*Gesetz über Qualität und Sicherheit von menschlichen Geweben und Zellen vom 20.7.2007*, BGBl I/2007, 1574).

⁹¹ Si v. per tutti K. DIEDRICH, G. GRIESINGER, *Deutschland braucht ein Fortpflanzungsmedizin-gesetz*, in *Geburtshilfe und Frauenheilkunde* 2006, 66, 345 ss.

⁹² Gesetz zum Schutz von Embryonen (*Embryonenschutzgesetz*) vom 13.12.1990, BGBl I/1990, 2746.

⁹³ § 1 *Embryonenschutzgesetz*: «1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. auf eine Frau eine fremde unbefruchtete Eizelle überträgt, 2. es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt [...]. 2) Ebenso wird bestraft, wer 1. künstlich bewirkt, daß eine menschliche Samenzelle in eine menschliche Eizelle eindringt, oder 2. eine menschliche Samenzelle in eine menschliche Eizelle künstlich verbringt, ohne eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen zu wollen, von der die Eizelle stammt.»

⁹⁴ C. WENDEHORST, *Die rechtliche Regelung donogener ART in Deutschland und Österreich*, in G. BOCKENHEIMER-LUCIUS, P. THORN, C. WENDEHORST (a cura di), *Umwege zum eigenen Kind*, Göttingen, 2008, 107.

⁹⁵ Per l'ultima edizione di tale modello di linee guida si v. DEUTSCHE BUNDESÄRZTEKAMMER, (*Muster-)**Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, *Novelle 2006*, *Deutsches Ärzteblatt* 2006, A-1392 ss., in <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/AssRepro.pdf> (ultima consultazione 08/01/2016).

⁹⁶ BVerfGE 79, 256 ss. del 31 gennaio 1989.

⁹⁷ T. RAUSCHER, *Anhang zu § 1592 BGB*, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, M. COESTER, T. RAUSCHER (a cura di), *Band 4. Familienrecht §§ 1589-1600d (Abstammung)*, Berlino, 2011, pt. 15 ss.; D. HAHN, *§ 1591 BGB*, in H. G. BAMBERGER, H. ROTH (a cura di), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, Monaco, 2015, pt. 17.

più, essa assume nella coscienza del singolo un ruolo chiave per la consapevolezza di sé e la determinazione della propria individualità⁹⁸. Il diritto generale della personalità (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) tutelato in forza del combinato disposto ex art. 2 c. 1 (libero sviluppo della personalità) e art. 1 c. 1 (dignità) della Legge fondamentale, comprende pertanto anche la conoscenza della propria ascendenza⁹⁹. Già prima di tale sentenza, dottrina e giurisprudenza maggioritarie erano comunque dell'opinione che esistesse un diritto a conoscere l'identità dei propri ascendenti¹⁰⁰, con la conseguenza che l'anonimato nella PMA eterologa fosse (ed è) da considerarsi costituzionalmente illegittimo¹⁰¹. Ciononostante non si è proceduto a disciplinare per legge l'interesse del nato da PMA a conoscere le proprie origini, lasciando che fossero le citate linee guida dei medici a consigliare cautelarmente al personale sanitario di conservare per almeno 30 anni i dati concernenti le fecondazioni eterologhe effettuate, compresa l'identità del donatore¹⁰²; di informare questi e i futuri genitori sociali sulle possibili, future conseguenze legali¹⁰³; di farsi autorizzare, dal donatore e dai genitori sociali, a fornire al nato i dati del donatore nel caso di una relativa richiesta volta a ottenere informazioni sulla propria origine¹⁰⁴. Un'espressa previsione normativa che obblighi i medici a documentare le donazioni non esiste tuttora¹⁰⁵, sebbene molti autori sostengano che il personale sanitario – anche alla luce della tutela costituzionale del diritto del nato a ottenere informazioni sulle proprie origini – sia a ciò tenuto¹⁰⁶. Nondimeno risulta che molti medici abbiano continuato a garantire informalmente l'anonimato ai donatori, distruggendo dopo pochi anni i dati riguardanti questi ultimi oppure facendosi rilasciare dai genitori sociali un atto di rinuncia a richiedere, in futuro, informazioni sul donatore¹⁰⁷. Nel febbraio 2013 la Corte di seconda istanza (*Oberlandesgericht*) di Hamm¹⁰⁸ ha tuttavia dichiarato nullo un simile atto, considerandolo un contratto a danno di terzo. L'interesse del nato a conoscere la propria origine è stato conseguentemente ritenuto prioritario rispetto all'interesse, del donatore e del medico, all'anonimato. I giudici hanno pertanto condannato il medico a fornire al nato le informazioni sulla propria ascendenza genetica. In senso concorde a tale posizione, sostenuta anche da

⁹⁸ BVerfGE 79, 268 s.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ H. VON SETHE, *Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes*, Berlino, 1996, 77; B. REINKE, *Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft*, Bayreuth, 1991, 90, con ulteriori richiami dottrinali.

¹⁰¹ T. RAUSCHER, *Einleitung zu § 1589 ff BGB*, in J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, M. COESTER, T. RAUSCHER (a cura di), *Band 4. Familienrecht §§ 1589-1600d (Abstammung)*, Berlino, 2011, pt. 114; E. DEUTSCH, A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, Berlino, 2008, pt. 758; U. DI FABIO, *Artikel 2 GG*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (fondato da), *Grundgesetz-Kommentar*, Monaco, 2014, pt. 213; E. BERNAT, *Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung*, Francoforte, 1989, 4.

¹⁰² DEUTSCHE BUNDESÄRZTEKAMMER, *op. cit.*, pt. 5.3.3.2; si v. inoltre l'allegato commentario al paragrafo "Zur Dokumentation und Auskunftsansprüchen".

¹⁰³ DEUTSCHE BUNDESÄRZTEKAMMER, *op. cit.*, pt. 5.3.3.1.

¹⁰⁴ DEUTSCHE BUNDESÄRZTEKAMMER, *op. cit.*, pt. 5.3.3.2.

¹⁰⁵ U. RIEDEL, *Reproduktionsmedizin in Deutschland, Der Gynäkologe*, 2009, 7, 498.

¹⁰⁶ M. WELLENHOFER-KLEIN, § 1600 BGB, in F. J. SÄCKER, R. RIXECKER (diretto da), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, D. SCHWAB, K. REBMANN (a cura di), *Band VIII. Familienrecht II (§§ 1589-1921)*, Monaco, 2002, pt. 11.

¹⁰⁷ B. ZYPRIES, M. ZEEB, *Samenspende und das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2014, 55.

¹⁰⁸ Oberlandesgericht Hamm, sent. del 6 febbraio 2013, I-14 U 7/12, in *openJur*, 2013, 4638.

varie altre Corti germaniche¹⁰⁹, si è espressa la Corte di suprema istanza (*Bundesgerichtshof*) nel gennaio 2015¹¹⁰. Questa ha ricordato che un tale diritto del nato era da anni evidente alla luce delle linee guida dei medici e ha pertanto riconosciuto alle due ricorrenti l'accesso ai dati identificativi sulle proprie origini, nonostante la loro minore età. A margine i giudici hanno tuttavia rilevato che, qualora il medico – in violazione dei propri doveri deontologici – abbia garantito l'anonimato al donatore, l'interesse all'autodeterminazione di questi andrà bilanciato con il contrapposto interesse a conoscere del nato, sebbene a quest'ultimo vada, di regola, data prevalenza¹¹¹.

La scelta germanica di non disciplinare *ab initio* il diritto del nato a conoscere le proprie origini, lasciando che fosse la giurisprudenza a supplire alle lacune, sta così rivelando notevoli conseguenze negative. Ciò è particolarmente vero per i donatori, ai quali al momento della PMA fu spesso *de facto* garantito l'anonimato. Essi, infatti, si trovano frattanto esposti alle richieste di avere accesso alle loro informazioni identificative, nonché a potenziali rilevanti conseguenze parentali e patrimoniali nei confronti del nato. Quest'ultimo, infatti, dopo aver impugnato il legame con il padre sociale ma non genetico, è infatti ammesso a chiedere l'accertamento giudiziario della paternità del donatore¹¹², con tutte le conseguenze anche patrimoniali ed ereditarie che ne derivano¹¹³. L'ordinamento giuridico germanico, infatti, non garantisce soltanto il diritto alla conoscenza delle proprie origini, bensì pure il diritto a uno status giuridico corrispondente¹¹⁴.

10. La puntuale disciplina di Austria e Svizzera

Nella Repubblica austriaca e nella Confederazione elvetica la PMA è stata oggetto di disciplina nel corso degli anni Novanta. Così facendo si è potuto assicurare a donatori e nati una maggiore tutela per quanto concerne le conseguenze della PMA eterologa, in particolar modo con riguardo alla conoscenza delle proprie origini e agli aspetti personali e patrimoniali del legame genetico.

In Austria è pacificamente riconosciuto che il diritto del nato a conoscere la propria ascendenza sia protetto a livello costituzionale¹¹⁵. Esso viene infatti ricondotto alla tutela della vita privata appresta-

¹⁰⁹ Si v., ad esempio, le due decisioni che hanno portato alla sentenza del BGH di cui si tratta: Amtsgericht Hameln, sent. 21 giugno 2013, 20 c 194/12; Landgericht Hannover, sent. 6 novembre 2013, 6 S 50/13, in *beck-online.de*.

¹¹⁰ Bundesgerichtshof, sent. del 28 gennaio 2015, XII ZR 201/13, pt. 46, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2015, 1098.

¹¹¹ Bundesgerichtshof, sent. del 28 gennaio 2015, pt. 54 seg.

¹¹² M. WELLENHOFER-KLEIN, *op. cit.*, pt. 26; E. DEUTSCH, A. SPICKHOFF, *op. cit.*, 766.

¹¹³ Con riguardo a queste, si cerca di tenerne il donatore contrattualmente immune, sostenendo che i genitori sociali – facendo ricorso alla PMA eterologa – abbiano implicitamente accettato di farsi carico di eventuali conseguenze patrimoniali negative per il donatore, oppure stabilendo espressamente un simile patto: G. BRUDER-MÜLLER, *Einf von § 1591 BGB*, in O. PALANDT (fondato da), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Monaco, 2013, pt. 18.

¹¹⁴ E. BILOTTI, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, intervento presso il convegno "Quale diritto per i figli dell'eterologa?", Camera dei Deputati, 03 giugno 2014, par. 9, in <http://www.dimt.it/2014/06/10/il-diritto-alla-conoscenza-delle-proprie-origini/> (ultima consultazione 08/01/2016).

¹¹⁵ In tal senso la dottrina maggioritaria: si v., *ex multis*, T. MAIER, *Samenspende: Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung*, in *Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht*, 2014, 33, 53.

ta dall'art. 8 Cedu, avente in Austria rango costituzionale¹¹⁶; frequente è, a tal riguardo, il riferimento alla giurisprudenza della Corte Edu nell'ambito del parto anonimo¹¹⁷.

A regolare l'ambito è la *Fortpflanzungsmedizingesetz*¹¹⁸, emanata nel 1992. Tale legge prevede espressamente, al § 20, c. 2, la possibilità per il nato, a partire da 14 anni, di accedere alle informazioni raccolte in base al § 15, c. 1, della stessa legge. Tale ultima disposizione impone alla struttura sanitaria di tenere documentazione di una serie di informazioni personali sui donatori: nome, data e luogo di nascita, cittadinanza, residenza, nome dei genitori, momento della donazione e risultanze degli esami clinici eseguiti al momento della stessa. La documentazione deve essere conservata per 30 anni presso la struttura sanitaria, dopodiché – a tempo illimitato – presso la presidenza del *Land*.

Ai sensi del § 26, tale § 20 trova applicazione soltanto *pro futuro*, ovvero con riguardo alle fecondazioni eterologhe realizzate dopo l'entrata in vigore della legge il 1° luglio 1992. Il § 23 esclude, infine, l'accertamento di un rapporto giuridico nei confronti del donatore.

Per quanto concerne la Svizzera, ai sensi dell'art. 119¹¹⁹ della Costituzione federale, la Confederazione, nell'ambito dell'impiego del patrimonio germinale e genetico umano, «provvede a tutelare la dignità umana, la personalità e la famiglia e si attiene in particolare ai principi seguenti: [...] g) ognuno ha accesso ai suoi dati genetici»¹²⁰. Con riguardo a tali «dati genetici», si noti che i termini impiegati nella versione tedesca («Daten über ihre Abstammung»)¹²¹ e francese («données relatives à son ascendance»)¹²² della Costituzione fanno riferimento ai «dati sull'ascendenza» e hanno pertanto significato più ampio rispetto alle parole utilizzate nella versione italiana. La disposizione viene infatti interpretata dalla dottrina maggioritaria nel senso che esprima un diritto, generalmente applicabile, alla ricerca delle proprie origini, a prescindere dalle modalità del concepimento¹²³.

La materia viene quindi disciplinata a livello ordinario dalla Legge federale concernente la procreazione con assistenza medica (LPAM)¹²⁴, approvata il 18 dicembre 1998 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2001. Questa, all'art. 18, prevede che il donatore debba venire informato riguardo al diritto del nascituro di consultare i documenti relativi alla donazione. A norma dell'art. 24, del donatore devono infatti essere registrati: cognome e nome, data e luogo di nascita, luogo di domicilio, luogo d'origine o nazionalità, professione e formazione, data della donazione; risultanze degli esami medici; dati riguardanti le sue caratteristiche fisiche. Tale ultimo aspetto comprende, ai sensi dell'art. 16 dell'Ordinanza sulla medicina della procreazione (OMP)¹²⁵, la corporatura, l'altezza, il colore dei capelli, degli occhi e della pelle, nonché ulteriori segni particolari. L'art. 17 di tale Ordinanza permette inoltre che

¹¹⁶ W. BERKA, *Lehrbuch Verfassungsrecht*, Vienna, 2005, n. 1172 seg.

¹¹⁷ T. MAIER, *op. cit.*, nota 17.

¹¹⁸ *Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen werden*, *Bundesgesetzblatt*, 1992, 275.

¹¹⁹ Intitolato «Medicina riproduttiva e ingegneria genetica in ambito umano».

¹²⁰ La disposizione era già prevista nella precedente Costituzione all'art. 24 novies c. 1 lit. g, dove era stata inserita nel 1992.

¹²¹ «Jede Person hat Zugang zu den Daten über ihre Abstammung».

¹²² «Toute personne a accès aux données relatives à son ascendance».

¹²³ Si v. in tal senso, anche per ulteriori richiami dottrinali, A. BÜCHLER, N. RYSER, *Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung*, in *FamPra.ch*, 2009, 1, 11.

¹²⁴ *Raccolta ufficiale*, 2000, 3055 ss.

¹²⁵ *Raccolta ufficiale*, 2000, 3068 ss.

vengano conservati ulteriori documenti qualora il donatore lo desideri, «in particolare una fotografia di quest'ultimo».

L'accesso a tali informazioni è disciplinato dall'art. 27 LPAM, la quale lo permette in qualsiasi momento qualora il nato abbia un interesse degno di tutela oppure, in ogni caso, dopo il suo diciottesimo compleanno. A partire da tale data, il nato potrà chiedere che gli vengano comunicate le caratteristiche fisiche del donatore nonché le sue generalità. Prima di rivelare queste ultime, tuttavia, l'ufficio a ciò incaricato dovrà informare, nella misura del possibile, il donatore. Qualora questi rifiuti un contatto personale con il figlio, il nato verrà informato di ciò e verrà «reso attento ai diritti della personalità del donatore e ai diritti di protezione della sua famiglia» (art. 27 LPAM); in caso il nato insista nella richiesta, l'ufficio è tuttavia tenuto a fornirgli anche i dati identificativi del donatore¹²⁶. Trattasi pertanto del tentativo di conciliare il diritto assoluto¹²⁷ del nato a conoscere la propria ascendenza con gli interessi del donatore e della sua famiglia.

Con riguardo ai gameti impiegati prima dell'entrata in vigore della legge, l'art. 41 c. 2 LPAM prevede che il personale medico sia tenuto a fornire le informazioni richieste dal nato «in applicazione analogica dell'articolo 27» della stessa legge.

Gli artt. 23 e 43 LPAM escludono un accertamento giudiziario della paternità nei confronti della persona che ha donato i propri gameti presso le strutture a ciò autorizzate.

11. Alcune proposte dalla disciplina britannica

Al fine della predisposizione della disciplina italiana risultano di particolare interesse alcuni aspetti della normativa britannica, dell'evoluzione della quale si è già dato brevemente conto¹²⁸.

Un momento decisivo di tale sviluppo normativo si è avuto nel 2004, quando sono state emanate le Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations Nr 1511/2004¹²⁹. Tale atto, al punto 2(2), elenca alcune informazioni non identificative che andranno fornite a tutti i nati che ne faranno richiesta, anche qualora la donazione sia stata effettuata prima dell'entrata in vigore della norma. Dal 1° agosto 1991 le strutture sanitarie erano infatti tenute a comunicare a un registro, a tal fine istituito, una serie di dati, identificativi e non identificativi, sul donatore¹³⁰. Alle persone concepite fino al 31 marzo 2005 va quindi fornito, su loro richiesta, un novero alquanto ampio di informazioni non identificative sul donatore: sesso, statura, peso, etnia (sua e dei genitori), colore di pelle, occhi e capelli, data e Stato di nascita, stato civile, numero e sesso di eventuali figli, religione, lavoro, interessi e abilità, motivi della donazione, il contenuto di descrizioni di sé che il donatore abbia fornito, eventuali ulteriori informazioni che egli voglia far pervenire al nato. A

¹²⁶ Per la disciplina precisa di tale procedimento, previsto dall'art. 27 LPAM, si v. l'art. 21 e ss. OMP.

¹²⁷ A. BÜCHLER, N. RYSER, *op. cit.*, 9; A. BÜCHLER, *Die Eizellenspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda*, 42, in <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/03882/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6iO NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6g> (ultima consultazione 08/01/2016).

¹²⁸ Si v. *supra* pt. 3.

¹²⁹ L'atto è stato emanato il 14.06.2004 in forza delle sezioni 31(4)(a) e 45(1) fino a (3) dello Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

¹³⁰ E. BLYTH, *op. cit.*, 159 e 163.

quest'ultimo vanno inoltre rese disponibili le risultanze degli esami medici effettuati al momento della donazione nonché la storia clinica del donatore e della sua famiglia. Dei donatori i cui gameti siano stati utilizzati a partire dal 1° aprile 2005 vanno forniti al nato, oltre alle predette informazioni, ulteriori dati di ordine anche identificativo, dicasi – ai sensi del punto 2(3) – il nome e cognome, la data e il luogo di nascita, l'aspetto fisico nonché l'ultimo indirizzo postale noto. Al donatore, i cui gameti siano stati utilizzati tra il 1° agosto 1991 e il 1° aprile 2005, è invece riconosciuto l'anonimato, salva la possibilità di manifestare la volontà di rinunciarvi¹³¹.

Il nato, a partire dal sedicesimo anno di vita, può chiedere alla competente autorità se egli è stato concepito tramite PMA eterologa; in caso positivo, se lo desidera, può chiedere che gli vengano forniti i predetti dati non identificativi sul donatore. Alle informazioni concernenti l'identità dello stesso egli potrà invece avere accesso una volta raggiunta la maggiore età¹³².

Lo Human Fertilisation and Embryology Act 2008, che è andato a novellare l'omonima, precedente legge (Human Fertilisation and Embryology Act 1990; di seguito, si indicherà con HFE Act il testo coordinato della legge), oltre a confermare l'abbandono dell'anonimato, ha previsto una serie di misure volte a conciliare il bisogno del nato di elaborare la propria origine con gli interessi delle altre persone coinvolte.

In tal senso il § 31ZF HFE Act istituisce il *Donor Conceived Register*¹³³, tramite il quale i donatori, il cui materiale genetico sia stato utilizzato prima del 1° agosto 1991, e i relativi nati, possono tentare di ottenere informazioni a proposito, rispettivamente, dei propri figli genetici o dei genitori genetici.

Interessante è anche la considerazione che l'ordinamento britannico concede all'interesse del nato ad avere notizie riguardo a eventuali fratelli genetici, ovvero persone concepite utilizzando, almeno in parte, i gameti dello stesso donatore. A tal fine è stato istituito – ai sensi del § 31ZE HFE Act – un ulteriore registro, il *Donor Sibling Link*¹³⁴, a cui gli interessati possono comunicare il proprio nominativo. Qualora in base ai dati conservati nel registro risulti che due persone nate dai gameti dello stesso donatore abbiano manifestato interesse a conoscere i propri fratelli genetici, comunicherà ad entrambi i rispettivi contatti e-mail e/o telefonici e/o l'indirizzo di casa.

La normativa britannica permette infine al donatore di ottenere determinate informazioni sugli esiti della propria donazione¹³⁵, ovvero quanti bambini siano nati da essa, il loro sesso e l'anno di nascita (§ 31ZD HFE Act).

La disciplina del Regno Unito, così come modificata a partire dal 2004, risulta pertanto concedere seria considerazione alla posizione del nato e, in particolare, al suo interesse a conoscere le origini. L'attenzione che essa rivolge ad interessi ulteriori – specificamente alla ricerca dei fratelli genetici e alle informazioni da fornirsi al donatore, su sua richiesta, riguardo ai figli nati tramite i propri gameti – la pongono in posizione di avanguardia rispetto alle principali normative europee, avendo essa già ora riguardo a situazioni che non pare improbabile nel prossimo futuro verranno in rilievo anche negli altri Paesi.

¹³¹ Si v. la procedura indicata in <http://www.hfea.gov.uk/7702.html> (ultima consultazione 08/01/2016).

¹³² § 31ZA *Human Fertilisation and Embryology Act*, così come novellato nel 2008.

¹³³ Accessibile all'indirizzo <http://www.donorconceivedregister.org.uk> (ultima consultazione 08/01/2016).

¹³⁴ Accessibile all'indirizzo <http://www.hfea.gov.uk/donor-sibling-link.html> (ultima consultazione 08/01/2016).

¹³⁵ Sul tema si v. anche I. RAES, A. RAVELINGIEN, G. PENNING, *The right of the donor to information about children conceived from his or her gametes*, in *Human Reproduction*, 28, 3, 2013, 560 ss.

12. Cosa sta accadendo in Italia: l'assenza di considerazione degli interessi del nato

A seguito della sentenza n. 162 del 2014, una volta superate le iniziali insicurezze¹³⁶ l'applicazione della PMA eterologa ha avuto avvio, sebbene si stiano riscontrando serie difficoltà pratiche di reperimento dei gameti. Abbandonata la primigenia intenzione di emanare d'urgenza un decreto legge e incaricate pertanto le Camere di legiferare a proposito¹³⁷, alla luce del non breve lasso di tempo che queste ultime avrebbero impiegato, si è delineato il pericolo di una regolamentazione a macchia di leopardo, ad opera delle varie Regioni italiane. Per evitare ciò, la Conferenza delle Regioni e Province Autonome ha pubblicato nel settembre 2014 un documento¹³⁸, contenente indicazioni di massima riguardo alle principali questioni poste dall'applicazione della PMA eterologa. Tale documento è stato frattanto recepito da numerose Regioni¹³⁹, divenendo così per esse vincolante. La fecondazione eterologa risulta tuttora disciplinata da esso, assieme alle sezioni della legge n. 40 del 2004 non intaccate dalla (dalle) declaratoria (declaratorie) d'incostituzionalità, alle altre norme dell'ordinamento applicabili direttamente o per via d'interpretazione a tale ambito nonché alle nuove linee guida firmate il 1° luglio 2015¹⁴⁰. Si attende tuttora, invece, il completamento dell'iter per l'emanazione del regolamento sulla fecondazione eterologa¹⁴¹. Il citato documento della Conferenza delle Regioni e Province autonome si limita a rinviare all'anonimato previsto, per il donatore di organi, dal d. lgs. n. 191 del 2007, stabilendo che «la donazione deve essere anonima»¹⁴² e che i donatori «non hanno diritto di conoscere l'identità del soggetto nato per mezzo di queste tecniche e il nato non potrà conoscere l'identità»¹⁴³ del donatore. Eventuali modifiche introdotte in futuro alla disciplina «dovranno comunque garantire l'anonimato ai donatori che hanno donato prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina. Le persone che partecipano a programmi di donazione dovrebbero essere certe che la loro riservatezza sarà rispettata»¹⁴⁴.

¹³⁶ Si v. *supra* pt. 1.

¹³⁷ Si v. la lettera del ministro della salute B. Lorenzin, datata 08/08/2014, indirizzata ai capigruppo delle due camere, prot. n. 2170/BL/14, in <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato2657437.pdf> (ultima consultazione 08/01/2016).

¹³⁸ CONFERENZA DELLE REGIONI E PROVINCE AUTONOME, *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale Nr. 162/2014*, in www.regioni.it/download/news/362947/ (ultima consultazione 08/01/2016).

¹³⁹ Per i primi atti di recepimento del Documento, con indicazione degli estremi delle relative delibere, si v. R. LUGARÀ, *Fecondazione eterologa: dal riconoscimento del diritto alla sua (in)effettività?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 06 marzo 2015, 6 s., in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/03/lugara.pdf> (ultima consultazione 08/01/2016).

¹⁴⁰ *Gazzetta Ufficiale*, 161, 14 luglio 2015, 110 ss.

¹⁴¹ Attualmente la bozza risulta essere stata trasmessa alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome; a stare alle notizie apparse sulla stampa, sembra che tale bozza preveda l'anonimato del donatore, mentre non vi sarebbe traccia di una disciplina di tutela dell'interesse del nato a conoscere le proprie origini: si v. *Fecondazione eterologa, il ministero prepara campagna per promuovere donazione gameti*, *La Repubblica*, 08/08/2015, http://www.repubblica.it/salute/benessere-donna/fertilita-e-infertilita/2015/08/08/news/fecondazione_eterologa_pronto_il_regolamento_del_ministero-120644747/ (ultima consultazione 08/01/2016).

¹⁴² CONFERENZA DELLE REGIONI E PROVINCE AUTONOME, *cit.*, 10.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ CONFERENZA DELLE REGIONI E PROVINCE AUTONOME, *cit.*, 11.

Per quanto riguarda i lavori parlamentari, nelle due camere si trovano attualmente in discussione numerose proposte di legge, talune delle quali risalenti ad ancor prima della sent. n. 162 del 2014. Non poche di esse non trattano affatto della questione della conoscenza delle origini¹⁴⁵, oppure si limitano a prevedere l'anonimato¹⁴⁶ o, fatto salvo l'anonimato, consentono l'accesso alle (sole) informazioni sanitarie e genetiche, unicamente per motivi di salute¹⁴⁷.

Soltanto talune proposte concedono attenzione specifica all'interesse del nato a conoscere la propria origine, consentendogli di avere accesso a informazioni sul donatore diverse da quelle relative alla sua identità¹⁴⁸ oppure anche ai suoi stessi dati identificativi¹⁴⁹.

¹⁴⁵ CAMERA DEI DEPUTATI, *Atto Camera n. 1078, "Introduzione del capo II-bis del titolo VII del libro primo del codice civile, concernente la disciplina della fecondazione medicalmente assistita"*, M. MARZANO E ALTRI (iniziativa de), presentato il 29/05/2013; CAMERA DEI DEPUTATI, *Atto Camera n. 1266, "Modifiche alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, M. MARZANO E ALTRI (iniziativa de), presentato il 25/06/2013; SENATO DELLA REPUBBLICA, *Atto Senato n. 1888, "Modifiche alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di procreazione medicalmente assistita"*, M. RIZZOTTI E ALTRI (iniziativa de), presentato il 22/04/2015; CAMERA DEI DEPUTATI, *Atto Camera n. 2337, "Modifiche alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, V. LABRIOLA E ALTRI (iniziativa de), presentato il 30/04/2014.

¹⁴⁶ CAMERA DEI DEPUTATI, *Atto Camera n. 2654, "Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo"*, B. F. FUCCI E ALTRI (iniziativa de), presentato il 06 ottobre 2014.

¹⁴⁷ CAMERA DEI DEPUTATI, *Atto Camera n. 1535, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, NICCHI E ALTRI (iniziativa de), presentato il 09 agosto 2013; SENATO DELLA REPUBBLICA, *Atto Senato n. 1630, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, E. G. DE BIASI (iniziativa de), presentato il 23/09/2014; SENATO DELLA REPUBBLICA, *Atto Senato n. 1636, "Norme per la disciplina della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo"*, L. BIANCONI E ALTRI (iniziativa de), presentato il 3 ottobre 2014; SENATO DELLA REPUBBLICA, *Atto Senato n. 1975, "Norme per la disciplina della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo"*, S. TORRISI E ALTRI (iniziativa de), presentato il 16 giugno 2015; CAMERA DEI DEPUTATI, *Atto Camera n. 2632, "Norme per la disciplina della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo"*, N. DE GIROLAMO E ALTRI (iniziativa de), presentato il 15 settembre 2014. In tal senso, sembra, anche un ulteriore disegno di legge, il quale – pur non disciplinando espressamente l'accesso alle informazioni sanitarie – prevede che il donatore debba fornire ogni notizia riguardo alla sua anamnesi sanitaria e al suo stato di salute, nonché ogni informazione utile per la conoscenza di eventuali patologie trasmissibili geneticamente o per via cromosomica: SENATO DELLA REPUBBLICA, *Atto Senato n. 1793, "Disposizioni in materia di fecondazione medicalmente assistita e di conservazione di gameti umani e di tessuto gonadale"*, F. PALERMO E ALTRI (iniziativa de), presentato il 26 febbraio 2015.

¹⁴⁸ SENATO DELLA REPUBBLICA, *Atto Senato n. 1607, "Norme in materia di fecondazione medicalmente assistita"*, L. MANCONI (iniziativa de), presentato il 09 settembre 2014. In tal senso anche un ulteriore disegno di legge, che prevede altresì che l'identità del donatore possa essere rivelata su autorizzazione dell'autorità giudiziaria, qualora ricorrano circostanze che comportino un grave e comprovato pericolo per la salute del nato: SENATO DELLA REPUBBLICA, *Atto Senato n. 1284, "Norme in materia di fecondazione medicalmente assistita"*, S. FUCSIA (iniziativa de), presentato il 04 febbraio 2014.

¹⁴⁹ CAMERA DEI DEPUTATI, *Atto Camera n. 2627, "Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo"*, G. FIORONI E ALTRI (iniziativa de), presentato il 10 settembre 2014; SENATO DELLA REPUBBLICA, *Atto Senato n. 1885, "Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo"*, M. SACCONI E ALTRI (iniziativa de), presentato il 21 aprile 2015. Nella presentazione di un'altra proposta di legge si disquisisce ampiamente sul diritto del nato ad accedere alle informazioni identificative sul donatore, sebbene la proposta in sé non preveda espressamente niente al riguardo, salvo una novella dell'art. 11 della legge n. 40 del 2004 volta a prescrivere al registro ivi previsto di tenere traccia pure dei dati relativi ai donatori di gameti e ai soggetti nati: CAMERA DEI DEPUTATI, *Atto Camera n. 2645, "Modifiche alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, P. BINETTI E ALTRI (iniziativa de), presentato il 25 settembre 2014.

Con riguardo alle prime di tali proposte, le formulazioni adottate sono alquanto generiche. Una proposta parla infatti di «informazioni sul donatore o la donatrice dei gameti, diverse da quella relativa alla sua identità»¹⁵⁰, mentre l'altra tratta di «informazioni sul donatore dei gameti, purché si tratti di informazioni diverse da quelle relative alla sua identità»¹⁵¹. Alla luce dell'ampiezza concettuale di tali disposizioni, si pone la questione di garantire la loro efficacia, non essendo elencati i dati precisi da raccogliere (ad esempio, età, professione, aspetto fisico, motivi della donazione). A tal fine si renderebbe necessario specificare per via regolamentare quali informazioni le strutture sanitarie debbano raccogliere sui donatori.

Per quanto concerne le proposte che disciplinano espressamente la possibilità di accedere ai dati identificativi del donatore, un testo in discussione alla Camera prevede – con formulazione inutilmente involuta – che al nato, «qualora lo richieda al compimento della maggiore età, non si può opporre nessun rifiuto per conoscere l'identità del padre biologico»¹⁵².

Un diverso disegno di legge¹⁵³, presentato presso il Senato, concede invece ampia attenzione non solo alla posizione del nato bensì pure agli altri soggetti coinvolti. Con riguardo al donatore, tale disegno di legge (all'art. 3, c. 5 e segg.) prevede un obbligo a suo carico di informare delle donazioni effettuate, nei tempi e con le modalità più opportune, i propri partner e i figli. Egli può inoltre richiedere di venire informato sull'esito della donazione e di eventuali persone da essa nate. È infine prevista la possibilità di entrare in contatto, attraverso il registro nazionale dei donatori, con il figlio genetico, sebbene tale possibilità sia chiaramente subordinata al consenso di quest'ultimo. Con riguardo ai «figli legali» del donatore, il disegno di legge concede pure ad essi la possibilità di «entrare in contatto con figli genetici riconducibili alla donazione del padre», sempre in presenza di un consenso di questi e per il tramite del registro nazionale. A tal riguardo è tuttavia curioso che una simile possibilità non sia espressamente prevista per i nati da eterologa nei confronti dei propri fratelli genetici, generati da PMA con utilizzo degli stessi gameti, oppure nei confronti dei figli legali del donatore. A tal riguardo la previsione, oltretutto, parla specificamente di «padre», al che è lecito chiedersi se essa debba trovare applicazione anche nei confronti delle persone nate dalla donazione di ovociti della propria madre, quindi con riguardo ai fratelli genetici per via di madre.

¹⁵⁰ Art. 9, c. 2, de SENATO DELLA REPUBBLICA, *Atto Senato n. 1607, cit.*: «Informazioni sul donatore o la donatrice dei gameti, diverse da quella relativa alla sua identità, possono essere richieste alla struttura dai figli nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di fecondazione medicalmente assistita eterologa o dai loro legali rappresentanti. La struttura è comunque tenuta a fornire tali informazioni quando esse non comportano la violazione dell'obbligo di anonimato, anche ai sensi dell'articolo 28, c. 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184».

¹⁵¹ Art. 13, c. 5, de SENATO DELLA REPUBBLICA, *Atto Senato n. 1284, cit.*: «I figli nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di fecondazione medicalmente assistita di natura eterologa, o i loro legali rappresentanti, possono richiedere, alla struttura di cui al c. 2, informazioni sul donatore dei gameti, purché si tratti di informazioni diverse da quelle relative alla sua identità. La struttura è comunque tenuta a fornire tali informazioni quando esse non comportano la violazione dell'obbligo di anonimato di cui al c. 4; nei casi dubbi la struttura richiede l'autorizzazione al giudice tutelare».

¹⁵² Si v. l'art. 1, c. 7, della seguente proposta di legge: CAMERA DEI DEPUTATI, *Atto Camera n. 2627, cit.*

¹⁵³ SENATO DELLA REPUBBLICA, *Atto Senato n. 1885, cit.*

13. Conclusioni

Sia permesso ricordare brevemente i passaggi salienti della trattazione.

La nozione di salute, di cui all'art. 32 Cost., comprende, alla luce di pacifica giurisprudenza, anche la sfera psichica. Con riguardo alla PMA, le scienze non sono ancora in grado di determinare con sufficiente certezza se la consapevolezza della propria origine eterologa incida negativamente sull'equilibrio psichico dei nati. L'esperienza estera ha mostrato come non poche persone, concepite tramite fecondazione eterologa, manifestino il forte desiderio di avere informazioni riguardo ai genitori genetici, sì che diversi ordinamenti hanno modificato di conseguenza la propria normativa. Non pare improbabile che a un tale, ardente bisogno di conoscenza sia ricondotta un'incidenza sulla salute psichica. La giurisprudenza della Corte EDU in più occasioni ha, oltretutto, riconosciuto una sofferenza psichica pur in assenza del relativo accertamento medico.

Per quanto concerne la tutela dell'identità, sia l'ordinamento costituzionale italiano, sia la Cedu, concedono ad essa autonoma considerazione. Che la conoscenza delle proprie origini attenda all'identità e questa, a sua volta, alla vita privata, è affermato da consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Similmente, anche la nozione di identità adottata dalla Consulta, in occasione delle proprie decisioni concernenti il parto anonimo, ricomprende in sé l'interesse a conoscere le origini. Data l'afinità della situazione soggettiva dell'adottato da parto anonimo e del nato da procreazione con gameti di terzo, non pare improprio sostenere l'applicazione dei principi ricavabili da tali decisioni anche al caso della PMA eterologa.

Per tali ragioni appare possibile, se non addirittura probabile, che in futuro – qualora permanga l'assenza di una specifica normativa – venga giudizialmente affermato un diritto del nato a conoscere le proprie origini; esso, infatti, risulta giustificabile già con riguardo al quadro costituzionale odierno.

La possibilità – probabilità – del riconoscimento di un tale diritto rende quanto mai opportuno provvedere, da subito, a una disciplina dello stesso. In sua assenza, infatti, qualora nel prossimo futuro i nati venissero effettivamente ammessi a conoscere i propri genitori genetici, si violerebbe la sfera privata dei donatori, i quali avevano offerto i propri gameti confidando nell'anonimato. Se invece, al contrario, un tale diritto venisse affermato soltanto *pro futuro* – con riguardo alle persone concepite successivamente a quel momento, ma non per coloro già nati – non sarebbe improprio porsi dubbi sulla legittimità di una tale disparità di trattamento, essendo essa non dovuta a evoluzioni del contesto sociale, bensì unicamente alla mancata disciplina, ad opera del legislatore, di una situazione che *ab initio* appariva meritevole di tutela.

Pare invece improbabile che, in futuro, non venga minimamente accordata tutela all'interesse del nato a conoscere le proprie origini; un anonimato totale non pare infatti compatibile con la protezione che la Costituzione accorda all'identità e alla salute psichica.

Diversa è, invece, la questione dell'accesso alle informazioni genetiche e ai dati sanitari del donatore a fini di tutela della salute, ad esempio per la prevenzione di malattie genetiche. Tale accessibilità, pur da garantirsi, va considerata separatamente rispetto all'interesse – di cui qui si tratta – alla conoscenza della propria ascendenza per ragioni di tutela della salute psichica ovvero, in particolare, di elaborazione della propria identità.

Due sono, in concreto, le discipline che appaiono tutelare adeguatamente l'interesse del nato a conoscere le proprie origini. Innanzitutto, si può prevedere che venga tenuta traccia di determinati dati

non identificativi dei donatori, quali ad es. età, aspetto fisico, professione. La disponibilità di tali informazioni appare quanto mai utile per il nato al fine di elaborare la propria origine. Essa andrebbe pertanto prevista, anche qualora – e si tratta della seconda, possibile disciplina – venga riconosciuta la facoltà di avere accesso alle generalità del donatore. A tal riguardo, va infatti ricordato come, a tale facoltà, non corrisponderebbe comunque un diritto ad instaurare con il donatore un rapporto personale. Egli potrebbe infatti non essere interessato a conoscere il nato, decisione che – stante l'assenza di qualsivoglia legame giuridico tra le due persone, in forza dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004 – risulterebbe insindacabile.

Appare pertanto consigliabile di prevedere, in ogni caso, la documentazione di una serie di informazioni non identificative sul donatore; esse paiono, infatti, di assoluta rilevanza per il nato al fine dell'elaborazione della propria storia, forse anche più della comunicazione delle mere generalità del donatore. Il novero esatto delle informazioni non identificative da raccogliersi andrebbe disciplinato quanto prima, sì che i centri sanitari provvedano di conseguenza al momento della donazione.

Nel caso non si volesse riconoscere l'ulteriore diritto ad avere accesso alle generalità del donatore, sarebbe concepibile prevedere un meccanismo – simile a quello previsto in caso di parto anonimo – che permetta al nato di contattare indirettamente il donatore, al fine di esplorare la possibilità che questi sia disponibile a rinunciare all'anonimato. Tale meccanismo dovrebbe, tuttavia, costituire una possibilità ulteriore rispetto all'accesso ai dati non identificativi del donatore, senza rappresentare – come invece taluni autori propongono – l'unica forma di considerazione dell'interesse del nato a conoscere la propria origine. Se così fosse, qualora il donatore rifiutasse un contatto, l'ordinamento non appresterebbe, infatti, nessun'altra forma di tutela di tale interesse del nato, il che non appare compatibile con la protezione della sua identità e salute psichica.

Sia che si propenda per l'una o per l'altra opzione, risulta indispensabile una rapida disciplina dell'ambito, sì da tutelare adeguatamente i donatori così come gli altri soggetti coinvolti (si pensi alla famiglia sociale del donatore), assicurando la necessaria certezza del diritto.

A riguardo si è fatto cenno all'intricata situazione germanica. In tale Paese, pur essendo manifesta già negli anni Ottanta l'illegittimità costituzionale dell'anonimato nella PMA, si è continuato a praticare fecondazioni eterologhe assicurando al donatore, di fatto, il segreto sulla propria identità. Negli ultimi anni la giurisprudenza sta tuttavia riconoscendo ai nati il diritto ad accedere alle generalità dei donatori, al che consegue la possibilità di far giudizialmente dichiarare questi ultimi quali propri genitori.

Il Regno Unito prevede invece alcuni meccanismi che potrebbe essere opportuno contemplare anche nella futura normativa italiana, soprattutto per quanto concerne l'interesse a conoscere i propri fratelli genetici.

In occasione della predisposizione di tale auspicata disciplina, sarà da evitarsi di concedere alla posizione del nato una considerazione meramente di facciata, con conseguente esclusione *ex cathedra* di qualsiasi suo interesse – a fini di tutela della salute psichica e di sviluppo dell'identità – a conoscere le proprie origini. L'incidenza di un fatto sulla salute va infatti valutata, alla luce della giurisprudenza costituzionale, dando adeguata considerazione alle evidenze scientifiche e sperimentali, non potendo invece originare da discrezionali valutazioni politiche. Allo stesso tempo, una vera considerazione del

diritto alla tutela dell'identità impone di prestare attenzione alla reale situazione del soggetto interessato, senza indulgere in formulazioni meramente teoriche e formalistiche.

Similmente sono da rifuggere quelle posizioni che riducono la tutela dell'identità alla protezione della salute, e quest'ultima alla salvaguardia della salute fisica. L'identità trova infatti, nell'ordinamento costituzionale italiano così come nella Cedu, autonoma considerazione, mentre la nozione di salute è pacificamente intesa quale comprensiva pure della salute psichica.

Parimenti da rifuggere è, infine, la teoria che l'assenza di una disciplina settoriale costituisca una scelta neutrale. Al contrario, una simile decisione – lasciando che a prevalere siano i soggetti più forti, più ricchi, meglio organizzati – rappresenterebbe una chiara presa di posizione del potere pubblico¹⁵⁴. Nel caso concreto, a soccombere sarebbe la posizione del nato, in quanto questi non risulterebbe in grado di tutelare al momento adeguato – dicasi in occasione della donazione dei gameti e della loro fecondazione – quelli che saranno i propri interessi. Si pone pertanto la necessità di anticipare la tutela dei futuri interessi del soggetto che tramite la fecondazione verrà concepito¹⁵⁵.

Si ricorderà come la Corte costituzionale, alla luce del coinvolgimento nella PMA di «una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa»¹⁵⁶, avesse giudicato la presenza di una disciplina settoriale quale «costituzionalmente necessaria»¹⁵⁷. Ecco: non pare improprio sostenere che una tale disciplina debba anche concernere il diritto del nato a conoscere le proprie origini.

¹⁵⁴ G. RAZZANO, *La legge sulla procreazione assistita: perché sì*, in *Quad. cost.*, 2004, 2, 385.

¹⁵⁵ In tal senso anche W. HEUN, *Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht*, in G. BOCKENHEIMER-LUCIUS, P. THORN, C. WENDEHORST (a cura di), *Umwege zum eigenen Kind*, Göttingen, 2008, 54.

¹⁵⁶ Corte cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 45, pt. 6 del "considerato in diritto".

¹⁵⁷ Corte cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 45, pt. 5 e 6 del "considerato in diritto".

Il problematico intervento delle Linee guida ministeriali e regionali nelle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione scientifica

Benedetta Liberali*

THE PROBLEMATIC INTERVENTION OF THE GOVERNMENTAL AND REGIONAL GUIDELINES ON MATTERS WHERE SCIENTIFIC DEVELOPMENT IS OF RELEVANCE

ABSTRACT: This essay aims at delving into the issues raised by the recent governmental guidelines on medically assisted reproduction, taking into account Law No. 40 of 2004, the judgments of the Italian Constitutional Court and the development of technical and scientific knowledge in this matter.

KEYWORDS: Medically assisted reproduction; Voluntary termination of pregnancy; Scientific developments; Gametes donation; Biolaw.

SOMMARIO: Premessa. - 1. L'aggiornamento delle Linee guida ministeriali in materia di procreazione medicalmente assistita e il mancato recepimento delle nuove disposizioni della legge n. 40 del 2004. - 1.1. Le previsioni che non recepiscono le sentenze nn. 151 del 2009, 162 del 2014 e 96 del 2015 della Corte costituzionale. - 1.2. Le previsioni che innovano e quelle che non dispiegano alcun effetto attuativo rispetto alla legge n. 40. - 1.3. La problematica tecnica del rinvio con particolare riguardo al "destino" degli embrioni. - 1.4. Le previsioni relative alle motivazioni che sorreggono le scelte intorno al numero di embrioni strettamente necessari da creare, alla cd. doppia fecondazione eterologa e alle coppie portatrici di malattie sessualmente trasmissibili. - 2. La cristallizzazione di nozioni suscettibili di evoluzione scientifica e la tutela dei diritti sottesi all'interruzione volontaria di gravidanza a livello regionale: il caso delle cd. Linee guida della Regione Lombardia. - 3. Le condizioni di accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: i casi della Regione Lombardia e della Regione Veneto. - 4. Osservazioni conclusive e prospettive future.

Premessa

Il recente aggiornamento delle Linee guida ministeriali in materia di procreazione medicalmente assistita¹ offre l'occasione per soffermarsi sul rilievo anche problematico che tale tipologia di intervento può assumere, in ragione degli effetti che può dispiegare sia sulle materie che sono caratterizzate dall'evoluzione delle conoscenze e delle tecniche scientifiche², sia sul riparto di competenze fra le diverse fonti del diritto.

* *Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano; Professore a contratto di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Verona. Il presente scritto costituisce la rielaborazione dell'intervento svolto al XXX Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Università Roma Tre, 6-7 novembre 2015, "La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali". Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

¹ Decreto ministeriale 1^o luglio 2015 (*Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*), in G.U. n. 161 del 14 luglio 2015.

² Rispetto alle problematiche sottese al rapporto fra evoluzione scientifica e attività normativa, si vedano M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, 5 novembre 2015; G.

A fronte delle note problematiche che hanno caratterizzato e continuano a caratterizzare la regolamentazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita introdotta con la legge n. 40 del 2004, che hanno determinato (e forse continueranno a determinare³) rilevanti interventi della Corte costituzionale e che riguardano principalmente il rapporto fra evoluzione scientifica e tecnica normativa⁴, si intende verificare con quali modalità si sia proceduto all'aggiornamento delle Linee guida ministeriali.

L'esito di questa verifica, come si vedrà, pone in luce i profili di estrema problematicità che caratterizzano la concreta regolamentazione di questo tipo di materia sia nel rapporto fra la stessa regolamentazione normativa e l'evoluzione scientifica, sia nel rapporto fra le fonti del diritto.

Con riguardo a tale ultimo profilo, occorre sottolineare come risulti alquanto problematico lo stesso inquadramento delle Linee guida nel sistema delle fonti.

D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del Giudice delle Leggi*, Messina, 2008, e *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 237 ss.; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015; L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, VI, 1450 ss.; A. CERRI, *Diritto e scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2003, CXLII, 7 ss.; A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, e, in particolare, R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 1 ss., M. ANIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, ivi, 23 ss., G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, ivi, 31 ss., e Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, ivi, 163 ss. Si veda inoltre S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, IV, 817 ss., e *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 16 giugno 2014.

Sul rapporto fra evoluzione delle conoscenze scientifiche e diritto e sulle problematiche sottese al cd. biodiritto si vedano innanzitutto C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, e C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi: Forum Biodiritto 2008*, Padova, 2009.

³ Si pensi alle questioni che non sono state ancora decise dalla Corte costituzionale o che non sono state (ancora) sollevate, quali per esempio i limiti alla possibilità di revocare il consenso all'applicazione delle tecniche oltre il momento della fecondazione; i limiti alla ricerca scientifica sugli embrioni in stato di abbandono; l'impossibilità di scegliere intorno al destino degli embrioni non destinati all'impianto in utero; il divieto assoluto di maternità surrogata.

Successivamente al Convegno AIC del 6-7 novembre 2015 è stata depositata la sentenza n. 229 della Corte costituzionale (11 novembre 2015), con cui è stata dichiarata l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa al divieto di soppressione degli embrioni anche laddove siano sovrannumerari e affetti da malattie genetiche, in ragione dell'esigenza di garantirne la dignità attraverso l'unica modalità, allo stato, possibile ovvero la crioconservazione. Questa decisione indubbiamente dispiegherà effetti rilevanti rispetto alla questione relativa ai limiti posti dalla legge n. 40 alla ricerca scientifica sull'embrione, poiché la Corte costituzionale ha ritenuto che quest'ultimo «non è certamente riconducibile a mero materiale biologico».

⁴ Le decisioni della Corte costituzionale che hanno profondamente inciso sull'originario impianto della legge n. 40 del 2004 sono le sentenze nn. 151 del 2009, 162 del 2014 e 96 del 2015 (nonché la sentenza n. 229 del 2015). Sulle numerose problematiche sottese alla regolamentazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, si vedano R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino, 2008; M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, 2010, e in particolare M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, ivi, 214 ss., e le osservazioni critiche di L. VIOLINI, *Note minime ad una decisione problematica*, ivi, 191 ss.; M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2012; M. D'AMICO, M. P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, Milano, 2014; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Rivista di BioDiritto*, 2014, II, 13 ss.

L'art. 7 (*Linee guida*) della legge n. 40 del 2004 dispone che il Ministero della Salute debba provvedere innanzitutto a definire, «con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della [...] legge, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», che risultano «vincolanti per tutte le strutture autorizzate», e in secondo luogo ad aggiornarle «periodicamente, almeno ogni tre anni, in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica».

Tale previsione appare tesa a soddisfare il carattere relativo e costantemente sottoposto a verifica e a nuovi progressi delle acquisizioni tecnico-scientifiche, tale da imporre un rapido adattamento della regolamentazione di riferimento che può essere utilmente effettuato attraverso il ricorso ai decreti ministeriali⁵.

Nonostante l'espressa indicazione temporale contenuta nell'art. 7, come è noto i richiesti decreti di aggiornamento sono intervenuti, dopo l'adozione delle prime Linee guida nel 2004, solo nel 2008 e nel 2015, con ciò non assicurandosi il necessario adeguamento all'evoluzione delle conoscenze scientifiche e anche alle decisioni della Corte costituzionale che, come si vedrà oltre, a quelle ha sempre fatto espresso riferimento, incidendo sostanzialmente sulle modalità di definizione dei protocolli medici in materia.

Le prime Linee guida del 2004⁶, dichiarate parzialmente illegittime dal TAR del Lazio⁷ nella parte in cui limitavano al solo tipo osservazionale ogni indagine sullo stato di salute degli embrioni, sono state definite dal giudice amministrativo quale atto «immediatamente precettivo», «attuativo della legge n. 40», «amministrativo di natura regolamentare, di provenienza ministeriale,» e a «contenuto tecnico discrezionale e generale». L'art. 7 della legge n. 40, secondo il TAR, «riconosce all'Autorità amministrativa, ministeriale, il potere di adottare regole di alto contenuto tecnico e di natura eminentemente procedurale e non quello di intervenire, positivamente, sull'oggetto della procreazione medicalmente assistita che rimane consegnata alla legge»⁸.

⁵ A questo proposito e in generale sul rapporto fra tecnica e diritto si vedano i puntuali riferimenti alla giurisprudenza costituzionale operati da F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 97 ss., che sottolinea, con riguardo alla «relatività delle certezze prodotte dalla tecnica, sempre pronte ad essere soppiantate, grazie ai progressi della ricerca scientifica, da nuove certezze,» che essa, ad avviso della Corte costituzionale, «sarebbe tale da legittimare la modifica e l'aggiornamento delle fonti di rango primario a contenuto tecnico, con provvedimenti normativi di altro rango, come ad esempio decreti ministeriali o interministeriali, in deroga al principio di gerarchia delle fonti e delle norme costituzionali sulla delega legislativa» (ivi, 98). E, ancora, l'A. sottolinea come «trattandosi di fonti del diritto secondarie [...], tanto il governo, tanto la pubblica amministrazione sono "in grado di assicurare – utilizzando conoscenze particolarmente qualificate – una costante opera di aggiornamento e di revisione, indispensabile per tener dietro alla rapida evoluzione scientifica e tecnologica"» (ivi, 193).

Sempre con riguardo al rapporto fra tecnica e diritto si veda anche A. ZEI, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008, che sottolinea che «l'esigenza di dettare regole chiare, ma al contempo sufficientemente flessibili da consentire un continuo aggiornamento della materia, ha indotto a sperimentare forme inedite di regolazione ed ha alimentato la circolazione di [...] nuovi modelli» (ivi, 3).

⁶ Decreto ministeriale 21 luglio 2004 (*Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*), in *G.U.* n. 191 del 16 agosto 2004.

⁷ TAR LAZIO, sez. III-quater, sent. 21 gennaio 2008, n. 398, in *Giur. merito*, 2008, IV, 1134 ss.

⁸ Per questi motivi il TAR del Lazio ha accolto il ricorso relativamente alla censura relativa alla limitazione della diagnosi preimpianto solo osservazionale e ha dichiarato infondato il motivo con cui si lamentava la violazione della legge n. 40 «per omessa definizione del termine embrione anche agli effetti della sua configurazione giuridica», ritenendo che tale definizione, «stante la non definitività del livello di conoscenza raggiunto dalla scienza biologica, sul punto, non può competere ad un'Autorità amministrativa quale è quella che ha adottato l'impugnato provvedimento né essere disciplinata

L'inquadramento delle stesse Linee guida del 2004 e dei successivi decreti di aggiornamento in materia di procreazione assistita, ciononostante, risulta alquanto problematico⁹, soprattutto laddove si consideri la portata innovativa di alcune disposizioni che sembrano assumere un carattere propriamente «regolamentare, pur essendo state adottate in carenza delle forme prescritte per tali atti»¹⁰. Se da un lato non è possibile definirli quali veri e propri regolamenti ministeriali, non avendone la relativa denominazione e non richiamandosi il parere obbligatorio del Consiglio di Stato¹¹, dall'altro lato non è possibile ricondurli entro la categoria delle circolari o delle ordinanze.

Essi sembrano, invece, costituire un esempio di «quei numerosi decreti ministeriali non regolamentari che «farciscono la Gazzetta Ufficiale». Di più: a ben vedere [...] si scorge in essi il riaffiorare di un'antica abitudine mai sopita. In pratica, tali decreti (che potremmo *tendenzialmente* inquadrare tra i c.d. provvedimenti amministrativi generali) incarnano, in alcuni loro squarci, ennesime testimonianze della c.d. «fuga dal regolamento», ossia del mancato rispetto delle forme e dei controlli predisposti dall'art. 17, legge n. 400 con riguardo ad atti che, dal punto di vista sostanziale, parrebbero invece rientrare nel novero di tali fonti»¹².

Entrambi questi profili problematici attinenti al riparto di competenze fra le fonti del diritto e al rapporto fra regolamentazione normativa ed evoluzione scientifica, peraltro, sono emersi anche in relazione alle cd. Linee guida regionali della Regione Lombardia predisposte in materia di interruzione volontaria di gravidanza, dichiarate parzialmente illegittime dal TAR della Lombardia nel 2010¹³, oltre che nel caso dell'annullamento parziale, sempre da parte del TAR della Lombardia nel 2015¹⁴, delle *Determinazioni in ordine all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) di tipo eterologo* della Regione Lombardia, e in quello dell'annullamento parziale da parte del TAR del Veneto nello stesso anno della Delibera della Regione Veneto, intervenuta nella stessa materia¹⁵.

La verifica delle modalità con cui le nuove Linee guida in materia di procreazione assistita regolamentano la concreta applicazione delle stesse tecniche e il confronto con questi ulteriori casi consentono

da un regolamento, per di più ministeriale, quale è, appunto, l'atto censurato, ma appartiene, in quanto espressione di una scelta di discrezionalità politica, al legislatore».

⁹ In modo particolarmente efficace, P. VERONESI, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, in www.forumcostituzionale.it, a proposito delle prime Linee guida ministeriali del 2004 in materia e anche del Decreto ministeriale del 4 agosto 2004 (*Norme in materia di procreazione assistita*), ha definito il rapporto fra questi e la legge n. 40 «incestuoso».

¹⁰ In questo senso, si vedano ancora le osservazioni, che si ritiene possano valere anche per le Linee guida del 2015, svolte da P. VERONESI, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita*, cit., a proposito delle prime Linee guida ministeriali del 2004 e del Decreto ministeriale del 4 agosto 2004. L'A., inoltre, sottolinea che queste disposizioni danno «attuazione a una legge particolarmente significativa – anche perché incidente su delicati diritti dei singoli e delle coppie – integrandone (e a volte [...] derogandone) le previsioni».

¹¹ Le Linee guida del 2015 richiamano espressamente il parere favorevole espresso dal Consiglio Superiore di Sanità nonché il previo confronto con l'Istituto Superiore di Sanità, come peraltro richiesto dallo stesso art. 7 della legge n. 40.

¹² P. VERONESI, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita*, cit., che ritiene che i due decreti ministeriali del 2004 – ma, come si è detto, si ritiene che tali osservazioni ben possano adattarsi anche alle Linee guida del 2015 – «ricadono nella tipologia dei più recenti episodi in materia, i quali sarebbero addirittura più laceranti delle vecchie fattispecie, se non altro perché legittimati da esplicite previsioni di legge (nel caso gli artt. 7 e 17 [della legge n. 40])».

¹³ TAR LOMBARDIA, sez. III, sent. 29 dicembre 2010, n. 7735, in www.personaedanno.it, su cui si vedano le osservazioni di F. BIONDI, *La sentenza del TAR per la Lombardia che ha annullato le linee guida regionali in tema di interruzione volontaria della gravidanza*, in www.forumcostituzionale.it, 4 febbraio 2011.

¹⁴ TAR LOMBARDIA, sez. III, sent. 28 ottobre 2015, n. 2271, in www.biodiritto.org. Risulta pendente nel momento in cui si scrive il giudizio avente ad oggetto l'impugnazione della sentenza del TAR della Lombardia.

¹⁵ TAR VENETO, sez. III, sent. 8 maggio 2015, n. 501, in www.biodiritto.org.

di approfondire le problematiche sottese alla regolamentazione delle materie in cui viene in rilievo l'evoluzione delle conoscenze e tecniche scientifiche e di prospettare alcune possibili (e auspicabili) soluzioni volte a superare le medesime problematiche, in ragione delle dirette conseguenze sulla tutela dei diritti costituzionali, in particolare del diritto alla salute.

1. L'aggiornamento delle Linee guida ministeriali in materia di procreazione medicalmente assistita e il mancato recepimento delle nuove disposizioni della legge n. 40 del 2004

Come si è anticipato, il tanto atteso aggiornamento delle Linee guida ministeriali offre l'occasione per soffermarsi su tale provvedimento che mostra numerosi profili di problematicità.

Se si legge il provvedimento, infatti, si possono distinguere disposizioni che sembrano direttamente contrastare con il nuovo impianto della legge n. 40 (come ridefinito alla luce delle sentenze della Corte costituzionale).

1.1. Le previsioni che non recepiscono le sentenze nn. 151 del 2009, 162 del 2014 e 96 del 2015 della Corte costituzionale

In un primo gruppo di previsioni rientrano quelle che non hanno recepito le decisioni della Corte costituzionale che, nel 2009, 2014 e 2015, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di diverse disposizioni della legge n. 40, ridefinendone sostanzialmente l'impostazione.

Innanzitutto, la Corte costituzionale con la nota sentenza n. 96 del 2015, che peraltro non risulta citata dalle stesse Linee guida¹⁶, nel dichiarare l'incostituzionalità della legge n. 40 (nella parte in cui non consentiva l'accesso alle tecniche assistite e dunque anche alla diagnosi genetica preimpianto per le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili, in presenza delle condizioni di cui all'art. 6, primo comma, lett. b), della legge n. 194 del 1978 in materia di interruzione volontaria di gravidanza), aveva rilevato la necessità per il legislatore di provvedere all'elencazione «anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica» delle patologie genetiche che possono legittimare tale accesso.

La specifica indicazione della necessità di adeguare periodicamente lo stesso elenco per tenere conto dell'evoluzione scientifica consente di ritenere che l'aggiornamento delle Linee guida, come configurate dallo stesso art. 7 della legge n. 40, avrebbe ben potuto essere utile allo scopo.

La Corte costituzionale fa espresso riferimento al legislatore indicando che la relativa elencazione delle patologie che legittimano l'accesso alla procreazione assistita sia «anche periodica» e tenga conto «della evoluzione tecnico-scientifica»: tale indicazione induce a ritenere preferibile lo strumento delle Linee guida, pur a fronte di un preliminare intervento del legislatore che definisca i principi e i criteri generali che orientino la predisposizione e il necessario aggiornamento del medesimo elenco. L'opportunità di prevedere un elenco di malattie in presenza delle quali legittimare le coppie malate ad accedere alle tecniche e alla diagnosi preimpianto era stato peraltro espresso già nel corso dei lavori preparatori della legge n. 40, quando si discuteva della stessa possibilità di ammettere alle tecni-

¹⁶ Il Decreto ministeriale con cui sono state aggiornate le Linee guida è del 1^o luglio 2015, mentre le motivazioni della sentenza n. 96 della Corte costituzionale sono state depositate il 5 giugno 2015 e pubblicate in *G.U.* del 10 giugno 2015, n. 23. Il Decreto ministeriale cita espressamente e in via esclusiva le sentenze nn. 151 del 2009 e 162 del 2014.

che anche queste coppie. In particolare, si era già proposto di istituire una Commissione con il compito di determinare l'elenco delle malattie genetiche che avrebbero legittimato l'accesso all'esame diagnostico. Proprio in relazione a questo elenco di malattie, si era «presentato anche un ordine del giorno per chiedere che il Governo affid[asse] ad una commissione tecnica, composta da medici genetisti, di concerto con l'Istituto superiore di sanità, il compito di definire almeno un elenco delle malattie più gravi in modo da consentire l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie portatrici di dette patologie genetiche, permettendo la soppressione degli zigoti [...], limitatamente ai casi in cui le tecniche di diagnosi genetica preimpianto facciano prevedere anomalie o malformazioni del concepito»¹⁷. Si era anche sottolineato che «poiché la proposta di legge non risolve il problema, bisognerà intervenire, successivamente, con una disciplina che affidi ad una commissione il compito di definire un elenco delle malattie più gravi, al fine di adottare le opportune iniziative»¹⁸.

Le disposizioni delle Linee guida aggiornate nel 2015 non tengono conto della sentenza n. 96 del 2015 anche da un secondo punto di vista e, anzi, sembrano addirittura richiamare il tenore delle analoghe previsioni contenute nelle Linee guida del 2004, sebbene queste ultime fossero state aggiornate e in parte superate nel 2008.

Le disposizioni dedicate alla diagnosi genetica preimpianto delle Linee guida del 2004, infatti, prevedevano (rispetto all'art. 13 della legge n. 40 relativo alla sperimentazione sugli embrioni) che fosse vietata ogni diagnosi preimpianto con finalità eugenetica. Ogni indagine sullo stato di salute degli embrioni avrebbe dovuto essere di tipo osservazionale.

Dopo le note vicende giudiziarie che avevano portato dapprima a individuare una lettura costituzionalmente orientata di questa previsione¹⁹ e poi all'annullamento della stessa da parte del TAR del Lazio²⁰, oltre alle indicazioni, nemmeno troppo indirette, contenute nel senso della liceità dell'esame

¹⁷ L. ZANELLA, *Discussione della proposta di legge: Giancarlo Giorgetti e altri*, Seduta 408 del 19 gennaio 2004, in www.camera.it. R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, 64 e 201, riferisce che il Governo aveva accettato «all'ultimissimo momento (cioè nell'ultima seduta della Camera 10 febbraio 2004, n. 421) [...] gli ordini del giorno 9/47-B/1 e 9/47-B/18 con cui si è impegnato [...] ad affidare ad una Commissione tecnica composta da medici genetisti, di concerto con l'Istituto superi[or]e di Sanità, il compito di definire un elenco delle malattie genetiche più gravi al fine di consentire la diagnosi preimpianto e ad adottare, nell'ambito delle linee guida previste dall'art. 7 [...], opportune iniziative per permettere l'accesso alle tecniche di PMA anche ai portatori di quelle patologie pur se non sterili o infertili».

¹⁸ L. CIMA, *Discussione della proposta di legge: Giancarlo Giorgetti e altri*, cit., che peraltro aveva auspicato «che la Corte costituzionale riconosca la palese illegittimità delle norme in esame, ad esempio di quella che pretende l'impianto coatto. È inammissibile nel nostro ordinamento pretendere che venga impiantato un embrione a una donna che non lo vuole più, il che può accadere per motivi rilevanti, ad esempio perché è stato verificato nella diagnosi pre-impianto che esso è malformato. La legge non prevede sanzioni, ed è evidente che tale principio non potrà mai essere applicato: non si potrà mai condannare un medico che con buon senso ha violato la legge e non ha eseguito l'impianto o una donna che si è ribellata e non ha accettato l'impianto coatto. L'incostituzionalità di tale norma è evidente. Se la Corte costituzionale non dovesse, ad esempio a seguito di pressioni che sono state già esercitate nei confronti del Parlamento, dichiarare l'illegittimità della legge, su di essa dovranno essere certamente sentiti i cittadini mediante referendum».

¹⁹ TRIB. CAGLIARI, sent. 24 settembre 2007, in *Giur. cost.*, 2008, 537 ss., e TRIB. FIRENZE, sent. 17 dicembre 2007, ivi, rispetto alle quali si vedano le osservazioni critiche di I. PELLIZZONE, *Fecondazione assistita e interpretazione costituzionalmente conforme. Quando il fine non giustifica i mezzi*, ivi, 552 ss., che osserva come l'interpretazione costituzionalmente conforme «non conferisca ai giudici il potere di decidere sovrapponendo loro valutazioni di "giustizia", avvertite nel caso concreto, alle scelte operate dal legislatore», e anche di L. D'AVACK, *Il Tribunale di Cagliari dichiara la legittimità dell'indagine preimpianto nella PMA, privilegiando il diritto della madre alla piena informativa sull'atto sanitario*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, I, 280 ss.

²⁰ TAR LAZIO, sez. III-quater, sent. 21 gennaio 2008, n. 398, cit.

diagnostico nella sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale²¹, l'aggiornamento delle Linee guida del 2008 si era limitato a prevedere il solo divieto di ogni diagnosi di tipo eugenetico, non richiedendo più che la diagnosi genetica preimpianto fosse limitata al solo tipo osservazionale²².

Con le Linee guida del 2015, invece, il Ministero, oltre a ribadire il divieto di «ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica», peraltro già espressamente contenuto nella legge n. 40 all'art. 13, terzo comma, lett. b), stabilisce che «le indagini relative allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5, dovranno sempre essere volte alla tutela della salute e dello sviluppo di ciascun embrione».

Tale previsione da un lato sembra richiamare il tenore del secondo comma dell'art. 13 della legge n. 40, che però riguarda il diverso settore della ricerca clinica e sperimentale sull'embrione e che stabilisce che essa «è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative».

Dall'altro lato sembra che non si sia considerato, ancora una volta, quanto stabilito dalla sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale, che, legittimando anche per le coppie né sterili né infertili, ma malate, l'effettuazione della diagnosi genetica preimpianto e limitando questa stessa possibilità al riscontro di determinate patologie che dovranno essere individuate da parte del legislatore (e periodicamente aggiornate), ha chiaramente assegnato all'esame diagnostico una funzione ulteriore rispetto alla esclusiva tutela dell'embrione o alla soddisfazione del diritto di conoscere lo stato di salute dell'embrione della coppia, di cui all'art. 14, comma quinto. In particolare, il Giudice costituzionale, chiarendo come con la diagnosi preimpianto sia possibile «far acquisire "prima" alla donna una informazione» che scongiura il rischio di dover assumere dopo la decisione di interrompere la gravidanza (pur sempre in presenza delle necessarie condizioni dettate dalla legge n. 194 del 1978), ha riconosciuto la possibilità di eseguire questo esame diagnostico per evitare di ricorrere a una, «innegabilmente più traumatica, modalità», ovvero l'interruzione di gravidanza a seguito di diagnosi pre-

²¹ Oltre alla considerazione per la quale la Corte costituzionale pur pronunciandosi su altre e diverse disposizioni della legge n. 40 del 2004 avrebbe positivamente considerato lo stesso presupposto della liceità della diagnosi genetica preimpianto contenuto nelle ordinanze di rimessione (riferimento dunque implicito alla liceità della diagnosi), nella stessa sentenza n. 151 del 2009 viene in rilievo un passaggio particolarmente significativo nel senso di una espressa indicazione di legittimità della diagnosi. Nel dichiarare l'incostituzionalità del terzo comma dell'art. 14 nella parte in cui non consente di differire il trasferimento in utero degli embrioni anche in caso di pregiudizio per la salute della donna prevedibile al momento della fecondazione, la Corte costituzionale evidenzia le conseguenze irragionevoli della originaria previsione (che limitava il differimento al caso di pregiudizio non prevedibile): «Si intende così evitare la creazione di situazioni paradossali come quelle evidenziate nel ricorso (nell'esempio fatto, una sopravvenuta ed improvvisa sindrome febbrile potrebbe dar luogo a crioconservazione al contrario di una preesistente grave patologia geneticamente trasmissibile). Inoltre, il comma 3 in esame, implicando un trattamento sulla persona senza il consenso di quest'ultima e in assenza di superiori ragioni di interesse generale o di tutela della sicurezza ed incolumità pubbliche contemplate da espressa disposizione normativa, sarebbe altresì in contrasto con gli artt. 13 e 32, secondo comma, Cost.»

²² A questo proposito si veda M. D'AMICO, *La legge italiana e la diagnosi delle malattie genetiche*, in G. RAGNI (a cura di), *Diagnosi genetica pre-fecondazione sul primo globulo polare dell'ovocita*, Cento, 2011, 1 ss.

Rispetto alle sottese problematiche connesse alla limitazione al solo tipo osservazionale della diagnosi preimpianto, nonché alla previsione contenuta nell'art. 14, comma quinto, della legge n. 40, che riconosce in capo alla coppia il diritto di conoscere lo stato di salute degli embrioni, sia consentito il rinvio alle più ampie considerazioni svolte in B. LIBERALI, *Interpretazione costituzionalmente conforme, questioni di legittimità costituzionale, disapplicazione della legge n. 40 del 2004 e diretta esecuzione della decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Costa e Pavan c. Italia) in materia di diagnosi genetica preimpianto*, in G. BALDINI (a cura di), *Persona e Famiglia nell'era del biodiritto*, Firenze, 2015.

natale, riconosciuta dall'ordinamento per «perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici»²³.

L'aggiornamento delle Linee guida del 2015, inoltre, non tiene conto della dichiarazione di illegittimità costituzionale intervenuta con la sentenza n. 151 del 2009 in relazione al terzo comma dell'art. 14 della legge n. 40.

Rispetto alle problematiche sottese al trasferimento degli embrioni in utero che, nell'impianto originario dell'art. 14 della legge n. 40, avrebbe dovuto essere effettuato non appena possibile dopo un temporaneo differimento dovuto esclusivamente a «grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione» (che, quindi, avrebbe potuto legittimare la crioconservazione solo temporanea degli embrioni non impiantati), le Linee guida aggiornate al 2015 riportano integralmente la prima parte di questa originaria (ma dichiarata incostituzionale) versione.

In particolare, si ribadisce il riferimento alla «grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione», sebbene si aggiunga che il trasferimento debba realizzarsi «senza pregiudizio della salute della donna».

In questa prospettiva, dunque, le Linee guida sembrano non tenere conto della sentenza n. 151 del 2009, nella parte in cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma terzo, laddove non prevedeva che il trasferimento in utero dovesse realizzarsi senza pregiudizio per la salute della donna, ricomprendendovi quindi anche il pregiudizio prevedibile al momento della fecondazione.

La Corte costituzionale, infatti, ha dichiarato l'incostituzionalità di tale disposizione «limitatamente alle parole «qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile», «di forza maggiore», «non prevedibile al momento della fecondazione», «fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile»», in tal modo intendendo «evitare la creazione di situazioni paradossali come quelle evidenziate nel ricorso (nell'esempio fatto, una sopravvenuta ed improvvisa sindrome febbrile potrebbe dar luogo a crioconservazione al contrario di una preesistente grave patologia geneticamente trasmissibile)», così come la conseguente applicazione di un «trattamento sulla persona senza il consenso di quest'ultima e in assenza di superiori ragioni di interesse generale o di tutela della sicurezza ed incolumità pubbliche contemplate da espressa disposizione normativa».

Il riferimento operato dalla Corte costituzionale alla «preesistente grave patologia geneticamente trasmissibile» esplicita la portata del pregiudizio per la salute della donna, che risulta prevedibile in ragione della pregressa diagnosi della patologia.

Con riguardo alle questioni sottese all'applicazione delle tecniche di tipo eterologo, benché le Linee guida richiamino espressamente la sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa, spingendosi, anche condivisibilmente, a ritenere ben possibile la cd. doppia

²³ Come si vedrà anche oltre, appare significativo che la Corte costituzionale, forse per la prima volta, qualifichi l'interruzione volontaria di gravidanza quale trattamento lesivo della salute della donna e non volto a tutelare la sua vita e la sua salute, come era stata definita, in particolare, con la sentenza n. 27 del 1975, puntualmente recepita dal legislatore del 1978. Rispetto alle problematiche sottese alla materia dell'interruzione volontaria della gravidanza, si veda innanzitutto M. D'Amico, *I diritti contesi*, Milano, 2008, e *La laicità è donna*, Roma, 2013, e anche, con particolare riguardo all'ordinamento tedesco, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994. Inoltre, per la prima volta, la Corte costituzionale sembra qualificare il trattamento interruttivo della gravidanza quale modalità («innegabilmente più traumatica» per la salute della donna) volta a «perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria». Si veda a questo riguardo anche la nota n. 28.

eterologa (ovvero la tecnica che ricorre alla donazione esterna per una medesima coppia di entrambi i gameti femminile e maschile)²⁴, esse non hanno provveduto all'unica espressa indicazione della Corte costituzionale. Il Giudice delle Leggi, infatti, aveva precisato che «in relazione al numero delle donazioni è, poi, possibile un aggiornamento delle Linee guida», non essendo invece per il resto individuabile alcun vuoto normativo che rendesse necessario un intervento del legislatore²⁵.

²⁴ Rispetto alla diversa ipotesi di donazione di embrioni non più destinati all'impianto per la coppia che li ha creati o di cd. adozione per la nascita, le problematiche sottese sono certamente di diversa natura, essendo innanzitutto già formato l'embrione, benché quanto a risultato pratico si potrebbero ritenere assimilabili le ipotesi di cd. doppia fecondazione eterologa e di donazione di un embrione (già formato con gameti, appunto, appartenenti a membri esterni alla coppia richiedente).

Sulle problematiche sottese alla donazione di embrioni si veda COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, 18 novembre 2005, che ha scelto questa espressione intendendo richiamare l'adozione legittimante (pur consapevole delle differenze fra i due istituti). Tale espressione è stata posta in discussione da C. FLAMIGNI, *Postilla*, in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione per la nascita (APN)*, cit. In particolare, non partecipando alla discussione del Comitato in sede di elaborazione del documento in ragione del presupposto che l'embrione fosse persona e che l'adozione dello stesso dovesse ispirarsi alla «salvezza del povero "embrione persona"», il Prof. Flamigni ha sottolineato che «a chi avrebbe anche potuto prendere in esame una donazione di embrioni abbandonati, per il beneficio delle coppie che non possono avere figli, è stato in pratica impedito di partecipare alla discussione». Inoltre, «Se si esclude che l'embrione sia persona non è più possibile parlare di adozione, bisogna utilizzare termini diversi, come "donazione"». Questa posizione è stata peraltro condivisa anche da altri membri del Comitato, che nella loro Postilla hanno espresso il dissenso rispetto alla decisione di definire l'istituto quale adozione e non donazione a fini di nascita.

Si veda anche G. BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Napoli, 2006, 88 ss., che a proposito delle differenze fra la materia dell'adozione di minore e quella della donazione di embrioni sottolinea come «la qualificazione in termini di adozione o donazione a fini di nascita non sia solo una questione nominalistica ma di sostanza», soprattutto con riguardo alla necessità di individuare la disciplina applicabile al caso per regolare i diritti e i doveri dei soggetti coinvolti. L'A. individua questa disciplina non nella legge n. 184 del 1983 in materia di adozione, bensì negli artt. 8 e 9 della legge n. 40.

In senso contrario e, quindi, favorevole all'uso dell'espressione «adozione per la nascita» si è espresso F. MANTOVANI, *Embrioni crioconservati: quale futuro?*, in *Iustitia*, 2013, III, 196, che peraltro ritiene che «l'adozione per la nascita e l'adozione del nato hanno come fondamentale denominatore comune un soggetto umano in stato di abbandono, consistente nel primo caso nel disinteresse all'impianto nel proprio utero dell'embrione da parte della donna, che col proprio ovulo ha dato vita a tale embrione. Ma si differenziano perché: 1) nell'adozione del nato non è in gioco la vita dell'adottando [...]; 2) nell'adozione per la vita la drastica alternativa è, prima ancora dell'attribuzione di una famiglia, tra la morte dell'embrione crioconservato per decorso del tempo o l'adozione, il cui scopo primario è di sottrarre l'embrione alla morte e di consentirgli di vivere la propria vita prima nell'accoglienza di un corpo materno e poi come neonato e come uomo».

Preferisce invece la dizione «adozione prenatale» L. ROMANO, *Embrioni crioconservati: quale futuro?*, in *Embrioni crioconservati. Quale futuro?*, Atti del X Congresso Nazionale, Roma 23 – 24 novembre 2012, Quaderni di Scienza & Vita n. 11, Siena, 2013, 13 ss. Si vedano anche le osservazioni di L. EUSEBI, *Crioconservazione e adottabilità degli embrioni umani*, ivi, 57 ss., e di L. VIOLINI, B. VIMERCATI, *Alla ricerca dello statuto costituzionale degli embrioni crioconservati*, ivi, 71 ss.

²⁵ Rispetto al profilo della definizione del numero delle donazioni, il 22 giugno 2015 si è appresa la notizia dell'approvazione da parte del Consiglio Superiore di Sanità del Regolamento del Ministero della Salute con cui si sarebbe fissato a dieci il numero di donazioni per ogni donatore (oltre all'elencazione delle regole e degli esami specifici per la stessa procedura, comprese le età per i donatori) (*Eterologa. Consiglio superiore di sanità: "Mappa cromosomica per i donatori per ridurre rischi". Via libera con alcune modifiche al Regolamento del Ministero della Salute che recepisce la direttiva Ue 2012 sul controllo di tessuti e cellule umani, in cui si specificano tutte le varie analisi cliniche di controllo da effettuare prima della donazione. Limiti di età e massimo 10 nascite per donatore*, in www.quotidianosanita.it). L'8 agosto 2015 si è data la notizia che il medesimo Regolamento era pronto ed era stato trasmesso alla «Conferenza Stato-Regioni» e che il Ministero intendeva avviare una campagna di promozione della donazione di gameti (*Fecondazione eterologa, il ministero prepara campagna per promuovere donazione gameti. Pronto il regolamento che stabilisce le regole e i requisiti per i donatori di ovuli e spermatozoi: l'età tra i 18 e i 40 anni per gli uomini e tra i 20 e i 35 per le donne. Il provvedimento, che precisa anche gli esami ai quali si devono sottoporre, ora sarà trasmesso alla Conferenza Stato-Regioni*, in www.repubblica.it).

Già nel Comunicato stampa del Ministero della Salute (Comunicato stampa n. 132, 1 luglio 2015, *Eterologa, il ministro Lorenzin firma linea guida*) si rinviava a questo successivo Regolamento per la predisposizione delle regole concernenti i

Inoltre, pur tenendo conto di questa ultima considerazione della Corte costituzionale rispetto all'assenza di un vuoto normativo, le nuove Linee guida non effettuano alcun riferimento non solo alle concrete proposte avanzate nel *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale nr. 162/2014*, adottato il 4 settembre 2014 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, e nel documento *Definizione tariffa unica convenzionale per le prestazioni di fecondazione eterologa* del 25 settembre 2014, della stessa Conferenza, ma anche ai sottesi profili relativi all'applicazione delle tecniche.

In tale modo, non vengono definiti molteplici aspetti pratici della procedura di fecondazione eterologa, che avrebbero potuto utilmente essere affrontati, per scongiurare il rischio di regolamentazioni regionali differenziate²⁶.

1.2. Le previsioni che innovano e quelle che non dispiegano alcun effetto attuativo rispetto alla legge n. 40

A fronte di queste previsioni che paiono direttamente porsi in contrasto con la (nuova) legge n. 40, si devono segnalare ulteriori disposizioni che in alcuni casi sembrano innovare l'impianto della disciplina, mentre in altri casi sembrano non dispiegare alcun effetto di tipo attuativo.

In questo ultimo senso, si consideri la previsione, sempre in materia di fecondazione eterologa, con cui le nuove Linee guida hanno ritenuto di specificare che le coppie che vi accedono non potranno «scegliere particolari caratteristiche fenotipiche del donatore» per scongiurare «illegittime selezioni eugenetiche», laddove già l'art. 13 della legge n. 40 pone precise limitazioni in questo senso.

Non sembra dispiegare alcun effetto attuativo neppure la specificazione finale che è stata aggiunta nella definizione della condizione di sterilità e infertilità quale «assenza di concepimento, oltre ai casi di patologia riconosciuta, dopo 12/24 mesi di regolari rapporti sessuali non protetti in coppia eterosessuale».

Il riferimento alla eterosessualità della coppia, infatti, – che non era contenuta nelle due precedenti versioni delle Linee guida – non sembra necessario, poiché la stessa legge n. 40 nel delineare i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche richiede che si tratti di coppie (e non di singoli individui) sposate o conviventi, i cui membri siano in età potenzialmente fertile, viventi, maggiorenni e di sesso diverso (con ciò escludendo espressamente le coppie omosessuali).

donatori («Riguardo la fecondazione eterologa, nelle linee guida vengono fornite le indicazioni per la coppia che accede ai trattamenti di fecondazione assistita, mentre tutto ciò che riguarda i donatori di gameti sarà contenuto nel testo di un nuovo Regolamento, già approvato dal Consiglio Superiore di Sanità, che sta proseguendo il suo iter per il recepimento delle direttive europee di riferimento»).

Nello stesso Comunicato, peraltro, sono stati annunciati ulteriori interventi normativi: «un apposito decreto interministeriale dei Ministeri della Salute e della Giustizia [contenente le disposizioni sul consenso informato], su cui si sta già lavorando, e che contiamo di emanare a breve» relativo alle attività di consulenza e sostegno alla coppia, i cui riferimenti sono stati eliminati nelle Linee guida del 2015 «per evitare sovrapposizioni fra i diversi provvedimenti che regolano la PMA», un decreto «sui cosiddetti “embrioni abbandonati”», il «perfezionamento del recepimento delle normative europee sulla donazione dei gameti» e un «aggiornamento dei LEA (che includeranno anche i trattamenti di PMA) [che] contribuirà a conferire certezza al quadro normativo ed a migliorare accesso e qualità dei percorsi in questo ambito così delicato del SSN».

²⁶ In relazione alle diverse discipline regionali in materia di attuazione della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale e in relazione ai rischi che, in generale, si possono determinare a fronte di differenziate discipline introdotte a livello regionale, si veda la nota n. 37.

Le Linee guida del 2015 (come anche quelle del 2008 e del 2004) sempre in relazione alla definizione di sterilità e infertilità, dopo aver fatto riferimento alla «coppia» (che appunto inevitabilmente deve essere di tipo eterosessuale, non essendo ammessi alle tecniche le coppie composte da persone dello stesso sesso e i singoli individui, pur a fronte della legittimità della tecnica eterologa), si riferiscono ai membri di quest'ultima qualificandoli esclusivamente quali «coniugi». La legge n. 40, invece, all'art. 5, nell'individuare i requisiti soggettivi per l'accesso alle tecniche, ammette anche le coppie conviventi, sebbene non specifichi la durata minima richiesta al fine dell'accertamento della medesima condizione (a differenza per esempio di quanto avviene in materia di adozione, laddove il rilievo assegnato alla convivenza, sempre subordinato al vincolo del coniugio, viene espressamente quantificato).

Rispetto, invece, alle previsioni che sembrano innovare le disposizioni contenute nella legge n. 40, occorre considerare quella secondo cui «obiettivo primario di ogni trattamento è la nascita di un neonato vivo a termine senza pregiudizio della salute della donna».

La legge n. 40, invece, stando alla lettera dell'art. 1, è tesa a dare soluzione ai problemi connessi alla condizione di sterilità o infertilità, se pure, come sembra ovvio, la stessa coppia intenda accedere alle procedure per darvi soluzione allo scopo di riuscire ad avere un bambino (nato vivo).

Rispetto allo scopo espresso della legge n. 40, occorre certamente tenere conto che con la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale la disciplina vede ampliato il proprio obiettivo, dovendo ora soddisfare anche l'ulteriore compito di garantire non solo la tutela del diritto alla salute della donna, cui viene consentito di avere prima una informazione che dopo le consentirebbe l'interruzione di gravidanza, ma anche (e conseguentemente) «l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria» dei genitori attraverso il mancato impianto e non «attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali».

Con ciò, peraltro, sembra che la Corte costituzionale abbia qualificato, per la prima volta, l'intervento interruttivo non come trattamento idoneo a garantire la salute e la vita della donna nel bilanciamento con la posizione di chi persona deve ancora diventare (così come aveva chiaramente fatto con la sentenza n. 27 del 1975, i cui principi sono stati espressamente recepiti dalla legge n. 194 del 1978), ma come trattamento esso stesso lesivo della salute della donna, laddove ha affermato che l'acquisizione in un momento precedente all'impianto dell'informazione circa lo stato di salute dell'embrione «le permetterebbe di evitare di assumere "dopo" una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute» (ovvero l'interruzione di gravidanza, appunto).

In modo ancora più significativo, la Corte costituzionale con la sentenza n. 96 del 2015 sembra che sia giunta a riconoscere che l'interruzione volontaria di gravidanza rappresenta una modalità («innegabilmente più traumatica») per permettere alle coppie malate «di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria»²⁷.

²⁷ In senso critico rispetto alla possibile configurazione di un diritto al figlio sano e apprezzando la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale che, in questa prospettiva, non avrebbe invece fatto alcun riferimento a tale diritto nel riconoscere la possibilità di accesso alla diagnosi preimpianto per le coppie malate, si veda C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *www.costituzionalismo.it*, 2015, II. L'A. sottolinea come «la sentenza [...] non parla mai – nemmeno di traluce – della esistenza di un tale diritto. Al più constata come il nostro ordinamento «consenta» a coppie portatrici di

1.3. La problematica tecnica del rinvio con particolare riguardo al “destino” degli embrioni

Occorre, da ultimo, rilevare che le Linee guida ministeriali del 2015, benché espressamente indichino quale «scopo [...] quello di fornire chiare indicazioni agli operatori delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita affinché sia assicurato il pieno rispetto di quanto dettato dalla legge», operano molteplici rinvii integrali ad altri atti²⁸, che rendono alquanto difficoltosa la ricostruzione della concreta disciplina applicabile (a queste difficoltà si aggiungono peraltro alcune variazioni nell'indicazione degli esami richiesti e delle tecniche: questo profilo dovrebbe necessariamente essere indagato dal punto di vista medico-sanitario).

Uno di questi rinvii, in particolare, introduce ulteriori interrogativi, soprattutto alla luce delle prossime decisioni che in materia sia la Corte costituzionale sia la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo potrebbero essere chiamate ad adottare, con particolare riguardo al “destino” degli embrioni e alla possibile definizione dello stato di abbandono degli stessi²⁹.

Le Linee guida del 2015 richiamano, fra gli altri, il paragrafo E n. 9 sulla crioconservazione degli embrioni dell'Accordo Stato-Regioni del 15 marzo 2012, mentre le precedenti Linee guida riportavano specificamente la disciplina relativa al mantenimento e alla qualificazione degli embrioni.

Attraverso questo rinvio le nuove Linee guida prevedono che «tutti gli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto verranno congelati e crioconservati presso i centri dove le tecniche sono state effettuate. [...] Per quanto concerne gli embrioni, definiti “in stato di abbandono”, prodotti prima della

malattie genetiche «di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici», attraverso la «modalità della interruzione volontaria di gravidanze naturali». “Consente di perseguire un obiettivo ritenuto non illegittimo” suona assai diverso da “riconosce il diritto inviolabile”».

Ritiene invece che «il diritto alla paternità o maternità felice implichi la procreazione dei figli sani» e che sia configurabile «un diritto, costituzionalmente fondato, alla genitorialità felice e che tale diritto si sostanzia (anche) nella pretesa ad avere figli non affetti da gravi malattie o malformazioni» G. GEMMA, *Diritto costituzionale ad avere figli sani*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte*, cit., 123 e 125.

²⁸ Vengono richiamati innanzitutto l'Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome (*Requisiti minimi organizzativi, strutturali e tecnologici delle strutture sanitarie autorizzate di cui alla legge 19 febbraio 2004, n. 40 per la qualità e la sicurezza nella donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di cellule umane*) del 15 marzo 2012; i Decreti dei Ministri della Giustizia e della Salute di cui all'art. 6, terzo comma, della legge n. 40; la Direttiva 2006/17/UE6 e successivi recepimenti e aggiornamenti.

²⁹ La questione relativa alla scelta della coppia in ordine al destino degli embrioni non impiantati e non destinati a un futuro impianto si pone in relazione alle possibilità di ricerca scientifica e di donazione alle coppie che necessitano della doppia donazione di gameti. Si veda anche COMMISSIONE MINISTERIALE DI STUDIO SUGLI EMBRIONI CRIOCONSERVATI NEI CENTRI DI P.M.A., *Relazione finale*, 8 gennaio 2010.

Successivamente al Convegno AIC del 6-7 novembre 2015 sono state depositate le motivazioni della sentenza n. 229 del 2015 della Corte costituzionale (11 novembre 2015), con cui (nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi terzo, lett. b), e quarto, della legge n. 40, nella parte in cui contemplava come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa fosse esclusivamente finalizzata a evitare l'impianto di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma primo, lett. b), della legge n. 194 del 1978, e nel dichiarare non fondata la questione sollevata sull'art. 14, commi primo e sesto, della legge n. 40, nella parte in cui vieta e punisce la soppressione degli embrioni anche laddove si tratti di embrioni sovrannumerari affetti da malattie genetiche) si è stabilito che, «anche con riguardo a detti embrioni, la cui malformazione non ne giustifica, sol per questo, un trattamento deteriore rispetto a quello degli embrioni sani creati in «numero [...] superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto», ex comma 2 del medesimo art. 14, nel testo risultante dalla sentenza n. 151 del 2009, si prospetta, infatti, l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione. L'embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico».

legge 40, la Regione o la Provincia autonoma di competenza stabilisce i criteri per allocare i costi di crioconservazione».

Al contrario, le Linee guida del 2008 (così come le Linee guida del 2004) prevedevano una più specifica definizione degli embrioni, suddividendo in due categorie quelli crioconservati: una prima categoria riconducibile agli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto, compresi quelli crioconservati prima della legge n. 40³⁰; una seconda categoria relativa agli embrioni per cui sia stato accertato lo stato di abbandono.

Inoltre, in modo significativo, si definiva espressamente lo stesso stato di abbandono, che si sarebbe potuto verificare solo quando vi fosse stata una specifica rinuncia scritta al futuro impianto da parte della coppia o una reale e documentata impossibilità per almeno un anno di ricontattare la coppia da parte del centro medico³¹.

1.4. Le previsioni relative alle motivazioni che sorreggono le scelte intorno al numero di embrioni strettamente necessari da creare, alla cd. doppia fecondazione eterologa e alle coppie portatrici di malattie sessualmente trasmissibili

Solo una limitata categoria di previsioni delle Linee guida del 2015 sembra correttamente inserirsi nell'ambito dell'attuazione delle decisioni della Corte costituzionale.

In un primo caso, le Linee guida esplicitano il richiamo alla sentenza n. 151 del 2009, eliminando il riferimento alla necessità che gli embrioni debbano essere impiantati non appena possibile e richiedendo l'indicazione nella cartella clinica delle «motivazioni in base alle quali è stato determinato il numero di embrioni strettamente necessario da generare e, eventualmente, quelle in base alle quali si è stabilito quali e quanti embrioni non trasferiti siano temporaneamente da crioconservare».

In un secondo caso, viene fatto espresso riferimento alla sentenza n. 162 del 2014, giungendo a specificare che «sono consentite le tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, comprese quelle che impiegano gameti maschili e femminili entrambi donati da soggetti diversi dai componenti della coppia ricevente». In tal modo, si considera pienamente legittima l'applicazione della cd. doppia fecondazione eterologa.

³⁰ Occorre a questo proposito ricordare che il Decreto ministeriale del 4 agosto 2004 (*Norme in materia di procreazione assistita*), adottato sulla base dell'art. 17 (*Disposizioni transitorie*) della legge n. 40 e che richiama espressamente tale disposizione, sembra riferirsi in via esclusiva agli embrioni crioconservati prodotti prima dell'entrata in vigore della legge n. 40. Il comma secondo dell'art. 17, infatti, prevede che i centri medici e le strutture autorizzate debbano trasmettere al Ministero della Salute il numero degli «embrioni prodotti a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita nel periodo precedente la data di entrata in vigore della presente legge». Alla luce delle formulazioni delle stesse Linee guida del 2004, però, si può ritenere che le definizioni individuate si applichino a prescindere dal momento di formazione degli embrioni (in questo stesso senso si esprime anche P. VERONESI, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita*, cit.).

³¹ Le Linee guida del 2004 e del 2008, peraltro, precisavano che la rinuncia o l'impossibilità di contatto non erano solo rivolte alla coppia, ma anche alla donna, nel caso in cui si trattasse di embrioni prodotti con inseminazione eterologa e in assenza del componente maschile della coppia in un momento precedente alla legge n. 40.

Inoltre, si specificava che «Per tutti gli embrioni al momento già crioconservati e per quelli che in eccezionali condizioni potrebbero essere conservati dall'entrata in vigore della presente legge ci si atterrà alle modalità di crioconservazione esposte nelle presenti linee guida».

Il Decreto ministeriale del 4 agosto 2004 (che come si è detto attraverso il richiamo all'art. 17 della legge n. 40 sembra riferirsi solo agli embrioni prodotti prima dell'introduzione della stessa legge) riporta le medesime condizioni al fine di definire lo stato di abbandono degli embrioni.

Le Linee guida, operando una scelta che sembra condivisibile in ragione delle diverse e rilevanti problematiche sottese che rendono maggiormente opportuno un intervento del legislatore anche in considerazione della necessità di predisporre una precisa regolamentazione delle procedure, non affrontano invece il tema della possibilità di donazione degli embrioni (che potrebbe in effetti sostituire l'applicazione della doppia fecondazione eterologa) o cd. adozione per la nascita³².

Sempre in questa categoria di previsioni sembra che possa rientrare anche l'eliminazione del riferimento al solo componente maschile della coppia (contenuto per la prima volta nelle Linee guida del 2008), la cui diagnosi di HIV o di epatiti B e C legittima l'accesso alle tecniche, con contestuale riconoscimento della stessa facoltà quando «uno dei due partner [sia] portatore [delle medesime] malattie virali sessualmente trasmissibili» (e, dunque, includendovi anche il caso in cui portatrice della malattia sia la donna).

L'equiparazione effettuata dalle Linee guida di tali malattie sessualmente trasmissibili alla condizione di infertilità severa (in ragione delle conseguenze che di fatto si determinano per la coppia nelle scelte riproduttive), che pure sollevava rilevanti dubbi di legittimità in considerazione della fonte del diritto che la prevede e della mancanza di ogni riferimento in tal senso nella legge n. 40, può forse risultare meno problematica a seguito della sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale che ammette alle tecniche riproduttive le coppie affette da malattie geneticamente trasmissibili. Restano in ogni caso ferme le sostanziali differenze fra le due situazioni³³: nel primo caso (quello delle malattie sessualmente trasmissibili) la conseguenza dell'accesso alle tecniche assistite si traduce in una selezione dei gameti della coppia, precedente alla formazione degli embrioni, mentre nel caso delle malattie geneticamente trasmissibili si opera una diagnosi sugli embrioni al fine di deciderne l'impianto (e dunque una selezione degli embrioni)³⁴.

2. La cristallizzazione di nozioni suscettibili di evoluzione scientifica e la tutela dei diritti sottesi all'interruzione volontaria di gravidanza a livello regionale: il caso delle cd. Linee guida della Regione Lombardia.

A fronte dell'analisi critica delle disposizioni delle Linee guida del 2015 in materia di procreazione medicalmente assistita, prima di svolgere alcune considerazioni conclusive sulle problematiche conseguenze che ne derivano, occorre richiamare, se pure brevemente, il noto caso deciso dal TAR della Lombardia relativo al Decreto della Direzione generale della Sanità, avente ad oggetto l'Atto di indi-

³² Su questo tema si rinvia alla nota n. 25.

³³ A questo riguardo si può ricordare che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nella decisione resa nel caso Costa e Pavan contro Italia (2012), se da un lato ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, in considerazione della incoerenza dell'ordinamento italiano, che consente la diagnosi prenatale e, a determinate condizioni, l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, mentre non permette di accedere alla diagnosi genetica preimpianto in presenza di quelle medesime condizioni, con conseguente impossibilità di rifiutare l'impianto dell'embrione malato, dall'altro lato non ha accolto il profilo di violazione dell'art. 14 (*Divieto di discriminazione*) della Convenzione Europea, in ragione del fatto che la condizione della coppia affetta da malattia sessualmente trasmissibile non è equiparabile a quella della coppia affetta da malattia geneticamente trasmissibile.

³⁴ Con la sentenza n. 229 del 2015 la Corte costituzionale, come si è detto, ha dichiarato incostituzionale l'art. 13 della legge n. 40, nella parte in cui prevedeva come reato la selezione operata fra gli embrioni anche quando fosse finalizzata solo a evitare l'impianto in utero di quelli malati, secondo quanto stabilito dalla sentenza n. 96 del 2015.

rizzo per la attuazione della legge 22 maggio 1978 n. 194 “Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza”, del 22 gennaio 2008.

L’annullamento parziale³⁵ del provvedimento regionale risulta significativo rispetto a entrambi i profili problematici che si sono evidenziati: innanzitutto il rischio di un mancato coordinamento delle diverse Linee guida regionali³⁶ e in secondo luogo le specifiche ricadute sulla tutela dei diritti in una materia in cui viene in rilievo particolare l’evoluzione delle conoscenze e delle tecniche scientifiche.

La Regione Lombardia aveva predisposto nel 2008 tale Atto di indirizzo per l’attuazione della legge in materia di interruzione di gravidanza, che, sotto molteplici aspetti, modificava in senso restrittivo la disciplina dettata dalla stessa legge n. 194 e che per questi motivi è stato annullato dal TAR della Lombardia.

In particolare, con il provvedimento si erano aggravate le procedure richieste per l’interruzione volontaria di gravidanza e si era cristallizzato il limite temporale massimo oltre il quale l’intervento non sarebbe stato più legittimo.

La legge n. 194 del 1978, come è noto, differenzia i limiti e le condizioni in presenza delle quali è possibile interrompere la gravidanza a seconda che l’interruzione intervenga entro o oltre i primi novanta giorni (artt. 4 e 6). Oltre i primi tre mesi la legge stabilisce inoltre che, se non vi è pericolo per la vita della donna, potrà procedersi all’intervento interruttivo solo quando sia accertata l’impossibilità di vita autonoma del feto (art. 7).

La legge n. 194, dunque, si riferisce a una nozione di carattere scientifico (la vitalità del feto) che è suscettibile di modificarsi nel tempo, in ragione dell’evoluzione tecnico-scientifica, e che permette al

³⁵ TAR LOMBARDIA, sez. III, sent. 29 dicembre 2010, n. 7735, cit.

³⁶ Questo profilo è stato posto in rilievo, in generale, da E. CASTORINA, *La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, Relazione tenuta nell’ambito del XXX Convegno annuale AIC, Roma, 2015, 43, che sottolinea che «non vi è dubbio che essi toccano delicati aspetti della tutela del diritto alla salute, dimostrando, ancora una volta, la non idoneità della legge a coprire l’intero ambito della materia e, di contro, l’adeguatezza di fonti più distanti dal circuito politico-rappresentativo nazionale; ma se queste ultime possono apparire più agili e in grado di meglio adeguarsi all’evoluzione tecnico-scientifica del settore, è presente il rischio della possibile coesistenza di “più” normative tecniche territoriali, non coordinate tra loro e in potenziale conflitto col principio d’uguaglianza in ordine all’accesso al servizio sanitario».

A questo proposito, sembra necessario richiamare quanto accaduto successivamente alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, relativa alla fecondazione eterologa, con specifico riguardo sia ai due citati provvedimenti adottati nel settembre del 2014 da parte della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome sia alle diverse iniziative regionali atte a regolamentare la sua concreta applicazione. Si veda, in particolare, la documentazione raccolta in F. GRANDI, R. LUGARÀ, *DOSSIER. L’abbandono dei LEA e dei LEP alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita e dell’interruzione volontaria di gravidanza*, in www.osservatorioaic.it, 2015. Si vedano, inoltre, le osservazioni di L. VIOLINI, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2015, I, 35 ss., F. ANGELINI, *Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, lo Stato e le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa*, ivi, 61 ss., e R. LUGARÀ, *L’abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, in www.osservatorioaic.it, 2015.

In modo significativo M. D’AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*, cit., 15 s., rileva che «si rende necessario chiarire quanto possano e debbano incidere le Regioni sui diritti fondamentali dei cittadini in costanza di “non-soluzioni” a livello nazionale. Quanto, cioè, la tutela dei diritti fondamentali possa essere “regionale” è argomento di grande importanza, che rischia, se ignorato, di innescare conflitti inter-regionali e situazioni di difficile composizione», e che «la supplenza delle Regioni, o meglio, il riconoscimento di una competenza regionale in materia di diritti fondamentali rischia di porsi alla base di disparità di trattamento tra cittadini a seconda dei trattamenti e delle garanzie offerte nell’ambito della propria Regione di residenza».

medico di valutare le circostanze del caso concreto per definire la possibilità di vita autonoma del feto e conseguentemente le modalità di intervento.

Le Linee guida regionali, invece, avevano cristallizzato il limite temporale massimo per l'aborto terapeutico, fissando nelle ventidue settimane più tre giorni il momento oltre il quale non si poteva effettuare il trattamento interruttivo, con ciò quindi impedendosi una valutazione del caso concreto alla luce dell'evoluzione tecnica e scientifica in relazione alla nozione di vitalità del feto.

Rispetto al profilo problematico attinente all'evoluzione scientifica, il TAR della Lombardia ha annullato il provvedimento regionale, osservando che il fatto che la legge n. 194 non avesse indicato espressamente il limite temporale massimo entro il quale era legittimo interrompere la gravidanza non fosse «frutto di una svista» né «sintomo di incapacità del legislatore nazionale», ma una «scelta precisa, consapevole e ponderata».

In modo significativo il TAR della Lombardia rileva che «in taluni casi non è opportuno imbrigliare in una disposizione legislativa parametri che possono variare a seconda delle condizioni che si presentano nelle innumerevoli, sempre diverse, fattispecie concrete e che, soprattutto, possono variare a seconda del livello raggiunto dalle acquisizioni scientifiche e sperimentali in dato momento storico. È proprio per questa ragione che si è preferito lasciare che l'accertamento circa la possibilità di vita autonoma del feto sia condotto caso per caso dal medico che segue la gestante».

E, ancora, è stato sottolineato come la scelta del legislatore del 1978 fosse tesa a «non interferire in un giudizio volutamente riservato agli operatori, i quali [...] debbono poter effettuare le proprie valutazioni esclusivamente sulla base delle risultanze degli accertamenti svolti caso per caso e sulla base del livello di acquisizioni scientifiche e sperimentali raggiunto nel momento in cui vengono formulate le valutazioni stesse».

In relazione al profilo problematico che specificamente attiene al rapporto fra la competenza legislativa nazionale e quella regionale il TAR della Lombardia afferma che «le disposizioni contenute nella legge n. 194/78, che individuano le condizioni per l'accesso alle tecniche di interruzione volontaria della gravidanza e che disciplinano le procedure per l'accertamento di quelle condizioni, sono disposizioni riconducibili all'art. 117 lett. m) della Costituzione, e quindi riconducibili a materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. La conclusione risulta avvalorata dal rilievo che sarebbe del tutto illogico permettere che una materia tanto sensibile qual è quella afferente all'interruzione volontaria della gravidanza - che involge scelte di fondo riguardanti valori essenziali quali "vita" e "salute" - possa essere disciplinata differentemente sul territorio nazionale, lasciando che le regioni individuino, ciascuna per il proprio territorio, le condizioni per l'accesso alle tecniche abortive e, attraverso la definizione delle procedure, il grado di attendibilità degli accertamenti di quelle medesime condizioni».

3. Le condizioni di accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: i casi della Regione Lombardia e della Regione Veneto

Un ulteriore caso in cui vengono in rilievo le criticità che, in materia di tutela del diritto alla salute, si pongono in relazione alle determinazioni delle singole Regioni è quello relativo al problematico seguito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, che ha riconosciuto che il divieto as-

soluta di ricorrere alla donazione di gameti esterni alla coppia (previsto all'art. 4, comma terzo, della legge n. 40 del 2004) comportava la lesione del diritto di autodeterminazione delle coppie nelle scelte procreative e dunque nella scelta di formare una famiglia anche con figli e, soprattutto, del diritto alla salute della coppia nella sua accezione anche psicologica³⁷.

Come è noto, a seguito della decisione della Corte costituzionale, da un lato la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha adottato nel settembre del 2014 due Documenti relativi ai concreti profili di applicazione della tecnica eterologa e dall'altro lato alcune Regioni hanno provveduto a determinare proprie Linee guida in materia.

Fra queste, la Regione Lombardia ha adottato un provvedimento fortemente restrittivo, nella parte in cui ha stabilito di autorizzare le attività di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo presso i centri medici presenti sul territorio regionale, che già fossero autorizzati a effettuare le attività di procreazione omologa, di sospendere le procedure per il rilascio di nuove autorizzazioni e accreditamenti per svolgere le attività di procreazione assistita in generale, di subordinare l'accesso alla fecondazione eterologa alla condizione di sterilità o infertilità assoluta di uno solo dei componenti e non di entrambi e, infine, di porre a carico delle coppie l'intero costo delle prestazioni di procreazione eterologa (deliberando il 7 novembre 2014 l'individuazione delle relative tariffe) quando invece per la prestazione di procreazione assistita omologa è previsto il pagamento di un ticket, restando a carico della Regione il costo dell'intervento.

Il TAR della Lombardia³⁸ ha accolto parzialmente il ricorso, nella parte in cui si censurava il trattamento economico differenziato fra procreazione assistita di tipo omologo ed eterologo.

Proprio a partire dalle motivazioni della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, infatti, il TAR ritiene che «non assume rilievo determinate la circostanza che la PMA, sia omologa che eterologa, non sia ricompresa formalmente nel D.P.C.M. che individua le prestazioni da qualificare livelli essenziali di assistenza, atteso che, se l'inserimento della prestazione nei LEA può avere un effetto costitutivo nella qualificazione della stessa, rendendone quindi doverosa l'erogazione su tutto il territorio nazionale alle medesime condizioni minime, il mancato inserimento nell'elenco non può determinare l'effetto opposto, considerato che va verificata in concreto l'appartenenza di una determinata prestazione al novero dei diritti fondamentali e, in caso affermativo, va certamente garantita nel suo nucleo essenziale a tutti i soggetti e su tutto il territorio nazionale».

La riconducibilità della prestazione richiesta a «una pluralità di beni costituzionali – libertà di autodeterminazione e diritto alla salute –» comporta che «né il legislatore né, a maggior ragione, l'autorità amministrativa possono ostacolarne l'esercizio o condizionarne in via assoluta, la realizzazione, po-

³⁷ Rispetto alle problematiche sottese alla individuazione di un vero e proprio diritto a procreare, si vedano F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, 465 ss., A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il Governo del corpo*, Tomo II, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 1341 ss., G. GEMMA, *Diritto costituzionale ad avere figli sani*, cit., C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Rivista di BioDiritto*, 2014, II, 67 ss., e anche, volendo, B. LIBERALI, *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in M. D'AMICO, M. P. COSTANTINI, *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, Milano, 2014, 65 ss.

³⁸ TAR LOMBARDIA, sez. III, sent. 28 ottobre 2015, n. 2271, cit. In sede cautelare il ricorso era stato respinto dal TAR LOMBARDIA, ord. n. 1718 del 2014, e accolto dal CONS. STATO, sez. III, ord. n. 1486 del 2015.

nendo a carico degli interessati l'intero costo della stessa, al di fuori di ogni valutazione e senza alcun contemperamento con l'eventuale limitatezza delle risorse finanziarie».

Anche in questo ultimo caso, però, non si potrebbe «determinare il completo sacrificio delle posizioni giuridiche dei soggetti che [...] volessero ricorrere alla procedura di PMA eterologa, considerato che il nucleo essenziale di un diritto fondamentale, qual è quello alla salute, cui la predetta prestazione va ricondotta, non può giammai essere posto in discussione, pur in presenza di situazioni congiunturali particolarmente negative».

Il TAR della Lombardia, infine, ritiene che il trattamento diversificato fra le due tipologie di prestazioni risulti irragionevole in considerazione della «loro sostanziale omogeneità derivante dalla comune assoggettabilità all'art. 7 della legge n. 40 del 2004, che fonda le Linee guida emanate dal Ministro della salute, contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita». Su questo stesso profilo, peraltro, si era soffermata anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 162 del 2014, laddove aveva chiarito che in relazione alla tutela del diritto alla salute «non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo»³⁹.

Da ultimo, si deve richiamare anche l'annullamento della Delibera della Regione Veneto n. 1654 del 9 settembre 2014 (*Recepimento del "Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale nr. 162/2014" della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome*).

Sebbene la Regione Veneto recepisca il Documento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, che fissa quale limite massimo di età della donna ai fini dell'accesso alla tecnica di procreazione eterologa i 43 anni, si fa salvo quanto già stabilito nella Deliberazione della Giunta regionale n. 822 del 14 giugno 2011 (*Disposizioni in materia di attività di Procreazione Medicalmente Assistita*), che, per la tecnica procreativa omologa, prevede il limite massimo di età della donna pari a 50 anni.

Il TAR del Veneto preliminarmente si sofferma sul rapporto fra le stesse fonti di regolamentazione, evidenziando «la natura di atto di indirizzo del Documento elaborato dalla Conferenza, che non rappresenta un atto amministrativo [...], bensì una proposta congiuntamente elaborata dai partecipanti alla Conferenza onde fornire alle singole Regioni le linee guida per procedere, onde assicurare adeguati livelli di assistenza. Ed, infatti, come agevolmente ricavabile da una semplice indagine circa le diverse soluzioni poi adottate dalle singole Regioni, non tutte hanno ritenuto di uniformarsi alla proposta della Conferenza»⁴⁰.

In secondo luogo, nell'accogliere il ricorso, il TAR del Veneto si sofferma precisamente sulle problematiche sottese alla tutela del diritto alla salute e connesse strettamente con la stessa evoluzione delle tecniche e conoscenze scientifiche.

In ragione della omogeneità delle due tipologie di tecniche assistite (omologa ed eterologa) chiaramente riconosciuta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014, il TAR del Veneto ritie-

³⁹ In questo stesso senso si veda anche TAR VENETO, sez. III, sent. 8 maggio 2015, n. 501, cit., che ritiene che «La pratica di PMA, nelle due forme ora legittimamente praticabili, rientra nell'ambito dei LEA e quindi per entrambe il SSN deve farsi carico di assicurare, gratuitamente o mediante pagamento di ticket, la relativa assistenza».

⁴⁰ Il TAR del Veneto a questo proposito richiama le diverse soluzioni adottate da altre Regioni alcune delle quali hanno stabilito il limite di 43 anni senza operare distinzioni, come il Piemonte e l'Emilia Romagna, mentre altre hanno esteso a entrambe le tipologie il limite di età fino a 50 anni, come il Friuli Venezia Giulia.

ne che il requisito di cui all'art. 5 della legge n. 40, riferito all'età potenzialmente fertile dei membri della coppia, debba di conseguenza ritenersi esteso anche alla fecondazione eterologa.

Questa nozione, che è suscettibile di modificarsi nel tempo a fronte della evoluzione scientifica⁴¹, «secondo lo studio effettuato dalla comunità scientifica, deve tenere conto delle complicità e dei pericoli che possono sopravvenire in una gravidanza in età eccessivamente avanzata».

L'intervento regionale, che differenzia l'indicazione del limite di età, risulta pertanto irragionevole, «tanto da apparire frutto di una non oculata valutazione circa le conseguenze che tale specificazione avrebbe comportato».

In particolare, «nessuna argomentazione è stata svolta a supporto della scelta di differenziare l'accesso alle due tecniche, né sotto il profilo medico-scientifico, né sotto quello economico».

4. Osservazioni conclusive e prospettive future

A partire dall'analisi delle disposizioni contenute nelle Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita del 2015, dell'annullamento da parte del TAR della Lombardia dell'Atto di indirizzo della Regione Lombardia in materia di interruzione di gravidanza e di quelli del TAR della Lombardia e del TAR del Veneto in materia di fecondazione eterologa, si può ritenere che il ricorso allo strumento delle Linee guida, se pure possa apparire maggiormente agile e flessibile, in ragione della possibilità di adeguarsi celermente all'evoluzione delle conoscenze e delle tecniche scientifiche⁴², determini notevoli e problematici profili di criticità.

Questi ultimi si appuntano innanzitutto sul profilo del rapporto fra evoluzione scientifica e attività normativa, nonché sul rapporto fra le diverse fonti normative in materie che incidono, in particolare, sulla tutela del diritto alla salute.

In tutti questi casi, a fronte di un preciso quadro normativo di riferimento (derivato anche dagli interventi della Corte costituzionale, sia direttamente, attraverso le dichiarazioni di illegittimità costituzionale⁴³, sia indirettamente, attraverso l'interpretazione talvolta evolutiva delle disposizioni costituzionali e le precisazioni relative al rapporto fra diritto, evoluzione scientifica e autonomia e responsabilità del medico⁴⁴), le Linee guida hanno introdotto disposizioni direttamente contrastanti con quelle previsioni, con rilevanti ricadute rispetto alla concreta ed effettiva tutela dei diritti sottesi e rispetto alla natura delle Linee guida stesse, che «– per definizione – dovrebbero contenere una sorta di manuale “aperto”, recante suggerimenti (spesso anche contrastanti tra loro) rivolti ai medici (nonché sottoposti alla loro libera scelta), in ragione delle circostanze in cui questi sono chiamati, di fatto, ad agire»⁴⁵.

⁴¹ Si noti, per inciso, che rispetto alle sanzioni poste a presidio dell'accertamento dei requisiti soggettivi di cui all'art. 5 della legge n. 40 previste dall'art. 12, secondo comma, quello relativo all'età potenzialmente fertile non vi è ricompreso.

⁴² In questo senso si veda E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, cit., 43.

⁴³ Si vedano le sentenze nn. 151 del 2009, 162 del 2014, 96 e 229 del 2015 della Corte costituzionale.

⁴⁴ In particolare, vengono in rilievo le sentenze nn. 282 del 2002, 338 del 2003, 151 del 2009, 162 del 2014 e 274 del 2014 della Corte costituzionale, rispetto alle quali si vedano ancora le osservazioni di M. D'AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*, cit., e quelle di M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, II, 455 ss.

⁴⁵ P. VERONESI, *Le “linee guida” in materia di procreazione assistita*, cit.

Nel caso delle Linee guida regionali lombarde in materia di interruzione di gravidanza del 2008, come anche in quello delle Delibere delle Regioni Lombardia e Veneto in materia di fecondazione eterologa del 2015, tali conseguenze (che limitavano la loro portata al solo territorio regionale) sono state contenute nel tempo dall'intervento dei giudici amministrativi.

Nel caso dell'aggiornamento delle Linee guida del 2015, invece, permangono notevoli profili di problematicità.

Sebbene le criticità derivanti dalle disposizioni delle Linee guida ministeriali contrastanti con la legge n. 40 possano certamente ritenersi superabili a livello interpretativo (con successiva disapplicazione da parte del giudice ordinario che dovesse essere chiamato a darvi applicazione), si deve considerare la rilevante incertezza che deriva da una potenziale applicazione differenziata e non omogenea delle stesse Linee guida.

In questa prospettiva, allora, sarebbe auspicabile che il Ministero della Salute provvedesse a riaggiornare le Linee guida, correggendo direttamente e celermente questi profili, senza (o prima) che sia necessario l'intervento caducatorio del giudice amministrativo.

Il celere intervento correttivo del Ministero (che potrebbe introdurre nel medesimo provvedimento anche i profili rispetto ai quali ha annunciato l'adozione di ulteriori regolamenti e decreti al fine di completare la disciplina in materia di procreazione eterologa⁴⁶) potrebbe così evitare i tempi maggiormente lunghi richiesti per un eventuale intervento del giudice amministrativo, come era già accaduto in relazione alle prime Linee guida del 2004, nel 2008 parzialmente annullate dal TAR del Lazio in relazione alla limitazione al solo tipo osservazionale della diagnosi genetica preimpianto⁴⁷.

In tal modo, si potrebbero innanzitutto risolvere le indicate criticità che emergono direttamente dal confronto fra le Linee guida e l'attuale impianto della legge n. 40 e in secondo luogo introdurre punti di riferimento omogenei in merito alla possibilità di accesso alla diagnosi preimpianto per le coppie affette da malattie geneticamente trasmissibili utili per i medici che, anche laddove il legislatore non dovesse celermente intervenire per predisporre i criteri e i principi cui ispirarne il relativo elenco, sono attualmente pur sempre chiamati a decidere, alla luce della sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale.

⁴⁶ Si veda a questo proposito la nota 26.

⁴⁷ Si consideri che il TAR LAZIO, sez. III-*quater*, sent. 21 gennaio 2008, n. 398, cit., si sofferma in modo particolare anche sul rapporto fra evoluzione scientifica e diritto. Dopo aver ricordato come la legge n. 40 riconosca all'Autorità amministrativa ministeriale «il potere di adottare regole di alto contenuto tecnico e di natura eminentemente procedurale e non quello di intervenire, positivamente, sull'oggetto della procreazione medicalmente assistita che rimane consegnata alla legge» e dopo aver richiamato le considerazioni svolte in merito alla censura relativa alla omessa definizione da parte delle Linee guida di "embrione", il TAR del Lazio rileva che «allo stesso modo deve ritenersi che per quanto riguarda l'ambito oggettivo di delimitazione della disciplina della procreazione medicalmente assistita, il potere relativo non possa che competere al legislatore, con la conseguenza che se quest'ultimo, nella sua ampia discrezionalità politica ha stabilito di consentire interventi diagnostici sull'embrione per le finalità prima espresse, questi ultimi non possono essere limitati nel senso prospettato nella norma delle Linee Guida». Con particolare riguardo alla definizione di "embrione" il giudice amministrativo osserva che «la definizione di embrione allo scopo appena detto, stante la non definitività del livello di conoscenza raggiunto dalla scienza biologica, sul punto, non può competere ad un'Autorità amministrativa quale è quella che ha adottato l'impugnato provvedimento né essere disciplinata da un regolamento, per di più ministeriale, quale è, appunto, l'atto censurato, ma appartiene, in quanto espressione di una scelta di discrezionalità politica, al legislatore». Sulla posizione e sulla definizione dell'embrione, si vedano, ancora, le già richiamate considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 229 del 2015.

Embryo editing: a proposito di una recente autorizzazione dell'HFEA

Demetrio Neri*

EMBRYO EDITING: DISCUSSING THE RECENT HFEA AUTHORIZATION

ABSTRACT: *Taking as a starting point a recent HFEA's authorization, the article focuses on the international debate stirred by the news on the application of CRISPR-Cas9 to human embryos. The legislative landscape on the permissibility of inheritable genetic modification will be explored, with particular attention to the Italian situation.*

KEYWORDS: Embryo editing; CRISPR-Cas9; Embryo experimentation; HFEA; Inheritable genetic modifications.

SOMMARIO: 1. L'autorizzazione dell'HFEA - 2. Aspetti del dibattito internazionale - 3. Un esperimento rischioso? - 4. Dove nascerà il primo bambino CRISPR-Cas9? - 5. La legge 40 e la Convenzione di Oviedo - 6. Conclusione.

1. L'autorizzazione dell'HFEA

Nel mese di febbraio di quest'anno i mezzi di comunicazione hanno dato ampio risalto, ed hanno variamente commentato, il comunicato-stampa col quale l'Authority inglese per l'embrilogia e la fecondazione artificiale (HFEA) ha comunicato di aver concesso al gruppo di ricerca diretto da Kathy Niakan presso il Francis Crick Institute di Londra l'autorizzazione ad effettuare una sperimentazione su embrioni umani. Da quando è stata istituita¹ l'Authority ha rilasciato numerose autorizzazioni di questo tipo: solo negli ultimi tre anni sono state una decina, in

* Professore ordinario di Bioetica presso l'Università di Messina, membro della Consulta di Bioetica onlus, membro del Comitato Nazionale per la Bioetica. Contributo su invito.

¹ Le origini dell'HFEA sono rintracciabili in una delle raccomandazioni del noto Rapporto Warnock, così chiamato dal nome della filosofa morale Mary Warnock che nel 1982 venne chiamata a presiedere una commissione di studio istituita dal governo inglese sulle questioni della fecondazione in vitro (come si ricorderà, quattro anni prima era nata Louise Brown, il primo essere umano concepito in provetta) e della sperimentazione sugli embrioni umani. Dopo due anni di lavoro, nel corso del quale la commissione si è avvalsa di circa 270 documenti presentati da studiosi e da varie organizzazioni e di 21 audizioni orali, viene pubblicato un rapporto che costituisce ancor oggi una pietra miliare nella discussione di queste tematiche. Per quel che ci interessa in questa sede, la commissione perviene alla conclusione che la sperimentazione sugli embrioni, sia quelli "sopranumerari", sia quelli creati appositamente per la ricerca, può essere consentita a patto che sia strettamente regolamentata da una legge che fissi limiti di tempo (non oltre il 14° giorno dalla fecondazione) e finalità della sperimentazione. La legge venne approvata dal Parlamento inglese nel 1990 (Human Fertilisation and Embriology Act, emendato poi nel 2008) e, oltre a fissare le finalità della sperimentazione, istituisce una Authority col compito di esaminare i protocolli di ricerca, autorizzare la sperimentazione e monitorarne lo sviluppo. Tra le finalità ammesse dalla legge, tutte di grande interesse scientifico e clinico, ricordiamo: accrescere la conoscenza delle malattie congenite, ampliare la conoscenza delle cause dell'interruzione spontanea della gravidanza; mettere a punto contraccettivi più efficaci; sviluppare metodi per l'individuazione delle anomalie genetiche. La legge prevede che gli embrioni sottoposti a sperimentazione non possono essere trasferiti in utero.

qualche caso per le stesse finalità della sperimentazione ora autorizzata, e nessuna di esse ha suscitato le discussioni alle quali ora stiamo assistendo. In realtà, il risalto dato a quest'ultima autorizzazione è dipeso solo dalla tecnologia che i ricercatori intendono utilizzare, ormai nota con la sigla CRISPR-Cas9.

Si tratta di una nuova tecnica di *genome editing* messa a punto circa quattro anni fa che, detto in estrema sintesi², consente di intervenire sul genoma degli esseri viventi “tagliando e ricucendo” il DNA, disattivando geni “difettosi”, eliminandone singole porzioni e sostituendole con sequenze nuove: insomma, permette di fare tutto quel che si faceva già da almeno quaranta anni nell'ambito dell'ingegneria genetica, ma con una precisione, efficienza e facilità (oltre che con costi radicalmente ridotti) finora inattuabili e che sono – conviene precisarlo – in costante miglioramento. Le prospettive che si sono aperte sia nella ricerca di base, sia in termini applicativi in tutti i settori biotecnologici, sono di enorme interesse; e, sebbene si sia già scatenata una guerra commerciale per la proprietà del brevetto³, la tecnica ha avuto una rapidissima diffusione nei laboratori di tutto il mondo e ha visto il proliferare di piccole imprese biotecnologiche che offrono servizi a base di CRISPR-Cas9. Non mi soffermerò oltre su queste prospettive applicative, è sufficiente citare in proposito quanto hanno scritto un gruppo di noti scienziati: «La tecnologia dell'ingegnerizzazione del genoma offre incomparabili potenzialità per la modifica dei genomi umani e non umani. In campo umano, essa sostiene la promessa di curare le malattie genetiche, mentre negli altri organismi procura metodi per dare nuova forma alla biosfera a beneficio dell'ambiente e delle società umane»⁴.

2. Aspetti del dibattito internazionale

Secondo alcuni⁵, sarebbe più urgente discutere proprio questo impatto più generale, e probabilmente più ravvicinato nel tempo, che la tecnica può avere sull'intera biosfera, anche in connessione ad altri settori della ricerca biologica come la biologia e la genomica sintetica⁶. Tuttavia, il dibattito degli ultimi mesi si è concentrato quasi esclusivamente sulla promessa di curare le malattie genetiche. Si prospetta infatti la concreta possibilità che questa tecnica permetta di risolvere i problemi tecnici che finora hanno impedito alla terapia genica di passare dalla fase sperimentale alla fase della piena ap-

² Per una prima informazione in proposito mi permetto di rinviare a D. NERI, *Embryo editing: la nuova frontiera della medicina preventiva*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2015, nn. 3-4, pp. 193-218.

³ Cfr. J. ROOD, *Who Own CRISPR?*, in *The Scientist Magazine*, 3 aprile 2015, online: www.thescientist.com/?articles.view/articleNo42595 (ultimo accesso 27 febbraio 2015). Qualcuno ha scherzosamente risposto: i batteri. Crispr-Cas9 è in effetti un sistema di difesa “inventato” dai batteri per difendersi dagli attacchi dei virus. L'interessante storia della sua scoperta è ricostruita in E.S. LANDER, *The Heroes of CRISPR*, in *Cell*, 164, 2016.

⁴ D.BALTIMORE ET AL., *A prudent path forward for genomic engineering and germline gene modification*, in *Science*, vol. 348, No. 6230, online: <http://science.sciencemag.org/content/348/6230/36> (ultimo accesso 27 febbraio 2015), p. 37.

⁵ Cfr. H. GREELY, *Of Science, Crispr-Cas9 and Asilomar*, in *Law and Biosciences Blog*, 4 aprile 2015, online: <https://law.stanford.edu/2015/04/04/of-science-crispr-cas9-and-asilomar/> (ultimo accesso 27 febbraio 2015).

⁶ Basti solo dire che di recente si è discusso della utilizzazione di CRISPR-Cas9 insieme a una tecnologia chiamata *Gene Drive* (che consente una rapida diffusione di una modifica genetica in una popolazione) per combattere la diffusione di Zika nell'America del sud. Cfr. Editorial, *Genetically-modified insects to combat vector-borne diseases: curtain rise or fall*, in *Nature Reviews Genetics*, 17, 2016, p. 123.

plicazione clinica, come terapia standard per le malattie genetiche. E, in connessione a questa prospettiva, si è riproposta la possibilità di estendere il *genome editing* anche alla linea genetica ereditaria, e cioè, per essere chiari, a interventi di correzione genica sui gameti o, più verosimilmente, su embrioni precoci per far nascere bambini privi della malattia la cui radice genetica è stata corretta: non, dunque, “bambini sani” e certamente non “bambini perfetti”, per riprendere un’espressione spesso usata nel dibattito⁷.

La discussione generata da questa possibilità è culminata, nel dicembre 2015, nell’*International summit on human gene editing*, organizzato a Washington dalla U.S. National Academy of Sciences, dalla Royal Society inglese e dalla Chinese Academy of Sciences⁸. Diciamo che dal dibattito non sono emerse novità di rilievo sul piano teorico, ed in realtà era difficile che potessero emergerne dato che il tema delle modifiche genetiche ereditarie è stato oggetto, almeno fin dall’inizio degli anni ’90, di un’ampia letteratura che ne ha sviscerato tutte le sfaccettature. La posizione che, da allora, è divenuta la più diffusa nella comunità scientifica viene confermata, tutto sommato, nella Dichiarazione finale del Summit, e può essere sintetizzata in tre punti: 1) Sì alla ricerca di base e preclinica, diretta a perfezionare la tecnica, a valutare i potenziali benefici e rischi dell’uso clinico e ad approfondire la conoscenza della biologia dell’embrione umano e delle cellule germinali, con l’ulteriore previsione che gli embrioni e le cellule germinali sottoposti a *genome editing* non possono essere usati per ottenere una gravidanza; 2) sì all’applicazione clinica del *genome editing* sulle cellule somatiche, in base alle normative già esistenti che governano la terapia genica somatica; 3) no, al momento presente, all’applicazione clinica sulle cellule germinali e sull’embrione precoce, cioè al fine di far nascere bambini geneticamente modificati. Questa posizione – dice il comunicato – potrà essere rivista quando saranno risolti i problemi tecnici di efficacia e sicurezza, e solo dopo un confronto con le differenti concezioni morali e le vedute sociali in materia di modifiche genetiche ereditarie e con le previsioni legislative, quanto mai variegata, vigenti nei vari paesi.

3. Un esperimento rischioso?

L’autorizzazione concessa dall’HFEA, oltre a essere conforme alla legge inglese, si inquadra nelle indicazioni contenute nel primo dei tre punti della dichiarazione del Summit. È una ricerca di base diretta ad acquisire conoscenze sulle prime fasi dello sviluppo embrionale (fino all’ottavo giorno dalla fecondazione), con particolare riguardo a due delle finalità previste dalla legge inglese: le cause degli aborti precoci e della infertilità. Come si accennava, l’autorizzazione è stata variamente commentata e alcuni di questi commenti contengono critiche che a me sembrano fuori bersaglio. Laura Palazzani, ad esempio, ha parlato di «esperimento rischioso»⁹, ma non è chiaro quali rischi possano essere connessi all’acquisizione di conoscenze sulle prime fasi dello sviluppo embrionale, tenuto anche conto del fatto che la legge inglese, come ho ricordato, vieta il trasferimento in utero degli embrioni sottoposti a

⁷ L’espressione compare nel titolo dell’articolo che ha innescato il dibattito: A. REGALADO, *Engineering the Perfect Baby*, in *MIT Technology Review*, March 2015, online: www.technologyreview.com/featuredstory/535661 (ultimo accesso 27 febbraio 2015).

⁸ I materiali e la dichiarazione finale del convegno sono consultabili sul sito della U.S. National Academy of Sciences: www.nasonline.org (ultimo accesso 27 febbraio 2015).

⁹ L. PALAZZANI, *Un esperimento rischioso*, in *L’Osservatore Romano*, 3 febbraio 2016, p.1.

sperimentazione. L'unico rischio è che tali conoscenze non vengano acquisite, ma questo è un rischio connesso a qualunque attività di ricerca innovativa: è una strana idea di ricerca quella che richiede in anticipo la certezza dei risultati. Si è anche fatto riferimento, in questo come in altri articoli, al tema della non ancora soddisfacente precisione della tecnica CRISPR-Cas9, che può generare “tagli” non desiderati (*off-target*) in altre parti del DNA. Ma – per quanto importante e decisivo in vista dell'applicazione clinica – questo è un dettaglio tecnico in via di superamento rispetto a un anno fa, quando tale imprecisione venne evidenziata nel primo esperimento compiuto su embrioni umani non vitali in Cina¹⁰. Da allora la tecnica è costantemente migliorata in precisione e in qualche esperimento, ovviamente da confermare, si è arrivati alla totale assenza di tagli *off-target*.¹¹ Infine, non poteva mancare in queste critiche il ricorso all'argomento del “pendio scivoloso”, che accompagna ormai da quaranta anni la discussione sull'ingegneria genetica e che è, da tempo immemorabile, lo strumento retorico preferito dai nemici dell'innovazione. Attraverso un crescendo di domande retoriche si arriva a ipotizzare un futuro in cui la tecnica sia così perfezionata (verrebbe da dire: magari!) da generare la possibilità di «migliorare la razza umana [sic], trasformandone irreversibilmente i connotati».¹² Ora, io non sono in possesso di particolari capacità previsionali (e si sa, comunque, che nulla è più difficile quanto fare previsioni, in specie circa il futuro) e dunque non sono in grado di valutare la plausibilità di quegli scenari (non sarebbe difficile, comunque, opporvi scenari più tranquillizzanti) e, soprattutto, la loro rilevanza in ordine alla discussione odierna. Posso però notare che a queste critiche fa da sfondo una posizione di condanna nei confronti di *qualunque* sperimentazione sugli embrioni umani e che dunque, rispetto a ciò, la metodologia usata non dovrebbe fare molta differenza. Non è comunque questo il livello di discorso sul quale intendo avventurarmi in questa sede. È sufficiente constatare che sul tema della liceità della sperimentazione sugli embrioni umani insistono – e non da ora – posizioni morali differenti e, in qualche caso, inconciliabili, alle quali tutte deve essere riconosciuta piena cittadinanza nella conversazione morale. Detto questo, resta però il problema bioeticamente più interessante: posto che sia necessario ed anzi, secondo me, augurabile, anche in funzione di ras-

¹⁰ P. LIANG *et al.*, *Crispr/Cas9-mediated gene editing in human tripronuclear zygote*, in *Protein Cell*, 2015, 6, pp. 363-372). Secondo uno degli autori dell'esperimento, l'articolo era stato sottoposto a *peer review* da *Science* e da *Nature*, che l'avevano rifiutato per non meglio precisate “ragioni etiche”. È difficile capire quali principi o valori morali vengano offesi dal protocollo cinese, dal momento che gli embrioni utilizzati erano non vitali. La ricerca ha avuto comunque il merito di evidenziare che la tecnologia non è ancora pronta per l'applicazione clinica. Su tutta la vicenda cfr. D. CYRANOSKI, S. REARDON, *Embryo editing sparks epic debate*, in *Nature*, 29 April 2015, online: www.nature.com/news/embryo-editing-sparks-epic-debate.1.17421 (ultimo accesso 27 febbraio 2015); J. KAISER, *Journal responds to controversy over embryo gene-editing paper*, in www.sciencemag.org/asiapacific/2015/04 (ultimo accesso 27 febbraio 2015). Naturalmente la notizia dell'esperimento cinese ha scatenato anche in Italia una ridda di reazioni indignate e del tutto prive di senso, che qui intendo ignorare (tra le pochissime eccezioni, G. CORBELLINI, *Bioetica senza inutili allarmismi*, ne *Il Sole24ore*, 3 maggio 2015, p. 31.)

¹¹ B.P. KLEINSTIVER *et al.*, *High-fidelity CRISPR-Cas9 nucleases with no detectable genome-wide off-target effects*, in *Nature*, 9 gennaio 2016. In ogni caso, appellarsi allo stato attuale della ricerca per dedurre che, poiché lo stato attuale non è ancora del tutto soddisfacente, allora la ricerca va bloccata, sarebbe un controsenso dal punto di vista dei *criteri interni* della scientificità di una ricerca. La ricerca si fa per imparare quello che non si sa o per cercare di risolvere i problemi che “allo stato attuale” si presentano. Qualunque ricerca innovativa, che tenta di avviare nuove strade, allo stato attuale presenta problemi e non credo che tra i criteri interni della scientificità della ricerca si debba annoverare quello per il quale nessuna ricerca innovativa può essere iniziata.

¹² A. MORRESI, *Embrioni manipolati corsa senza scopo*, in *Avvenire*, 4 febbraio 2016, p. 16.

sicurazione pubblica, che vi siano regole pubbliche a governare e a sostenere la ricerca scientifica in generale e quella biomedica in particolare, quali regole e come disegnarle? Che tipo di considerazioni devono essere tenute in conto quando il legislatore di uno Stato laico, democratico e rispettoso del pluralismo etico si trova ad intervenire su questioni – come quella della sperimentazione sugli embrioni – sulle quali esiste nella società civile un serio e genuino disaccordo morale? Queste domande hanno trovato risposte differenti nei vari paesi e ciò probabilmente sarà uno dei nodi centrali di quella “governance globale” di cui gli organizzatori del Summit hanno auspicato la realizzazione. Nel corso della discussione è emersa, infatti, la consapevolezza che, in questo come in altri settori, la governance della tecnologia non può più essere affidata a iniziative locali, deve riuscire a costruire una rete di nazioni che lavorano insieme¹³, anche per evitare l’innescarsi di fenomeni di “turismo della salute” cui anche di recente abbiamo assistito nel campo delle cellule staminali¹⁴.

4. Dove nascerà il primo bambino CRISPR-Cas9?

Il tema del panorama legislativo riguardante la ricerca e l’eventuale applicazione clinica del *genome editing* era emerso già prima del Summit e si era anche provato ad esaminare comparativamente le legislazioni esistenti nel mondo in materia di fecondazione artificiale e di sperimentazione sugli embrioni¹⁵, anche per tentare di rispondere a una domanda che, a tutta prima, può sembrare mera curiosità: in quale paese è più probabile che nasca il primo essere umano CRISPR-Cas9?¹⁶ Qualcuno suggerisce la Cina, dove lo scorso anno è stato tentato il primo esperimento su embrioni non vitali e non destinati all’impianto in utero¹⁷; altri pensano agli Stati Uniti, dove la tecnica è nata e si sta sviluppando velocemente¹⁸; altri ancora alla Gran Bretagna, che può avvalersi di una tradizione consolidata di sperimentazione sugli embrioni umani, anche se probabilmente occorrerà una modifica legislativa. In questo panorama l’Italia viene collocata nella categoria dei paesi che hanno un bando legislativo in materia. In realtà le cose non stanno così: dal punto di vista legislativo, l’Italia potrebbe essere il luogo nel quale già ora, se la tecnica fosse sicura e testata, potrebbe nascere il primo essere umano modificato con CRISPR-Cas9.

Come è noto, in Italia la sperimentazione sugli embrioni è regolata dall’art. 13 della legge 19 febbraio 2004 n. 40 recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”. L’articolo recita: «1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. 2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente tera-

¹³ S. OLSON *et al.*, *International Summit on Human Gene Editing: a global discussion*, in www.nasonline.org (ultimo accesso 27 febbraio 2015).

¹⁴ R. ALTA CHARO, *On the Road (to a Cure?)-Stem cell Tourism and Lessons for Gene Editing*, in *The New England Journal of Medicine*, 10 febbraio 2016.

¹⁵ M. ARAKI, T. ISHII, *International regulatory landscape and integration of corrective genome editing into in vitro fertilization*, in *Reproductive Biology and Endocrinology*, 2014, 12.

¹⁶ H. LEIDFORD, *The landscape for human genome editing*, in *Nature*, 15 ottobre 2015, vol. 526, pp. 310-11.

¹⁷ Vedi la nota 10.

¹⁸ Il direttore dell’NIH Francis Collins ha dichiarato che l’NIH non prevede, allo stato presente, di concedere finanziamenti per questa ricerca (*Statement on NIH funding of research using gene-editing technologies in human embryos*, 29 aprile 2015, www.nih.gov/about/director/04292015), che però potrà continuare con fondi privati. Al momento dell’eventuale applicazione clinica la materia sarà soggetta alle norme della FDA.

peutiche e diagnostiche ad essa connesse volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell’embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative». Contrariamente a quanto potrebbe far pensare il ricorso, nel secondo comma, alla dizione “ricerca clinica e sperimentale”, non vengono consentite solo ricerche puramente osservative sullo «stato di salute degli embrioni creati in vitro» (come invece affermano le Linee guida emanate con Decreto del 21 luglio 2004). Può trattarsi anche di interventi che alterano il patrimonio genetico dell’embrione purché diretti alla tutela della salute e dello sviluppo dell’embrione stesso. La stessa legge, di cui le Linee guida dovrebbero essere solo applicazione, lo afferma chiaramente al comma 3, lettera b, che vieta – e punisce severamente – gli interventi «diretti ad alterare il patrimonio genetico dell’embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, *ad eccezione* degli interventi aventi finalità diagnostiche o terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo» (corsivo mio). Dunque, la legge italiana permette l’alterazione del patrimonio genetico dell’embrione *a condizione che* tale alterazione sia diretta a tutelare la salute e lo sviluppo dell’embrione stesso. Di conseguenza, dal punto di vista legale, l’Italia potrebbe essere uno di quei paesi nei quali, in un futuro più o meno vicino, potrebbe nascere il essere umano col genoma modificato grazie a CRISPR-Cas9.

Certo, ci si può chiedere come si connetta il permesso contenuto nel secondo comma col divieto contenuto nel primo. È difficile, infatti, pensare che tecniche così sofisticate come quelle che permetterebbero di intervenire sull’embrione in modo terapeuticamente efficace e sicuro fin dalla prima volta in cui vengono applicate possano sorgere, quasi per miracolo, nelle mani dello sperimentatore: richiedono una sperimentazione precedente, prima in vitro e poi in vivo su modelli animali e infine, prima di poter essere dichiarate sicure e testate per l’applicazione clinica in campo umano, una sperimentazione su embrioni umani, appunto vietata dal comma 1 dell’art. 13. Molti anni fa, quando cominciai a circolare il primo disegno di legge in materia di procreazione assistita che conteneva questo articolo, chiesi ad alcuni amici scienziati di aiutarmi a capire cosa esattamente questo articolo vieta e cosa permette. Le risposte sono state varie, ma una mi ha colpito in modo particolare, quella secondo la quale questo è un classico *escamotage* all’italiana. In sostanza, sarebbe come dire: gli altri, ad esempio gli inglesi, facciano pure il lavoro sporco; poi, se ci saranno buoni risultati, noi li useremo a vantaggio delle coppie e degli embrioni italiani. Questa sembra poco più che una battuta, ma in realtà contiene un problema morale di grande rilevanza che posso così riassumere: è moralmente lecito che un paese utilizzi i risultati di una ricerca, compiuta altrove, che quello stesso paese vieta severamente? È un tema antico, che si è riproposto, ad esempio, negli anni cinquanta a proposito della utilizzazione dei risultati delle ricerche sull’ipotermia compiute nei lager nazisti, e poi, più recentemente, a proposito della ricerca sulle cellule staminali di origine embrionale, e che ha al suo centro la questione del “trarre beneficio da un atto malvagio compiuto da altri”. Sarebbe lungo illustrarne qui la complessità¹⁹, mi limito solo a sottolineare che non ci si può cavare d’impaccio ricorrendo al vecchio e ipocrita detto che la mano destra non sa (o fa finta di non sapere) cosa ha fatto la sinistra. La Gran Bretagna, che consente la sperimentazione sugli embrioni umani nei limiti e con le finalità previste dalla legge, dovrà cambiare la legge se – quando la tecnica soddisferà i requisiti di efficacia e di

¹⁹ Mi permetto di rinviare a D. NERI, *Il problema della cooperatio ad malum oggi: la ricerca sulle fonti ‘alternative’ o ‘nuove’ di cellule staminali umane pluripotenti*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2007, n.1, pp. 19-32.

sicurezza che ogni tecnologia biomedica deve soddisfare – vorrà applicare CRISPR-Cas9 ad embrioni umani da destinare all'impianto in utero. L'Italia non dovrà cambiare la legge, dovrà solo risolvere il problema morale sopra ricordato.

5. La legge 40 e la Convenzione di Oviedo.

Vorrei infine esporre una considerazione che riguarda il rapporto tra l'art. 13 della legge 40 e la Convenzione sui diritti umani e la biomedicina (Convenzione di Oviedo). Come s'è accennato sopra, la posizione più diffusa nella comunità scientifica (ma anche a livello di dottrine morali²⁰) in tema di modificazioni genetiche ereditarie è stata quella della moratoria motivata da ragioni di sicurezza, soprattutto in relazione ai possibili effetti sulle generazioni future. Non dunque un rifiuto di principio, che in letteratura si può riscontrare solo in alcuni autori, come Jeremy Rifkin, che però si dichiarano contrari a qualsiasi uso dell'ingegneria genetica in campo umano²¹. Ora, sebbene anche il Consiglio d'Europa, almeno fino a tutti gli anni '80, avesse sostenuto una posizione non contraria in linea di principio alle modifiche genetiche ereditarie per chiari scopi terapeutici²², nella Convenzione di Oviedo compare un articolo che equivale a un secco "giù le mani dal genoma dei discendenti!". Si tratta dell'art. 13 che recita: «Un intervento che ha come obiettivo di modificare il genoma umano non può essere intrapreso che per delle ragioni preventive, diagnostiche o terapeutiche e solamente se non ha come scopo di introdurre una modifica nel genoma dei discendenti». Qui non mi interessa esaminare le ragioni per le quali il Consiglio d'Europa ha ritenuto di adottare questa posizione, quando invece, al fine di proteggere gli esseri umani da esperimenti incauti e rischiosi, sarebbe bastato dar forza alla moratoria già in atto. Mi interessa invece sottolineare che il secondo comma dell'art. 13 della legge 40 è in palese contraddizione, secondo la mia interpretazione, con l'art. 13 della Convenzione. Ora, l'Italia ha firmato la Convenzione nel 1997 e nel 2001, con la legge 145, il Parlamento italiano ha approvato lo strumento di ratifica che però, a distanza di 15 anni, non è stato ancora depositato a Strasburgo: sul sito del Consiglio d'Europa l'Italia non figura tra i paesi ratificanti. La Convenzione permette (art. 36) che i paesi membri del Consiglio d'Europa appongano una riserva su qualche disposizione della Convenzione qualora, al momento della firma o della ratifica, sia già in vigore nel paese una legge non conforme alla Convenzione. Nel 2001, quando è stata approvata la legge di ratifica, non esisteva in Italia nessuna normativa riguardante la sperimentazione sugli embrioni umani e dunque, ratificando la Convenzione, l'Italia si impegnava a conformare la futura legislazione alle previsioni della Convenzione. L'art. 3 comma 1 della legge 145 delegava il governo ad adottare, entro sei mesi, uno o più decreti legislativi «per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi e

²⁰ Rinvio su ciò all'articolo citato alla nota 2.

²¹ J. RIFKIN, *Algeny*, New York, 1983, trad.it. *Dall'alchimia all'algenia. Le premesse della manipolazione genetica sull'uomo*, S. Martino di Sarsina, 1994.

²² Cfr. la Raccomandazione 934 del 1982 sull'*Ingegneria genetica* e la Raccomandazione 1046 del 1986 su *Uso di embrioni e feti umani per scopi diagnostici, terapeutici, scientifici, industriali e commerciali*. L'orientamento possibilista di questi due documenti cambia con la Raccomandazione 1100 del 1989 su *Uso di embrioni e feti umani nella ricerca scientifica*, che prelude al divieto contenuto nell'art. 13 della Convenzione di Oviedo (i testi delle Raccomandazioni sono raccolte in *Textes du Conseil d'Europe en matière de bioéthique*: www.coe.int). Su questa vicenda rinvio a M. MORI, D. NERI, *Perils and deficiencies of the European Convention on Human Rights and Biomedicine*, in *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol.26, n. 3, 2001.

alle norme della Convenzione». Di questi decreti legislativi non se ne è vista finora neppure l'ombra, mentre è stata approvata la legge 40 che reca almeno una norma in palese contrasto con la Convenzione. Dico in palese contrasto perché l'art. 27 della Convenzione prevede certo la possibilità che gli Stati garantiscano con le proprie leggi misure più ampie di protezione, ma l'art. 13 della legge italiana, permettendo l'eccezione terapeutica, assicura una protezione meno ampia in tema di modifiche genetiche: e si noti infine che l'art. 13 della Convenzione è compreso nell'elenco degli articoli (v. art. 26, comma 2) per i quali non è ammessa una restrizione delle previsioni contenute nella Convenzione. Non ho nessuna prova (anche se ho fondati motivi per pensarlo) che proprio la contraddizione sopra ricordata spieghi il ritardo ormai quindicennale nel deposito dello strumento di ratifica e non ho neppure idea di come questa contraddizione possa essere risolta. Non essendo un giurista, non posso che lasciare ai giuristi la parola in proposito.

6. Conclusioni

La già citata Dichiarazione finale del summit di Washington auspica la creazione di un forum internazionale permanente per discutere i potenziali usi clinici del *gene editing*, per coadiuvare l'elaborazione delle politiche pubbliche in materia, per formulare raccomandazioni e linee-guida e, infine, per promuovere la coordinazione tra le nazioni. Non sarà un compito facile. La breve, ma già densissima, storia del rapporto tra istituzioni pubbliche e ricerca scientifica nel campo delle scienze della vita a partire dai primi anni '70 (l'epoca dell'avvento del DNA ricombinante e dell'ingegneria genetica, quella che una studiosa ha definito la *molecular politics*²³) è molto istruttiva per comprendere le difficoltà di trovare regole capaci di plasmare e governare la ricerca scientifica avanzata. Una parte di queste difficoltà dipende senza dubbio dalla novità della materia e dalla complessità degli scenari che si profilano, ma una parte dipende anche dal fatto che si tende spesso a guardare a questi nuovi campi di ricerca con un atteggiamento di pregiudiziale diffidenza, se non addirittura di sospetto, cosicché è facile pensare che abbiamo bisogno di regole rigide, dettate una volta per tutte (i famosi "paletti", insomma). Senza scomodare qui la libertà di ricerca scientifica, il problema è che regole di questo genere sono del tutto inadatte a governare un campo di ricerca in rapidissima e spesso imprevedibile evoluzione. Falliscono cioè il loro obiettivo, sempre che l'obiettivo sia appunto quello di *governare* e non quello di *intralciare* o addirittura tentare di *bloccare* lo sviluppo della ricerca: anzi, rischiano solo di non riuscire a controllare nulla, di generare insoddisfazione e, spesso, ritardi nell'avanzamento scientifico di cui poi la società paga i costi, non solo economici, ma anche sociali e umani (si pensi, ad esempio, alle biotecnologie applicate in campo terapeutico) in termini di sofferenze evitabili. Non c'è dubbio che abbiamo bisogno di regole pubbliche per governare e sostenere la ricerca biotecnologica e le sue applicazioni; dovrebbe però trattarsi di regole flessibili, attente allo stato dell'arte e ai suoi prevedibili sviluppi, prudenti ma non negligenti (cioè ispirate dal principio di precauzione e non dal principio di paralisi) e, infine, frutto della consapevolezza che in queste materie è difficile elaborare soluzioni capaci di riscuotere un consenso unanime. Ma se escludiamo l'improvvisa e improbabile conversione di tutti a una stessa posizione morale o religiosa, ed escludiamo il ricorso

²³ S. WRIGHT, *Molecular Politics. Developing American and British regulatory policy for genetic engineering, 1972-1982*, Chicago 1994.

alla forza, non c'è alternativa al metodo della ricerca della massima condivisione possibile: non, almeno, finché desideriamo vivere in società rispettose del pluralismo etico.

Perspectives

Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015

Costanza Nardocci*

FROM THE CONVENTION TO THE CONSTITUTION: THE TACIT ACCORD BETWEEN COURTS. ON THE DECISION N. 96/2015 OF THE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: The Author discusses the Constitutional Court's judgment no. 96 of 2015 on the constitutional legitimacy for fertile couples to make use of medically-assisted procreation techniques prior to a pre-implantation genetic diagnosis. After a brief analysis of its content, the Author investigates the Constitutional Court's decision from the angle of its relationship with the European Court of Human Rights' ruling in the Costa & Pavan v. Italy case. The Author then goes on by addressing the challenges of the mechanisms of interplay between the two Courts, by questioning, on the one hand, the Constitutional Court's refusal to make use of Article 117, § 1, of the Italian Constitution and, on the other, by highlighting the coherence of the arguments between the two judgments.

KEYWORDS: Medically-Assisted Procreation; Pre-Implantation Genetic Diagnosis; Fundamental Rights; Constitutional Court; European Court of Human Rights.

SOMMARIO: 1. – Premessa introduttiva. 2. – Il silenzio sull'art. 117, comma 1, Cost., ma l'adesione alle argomentazioni della Corte di Strasburgo. 3. – Irragionevolezza ma, come in Costa e Pavan, assenza di discriminazione tra coppie: assorbimento oppure interpretazione restrittiva di Corte cost. n. 151 del 2009? 4. – Osservazioni conclusive.

1. Premessa introduttiva

Con la sentenza n. 96 del 2015¹, la Corte costituzionale è tornata ad occuparsi della legge in materia di procreazione medicalmente assistita e a confrontarsi, questa volta, con il tema dell'ampliamento dei suoi requisiti soggettivi di accesso.

* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Dipartimento di Diritto Pubblico italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Corte cost. sent. n. 96 del 2015, in *Giur. cost.*, 2015, p. e ss. A commento della decisione, si vedano, E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non 'scontata' né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta Online*, 2015/II, 533 ss.; G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in *Diritti Comparati*, 2015; M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*; S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti 'rafforzati'*, in *Forum di Quaderni Costituzio-*

Il tema è analogo a quello, già a suo tempo, oggetto della condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, in *Costa e Pavan c. Italia*², con una pronuncia ormai definitiva, aveva rilevato l'incoerenza di sistema dell'ordinamento giuridico nazionale, derivante dal concorrente operare della legge n. 40 del 2004 e della normativa che disciplina l'interruzione volontaria di gravidanza; un'incoerenza che si risolveva, sino alla decisione costituzionale in commento, nell'imporre alla donna la (non) scelta di sottoporsi ad un aborto terapeutico in costanza del contagio del feto³.

La decisione costituzionale, pronunciandosi sulla questione di costituzionalità degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, per contrasto con gli artt. 2, 3, 32 e 117, comma 1, Cost., ha, quindi, innanzitutto prodotto un allargamento dei soggetti beneficiari delle tecniche di procreazione artificiale, censurando le norme oggetto in relazione agli artt. 3 e 32 Cost., nella parte in cui «non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche».

Così stabilendo, la sentenza ha, da un lato, affrancato la legge dalla sua finalità originaria – «ovviare ai problemi di infertilità e di sterilità delle coppie» –, affiancandovi quella di offrire a quelle coppie che risultino portatrici sane di malattie genetiche l'opportunità di beneficiare del progresso medico-scientifico in materia, ostacolandone la trasmissione; sotto altro versante, la Corte ha, però, anche esplicitato la liceità della tecnica diagnostica pre-impianto, sin dall'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004 oggetto di un controverso (e mai sopito) dibattito sulla sua praticabilità, innanzitutto, da parte delle strutture del servizio sanitario nazionale⁴.

nali, 2015; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 2015.

² Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, [Seconda Sezione], 28.08.2012, con nota di C. NARDOCCI, La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di *Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista Aic*, n. 1 del 2013; E. MALFATTI, La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2012.

³ Si ricorda che, in *Costa e Pavan c. Italia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che l'impossibilità per una coppia fertile, ma portatrice sana di una patologia a trasmissione genetica, di avere accesso alla diagnosi genetica pre-impianto, seguita dal ricorso alle tecniche procreative artificiali, integrasse una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea, a tutela del diritto alla vita privata e familiare. Più in particolare, la Corte europea ha rilevato che «the Italian legislation lacks consistency in this area. On the one hand it bans implantation limited to those embryos unaffected by the disease of which the applicants are healthy carriers, while on the other hand it allows the applicants to abort a foetus affected by the disease», § 64. Nella stessa pronuncia, la Corte europea ha, invece, escluso la violazione dell'art. 14 della Convenzione, ritenendo vigente in Italia un generale divieto di diagnosi genetica pre-impianto opposto a tutte le categorie di coppie, ivi incluse quelle sterili e infertili che possono accedere alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita. Si vedano, in questo senso, §§ 72 – 76.

⁴ Il supposto divieto di diagnosi genetica pre-impianto è stato fatto oggetto di numerose pronunce da parte dei giudici comuni, a partire dal 2004, imponendosi all'attenzione del dibattito, giurisprudenziale e scientifico. Nell'evoluzione giurisprudenziale in materia, merita premettere come siano state due le questioni principali portate all'attenzione dei giudici: la praticabilità della diagnosi genetica pre-impianto da parte delle coppie sterili e infertili, prima ed il ricorso a quest'ultima anche per le coppie fertili, poi. In questo quadro, e con riferimento al tema dell'accesso alla DGPI per le coppie sterili e infertili, si richiama, anzitutto, la prima pronuncia del Tribunale di Catania (3 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2004, p. 2089 e ss.), con cui il giudice comune

La Corte costituzionale ha, quindi, risposto ai giudici *a quibus* con una decisione che riporta il tema dell'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale delle coppie fertili e, dunque, della liceità della diagnosi genetica pre-impianto su un piano (apparentemente) di mero diritto interno.

In realtà, la sentenza, dopo aver disposto l'accoglimento della questione in relazione agli artt. 3 e 32 Cost. e dichiarato assorbiti tutti gli altri profili – in particolare, quello che poggiava sull'art. 117, comma 1, Cost. – dimostra una concordanza pressoché perfetta sul piano dell'argomentazione con la sentenza europea sul caso *Costa e Pavan c. Italia*.

Un primo aspetto di interesse della pronuncia riguarda appunto l'opzione del Giudice costituzionale di costruire la decisione, ricalcando le ragioni impiegate dal Giudice sovranazionale, ma senza accordare a quella condanna alcun effetto palese nel suo giudizio. La Corte costituzionale tace, infatti, sul profilo della questione afferente alla invocata violazione dell'art. 8 della Convenzione europea per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost., così come inteso alla luce della recente condanna italiana.

Da altro punto di vista, inoltre, la decisione n. 96, ancorché ammetta le coppie fertili alle tecniche di procreazione artificiale, tace sulla ritenuta disparità di trattamento tra coppie, sterili o infertili e fertili, in relazione alla supposta praticabilità, solo da parte delle prime ma non dalle seconde, della diagnosi genetica pre-impianto; punto controverso su cui curiosamente, a suo tempo, anche la Corte europea aveva scelto di non spendere parole⁵.

aveva ricondotto la diagnosi genetica pre-impianto nel novero delle pratiche di selezione eugenetica degli embrioni, ritenendola pertanto vietata ai sensi dell'art. 13, l. n. 40/2004 (su cui si veda, M. D'AMICO, Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? (In margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004), in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita – Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004, p. 35 e ss.), a cui hanno fatto seguito numerose decisioni di segno diverso con cui i giudici comuni hanno, viceversa, consentito l'accesso alla diagnosi genetica pre-impianto limitatamente alle coppie destinatarie delle previsioni di cui alla l. n. 40 del 2004, ossia quelle sterili e infertili. Ci si riferisce, tra le prime, alle pronunce del Tribunale di Cagliari, (sentenza 22 settembre 2007, in *Giur. cost.*, 2008, p. 579 e ss.), di Firenze (ordinanza 18 dicembre 2007, in *Il foro italiano*, 2008, p. 630 e ss.) e del T.A.R. Lazio (sentenza n. 398 del 2008, in *Il foro amministrativo*, 2008, p. 151 e ss.). Nell'ambito del dibattito sulla praticabilità della DGPI si ricordi anche, e soprattutto, la pronuncia della Corte costituzionale n. 151 del 2009 (in *Giur. cost.*, 2009, p. 1656 e ss.) in cui il Giudice costituzionale è intervenuto sull'art. 14, comma 3, della l. n. 40 del 2004, «nella parte in cui non prevede[va] che il trasferimento degli embrioni [...dovesse] essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna». In questo senso, ad avviso di alcuni (sulla sentenza e in tema, si vedano M. D'AMICO M., I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, 2010), la Corte avrebbe superato le ambiguità, poichè il divieto di procedere all'impianto degli embrioni fecondati senza arrecare un pregiudizio alla salute della donna avrebbe potuto essere soddisfatto soltanto ricorrendo ad esami diagnostici, tra cui la DGPI. Sotto il versante dell'accesso alla DGPI da parte di coppie fertili, invece, ci si limita, in questa sede, a richiamare la decisione del Tribunale di Salerno (ordinanza del 9 gennaio 2010, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 1289 e ss. con nota di C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in www.costituzionalismo.it), mentre per una ricostruzione delle pronunce più significative in materia in epoca antecedente alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in *Costa e Pavan c. Italia*, si rinvia a B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 2014.

⁵ Per un'analisi critica della pronuncia della Corte di Strasburgo nella parte in cui assunto, senza integrare il piano giurisprudenziale con quello legislativo, l'esistenza di un divieto generale di DGPI, si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza*, in www.rivistaaic.it.

2. Il silenzio sull'art. 117, comma 1, Cost., ma l'adesione alle argomentazioni della Corte di Strasburgo

«Nel merito, la questione è fondata, in relazione al profilo – *assorbente di ogni altra censura* – che attiene al vulnus effettivamente arrecato, dalla normativa denunciata, agli artt. 3 e 32 Cost.» [*corsivo nostro*]⁶.

Con queste parole, il Giudice costituzionale chiude le porte all'accoglimento della questione di costituzionalità rispetto all'art. 117, comma 1, Cost., escludendo in radice la violazione delle disposizioni convenzionali invocate dal remittente come norme interposte, artt. 8 e 14 CEDU.

La decisione costituzionale si sofferma, forse troppo nell'economia della pronuncia, sulle ragioni, pacifiche per la giurisprudenza costituzionale maggioritaria, che ostano al riconoscimento dell'efficacia diretta della Convenzione europea e delle pronunce della Corte di Strasburgo entro l'ordinamento nazionale⁷; un incedere sul punto che sembra motivato più dalla decisione con cui il Tribunale di Roma⁸, in altro giudizio, aveva applicato in via diretta la Convenzione EDU in conseguenza della condanna italiana da parte del Giudice sovranazionale⁹ che non da quello in cui ha avuto origine la questione di costituzionalità decisa con la sentenza n. 96.

E, tuttavia, allo stesso tempo, la Corte pare irrigidirsi su una posizione che finisce con il negare qualsiasi rilevanza non soltanto al sistema convenzionale di per sé, ma anche ad una pronuncia di condanna che, sebbene sprovvista dei caratteri della sentenza pilota e – considerato il trattamento riservato dalla Corte costituzionale nella pronuncia in commento – della qualifica di “diritto consolidato” CEDU introdotta con decisione n. 49 del 2015¹⁰, mostrava di addentrarsi in un sindacato dai con-

⁶ Corte cost. sent. n. 96 del 2015, punto n. 9 del Cons. in Dir.

⁷ *Ibidem*, punto n. 7 del Cons. in Dir., in cui la Corte ricorda che: «[q]uesta Corte ha già avuto, infatti, occasione di chiarire che ‘dalla qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario non può farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost., né, correlativamente, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la predetta Convenzione’ (sentenze n. 303 del 2011 e n. 349 del 2007). Ragione per cui ‘i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile’ (sentenze n. 210 del 2013, n. 303 e n. 80 del 2011) e, poiché le fattispecie, oggetto dei giudizi a quibus, non sono riconducibili al diritto comunitario, non vi era, dunque, effettivamente, spazio per un'eventuale disapplicazione della normativa nazionale da parte del Tribunale rimettente, da ritenersi oltretutto limitata ai casi in cui il diritto comunitario rilevante sia dotato di effetti diretti».

⁸ Tribunale di Roma, Sez. Prima, Civile, 23 settembre 2013. La pronuncia può leggersi al link: http://www.giurcost.org/casi_scelti/TribunaleRoma23092013.pdf, con nota di A. RUGGERI, Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà ‘seguito’ a Corte EDU Costa e Pavan), in Consulta Online, 2013.

⁹ Nello stesso senso, si veda, G. REPETTO, La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute, cit.

¹⁰ Corte cost. sent. n. 49 del 2015, in Giur. cost., 2015, p. 391 e ss., con note di G. REPETTO, Vincolo al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo, in Giur. cost., 2015, p. 411 e ss.; V. MONGILLO, La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo “stigma penale” e la presunzione di innocenza, in Giur. cost., 2015, p. 421 e ss.; F. VIGANÒ, La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione, in Diritto Penale

fini potenzialmente più ampi del mero scrutinio sul caso concreto. Si ricordi, infatti, al di là delle criticità connesse a simile approccio, che, a dispetto della natura eminentemente casistica della sua giurisprudenza, in *Costa e Pavan c. Italia*, la Corte di Strasburgo parlava di «incoerenza di sistema»¹¹ e di «sistema legislativo»¹², alludendo, quindi, non tanto e non solo, alla fattispecie concreta dedotta in giudizio.

Se, quindi, la Corte costituzionale non ragiona di un'incompatibilità con i diritti convenzionali alla luce della condanna in *Costa e Pavan c. Italia*, dall'altro, però, mutua da quella pronuncia tutti gli argomenti a sostegno dell'accoglimento della questione, che vengono ripresi nella pronuncia secondo una chiave di lettura "interna", di respiro costituzionale.

La decisione n. 96 ammette, infatti, che «sussiste [...] un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto, che le denunciate disposizioni oppongono, all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette [...] da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili [...] di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni. E ciò in quanto, con palese antinomia normativa [...] il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la [...] modalità della interruzione volontaria [...] di gravidanze naturali»¹³.

Analogamente, la Corte pone l'accento sulla lesione del diritto fondamentale alla salute della donna, costretta a sottoporsi ad un intervento interruttivo di gravidanza, non potendo beneficiare di un'informazione circa lo stato di salute dell'embrione in una fase di sviluppo antecedente alla formazione del feto; e ciò «[s]enza peraltro che il vulnus, così arrecato a tale diritto, possa trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto»¹⁴.

Si tratta degli stessi due argomenti, l'incoerenza del divieto di accesso alle tecniche procreative artificiali opposto alle coppie fertili e la tutela della salute della donna in relazione alla scelta di avere o di non avere un figlio, che ricorrono nella sentenza del Giudice convenzionale e che la Corte costituzionale richiama puntualmente nella sua decisione.

Contemporaneo, 2015; M. BIGNAMI, Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente, in *Diritto penale Contemporaneo*, 2015; A. RUGGERI, Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015; D. TEGA, La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015; V. ZAGREBELSKY, Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione, in *Rivista AIC*, 2015; D. PULITANÒ, Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.

¹¹ Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, [Seconda Sezione], 28.08.2012, § 64, «[t]he Court cannot but note that the Italian legislation lacks consistency in this area. On the one hand it bans implantation limited to those embryos unaffected by the disease of which the applicants are healthy carriers, while on the other hand it allows the applicants to abort a foetus affected by the disease».

¹² *Ibidem*, § 65, 71, «[h]aving regard to the above-described inconsistency in Italian legislation on PGD, the Court considers that the interference with the applicants' right to respect for their private and family life was disproportionate».

¹³ Corte cost. sent. n. 96 del 2015, punto n. 9 del Cons. in Dir.

¹⁴ *Ibidem*.

Stupisce, allora, che la Corte costituzionale non abbia impiegato le norme convenzionali interposte e, in particolare, l'art. 8 CEDU così come interpretato in *Costa e Pavan c. Italia*, per rafforzare il proprio intervento ablativo e per istituire una relazione coerente tra le due pronunce e tra le due Corti. E, ancora di più, appare, poi, oscura la scelta di dedicare ampio spazio al tema dell'efficacia diretta (solo in via eccezionale) della Convenzione e, per essa, delle sentenze della sua Corte, quando la questione di costituzionalità, così come impostata dai remittenti, non offriva il fianco a simili opzioni ricostruttive¹⁵, ben chiarendo, nelle due ordinanze di rimessione, i giudici *a quibus* la doverosità di un intervento del Giudice costituzionale come imposto a partire dalle c.d. sentenze gemelle, nn. 348 e 349 del 2007¹⁶.

Piuttosto, ci si poteva attendere un approfondimento intorno alle ragioni che negano a *Costa e Pavan c. Italia* quella valenza di "diritto consolidato" CEDU e che rendono opportuna la prospettazione della questione di costituzionalità alla Corte, non appalesando, viceversa, una vincolatività, anche solo di carattere sostanziale, per il giudice comune; un profilo che, pur non risolvendone le intrinseche criticità¹⁷, sarebbe stato d'ausilio all'interpretazione del controverso concetto di "diritto consolidato CEDU" portato alla ribalta dalla sentenza n. 49 del 2015.

Anche in questo caso, tuttavia, la decisione n. 96 ha scelto di non includere il profilo del ritenuto contrasto con il livello sovranazionale di tutela dei diritti nel proprio sindacato, limitandosi a fare uso della tecnica dell'assorbimento e accentuando, così facendo, i dubbi di quanti ritengono incerto il quadro dei rapporti tra giudici, costituzionale e comune, e Giudice sovranazionale¹⁸.

Sebbene si condivida l'opinione di quanti hanno guardato con favore ad uno scrutinio imperniato sui soli parametri interni¹⁹, verrebbe, però, da osservare che una simile opzione non sarebbe stata oscurata se accompagnata dall'accertamento della violazione *anche* dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione alle norme convenzionali invocate dai remittenti.

¹⁵ Di diverso avviso, G. REPETTO, La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute, cit., che ritiene che "[q]uesta scelta, che pure potrebbe destare stupore, merita invece di essere accolta positivamente, perché esprime – senza alimentare sterili contrapposizioni con la CEDU e col suo giudice – l'insostituibilità del contributo di valore che può venire in taluni casi dal catalogo costituzionale dei diritti».

¹⁶ Corte cost. sent. n. 348 del 2007, in Giur. cost., 2007, p. 3475 e ss.; Corte cost. sent. n. 349 del 2007, in Giur. cost., 2007, p. 3535 e ss.

¹⁷ Condivide e argomenta le criticità della ricostruzione dei rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e giudici comuni offerta dal Giudice costituzionale nella decisione n. 49 del 2015, V. ZAGREBELSKY, op. cit. L'A., criticata l'opzione per la formulazione linguistica di "diritto consolidato", osserva che «[n]on è dunque utile tentare di codificare gli indici secondo i quali pesare la forza dei precedenti o la loro debolezza, ai fini della definizione del contenuto dell'obbligo assunto dallo Stato con la ratifica della Convenzione e ai fini dell'art.117 Cost. Utile ed anzi indispensabile è valutare la pertinenza del precedente rispetto al caso da decidere. Necessario è comunque tener presente che sia il giudice ordinario, sia la Corte costituzionale (ma anche il legislatore) devono evidentemente evitare di esporre lo Stato a responsabilità internazionale, con decisioni interne che ignorino o forzino l'orientamento interpretativo della Corte europea. Sul punto rilevano sia quanto la Corte costituzionale ha sottolineato nella sentenza n.349/2007 [...] sia i conseguenti meccanismi finalizzati ad assicurare l'adempimento delle pronunce della Corte europea».

¹⁸ Su cui, M. D'AMICO, La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della decisione sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia, in Forum di Quaderni costituzionali, 2015.

¹⁹ In questo senso, si veda, C. TRIPODINA, Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica, op. cit.

In definitiva, l'impiego della tecnica processuale dell'assorbimento, in questo caso, del principio che lega il sistema nazionale a quello sovranazionale di tutela dei diritti, come già nella sentenza n. 162 del 2014²⁰ in tema di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, lascia adito ad alcune perplessità sull'uso che il Giudice costituzionale fa del parametro *ex art. 117, comma 1, Cost.*; e ciò sembra avvenire, soprattutto, quando la Corte costituzionale si trova ad intersecare il proprio giudizio con sentenze della Corte di Strasburgo contro l'Italia di fronte alle quali la valorizzazione costituzionale del sistema di tutela sovranazionale dei diritti cede il passo all'esigenza del Giudice delle leggi di riappropriarsi del ruolo di primo (unico?) guardiano nella garanzia dei diritti fondamentali.

3. Irragionevolezza ma, come in Costa e Pavan, assenza di discriminazione tra coppie: assorbimento oppure interpretazione restrittiva di Corte cost. n. 151 del 2009?

Il secondo tema di interesse della decisione investe, poi, il silenzio serbato dalla Corte sulla supposta violazione dell'art. 3, comma 1, Cost., sotto il profilo dell'irragionevole discriminazione tra coppie, prodotta dalle norme oggetto, a fronte dell'apertura al ricorso alle tecniche procreative in favore delle coppie – così si legge testualmente nella pronuncia – «in cui l'uomo risulti affetto da malattie virali contagiose per via sessuale»²¹.

²⁰ Corte cost. sent. n. 162 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2563 e ss. A commento, si vedano, M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione "eterologa". Analisi e problemi*, Milano, 2014; Commenti alla decisione di A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta Online, Studi*, 2014; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta Online, Studi*, 2014; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 2014; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro 'pilastro': illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

²¹ Si ricordi, incidentalmente, che l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per le coppie in cui l'uomo sia portatore sano di una malattia sessualmente trasmissibile di aver accesso era stata introdotta dalla Linee Guida, adottate *ex art. 7, l. n. 40/2004*, con Decreto del Ministero della Salute, in data 11 aprile 2008. Le nuove Linee Guida sono state adottate a seguito della decisione con cui il T.A.R. del Lazio ha annullato, dichiarandone l'illegittimità, le Linee Guida del 2004, poiché «in violazione dell'art. 13 della l. 40/2004, consentirebbe[ro] indagini solo di tipo 'osservazionale' sullo stato di salute degli embrioni in vista del loro impianto, laddove il cit. art. 13 della l. 40/2004, pur affermando un generale divieto di sperimentazione sugli embrioni umani, consentirebbe la ricerca, la sperimentazione e gli interventi indispensabili per finalità terapeutiche e diagnostiche, se opportunamente rivolti alla tutela della salute ed allo sviluppo degli embrioni medesimi». T.A.R. del Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2008, cit. p. 155. Per un commento alla decisione, si veda F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita o procreazione medicalmente obbligata? Brevi note sulla sentenza della sezione III T.A.R. Lazio n. 398 del 21 gennaio 2008*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2740 e ss.

Invero, le due ordinanze di rimessione modulavano diversamente la non manifesta infondatezza della questione rispetto all'art. 3, comma 1, Cost., richiamando, quale *tertium comparationis*, non soltanto le coppie in cui l'uomo sia affetto da una patologia a trasmissione sessuale, bensì anche, e per prime, le coppie sterili e infertili destinatarie della legge n. 40 del 2004.

Nelle ordinanze del Tribunale di Roma si legge, infatti, che le norme oggetto «contrast[ano] con l'art. 3 anche sotto il profilo della discriminazione delle coppie fertili, portatrici di malattia geneticamente trasmissibile, rispetto alle coppie sterili o infertili (o in cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili), che invece possono ricorrere alle tecniche di P.M.A.»²². Si tratta di opzione che riflette l'argomento assunto dai giudici *a quibus* a presupposto della questione sollevata – la legittimità della diagnosi genetica pre-impianto nell'ambito delle tecniche procreative artificiali ex legge n. 40 del 2004²³ – e su cui, in verità, il Giudice costituzionale non si sofferma, lasciando spazio a più di qualche perplessità.

La prima deriva dall'omessa riproduzione integrale nel *Ritenuto in fatto* dei profili di violazione del principio di eguaglianza. La Corte, infatti, non si esprime, nemmeno andando, eventualmente, a sconfessare la premessa della piena legittimità della diagnosi genetica pre-impianto che, peraltro, se non ammessa, poco avrebbe giustificato l'interesse ad agire delle coppie fertili nell'ambito del giudizio *a quo*, poi sfociato in quello costituzionale. Ed, infatti, l'interesse delle parti alla decisione costituzionale poggiava proprio sul ritenuto accesso alla diagnosi genetica pre-impianto, rispetto alla quale le tecniche di procreazione artificiale costituiscono un inevitabile passaggio, ma non l'obiettivo immediato.

Quanto, poi, questa modalità di ricostruzione parziale dei profili della questione di costituzionalità rappresenti l'antecedente logico del successivo assorbimento dell'invocata censura del principio di eguaglianza invocato dai remittenti è aspetto altrettanto dubbio.

Ci si potrebbe chiedere, in altri termini, se il legame tra l'omessa riproduzione integrale dei profili della questione e il ricorso alla tecnica processuale dell'assorbimento sottenda alla volontà della Corte di negare il presupposto del ragionamento dei rimettenti, ovvero la legittimità della diagnosi pre-impianto per le coppie sterili e infertili; oppure, ancora, se sia o meno espressione di un'interpretazione restrittiva della sentenza n. 151 del 2009²⁴, ovvero entrambi.

Secondo una certa opzione interpretativa condivisa dai remittenti, infatti, la sentenza n. 151 del 2009 avrebbe risolto incidentalmente anche il tema dell'ammissibilità della diagnosi genetica pre-impianto

²² Tribunale di Roma, ordinanza di rimessione, n. 86 del 2014.

²³ Invero, entrambe le ordinanze di rimessione dedicano appositamente un paragrafo al tema della praticabilità della diagnosi genetica pre-impianto nell'ambito dell'impianto normativo delineato dalla legge n. 40 del 2004.

²⁴ Corte cost. sent. n. 151 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1656 e ss. In dottrina, tra i molti, si rinvia a, M. D'AMICO, La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche. Il punto di vista dei giuristi, in M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale, Milano, 2010, p. 216 e ss.; M. MANETTI, Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1688 e ss.; C. TRIPODINA, La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la 'Costituzione che non vale più la pena difendere', in *Giur. cost.*, 2009, p. 1700 e ss.; E. DOLCINI, Embrioni nel numero 'strettamente necessario': il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 963 e ss. Per un'analisi complessiva della vicenda che ha originato il giudizio costituzionale, M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale, cit.

per avere la Corte escluso che l'impianto degli embrioni fecondati nell'ambito delle tecniche c.d. omologhe potesse arrecare un pregiudizio per la salute della donna²⁵ e richiedendo che i futuri genitori fossero messi in condizione di conoscere lo stato di salute del o degli embrioni fecondati nella fase antecedente all'impianto²⁶.

Quali che ne siano le ragioni, resta il fatto che la decisione costituzionale in commento omette qualsiasi motivazione sul punto, e non casualmente, forse, non richiama la sentenza n. 151 del 2009, e, come già il Giudice europeo in *Costa e Pavan c. Italia*, conclude per l'assorbimento.

A differenza del Giudice costituzionale, però, la Corte europea esplicitava chiaramente il carattere superfluo dello scrutinio sulla dedotta violazione dell'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 8 CEDU, a motivo del divieto, a suo modo di vedere, assoluto e come tale riferibile a tutte le categorie di coppie, di accesso alla diagnosi genetica pre-impianto²⁷.

Su questo punto, viceversa, la Corte costituzionale tace e non sposa, almeno esplicitamente, la tesi della Corte di Strasburgo. Vero è che la questione di costituzionalità aveva ad oggetto le norme della legge n. 40 del 2004 che delineano i requisiti, oggettivi e soggettivi, di accesso alle tecniche, le uniche, quindi, rilevanti nei giudizi *a quibus*, ma è altrettanto innegabile che l'impostazione della questione poggiava su un presupposto – la piena cittadinanza della diagnosi genetica pre-impianto nell'ambito della normativa in tema di procreazione artificiale – che la Corte costituzionale non sembra, viceversa, accogliere così pacificamente nella sentenza in commento.

A parziale "discolpa" della Corte valga, però, considerare che le due ordinanze di rimessione, per parte loro, avrebbero potuto essere costruite meglio, soprattutto quanto alla definizione del *thema decidendum* e al profilo afferente alla supposta discriminazione tra coppie, che i remittenti poggiano sul solo versante dell'accesso, riservato a quelle sterili o infertili ma non a quelle fertili, alle tecniche procreative artificiali e non anche su quello della praticabilità, a monte, della diagnosi genetica pre-impianto. L'*excursus* giurisprudenziale, contenuto nelle ordinanze, sull'ammissibilità della diagnosi genetica pre-impianto, non a caso di pronunce che avevano interessato l'art. 13²⁸ della legge n. 40

²⁵ Nuovo testo art. 14, comma 3, l. n. 40 del 2004.

²⁶ Nuovo testo art. 14, comma 5, l. n. 40 del 2004.

²⁷ Cfr., Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, cit., §§ 58-59.

²⁸ La Corte costituzionale, peraltro, aveva già avuto occasione di esprimersi sulla legittimità della diagnosi genetica pre-impianto con riferimento alle coppie sterili e infertili con l'ordinanza n. 369 del 2006 (in *Giur. cost.*, 2006, p. 3831 e ss.), concludendo per l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., sull'art. 13 della legge n. 40 del 2004 «nella parte in cui non consente di accertare, mediante la diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna ammessa alla procedura di procreazione medicalmente assistita siano affetti da malattie genetiche, di cui i potenziali genitori siano portatori, quando l'omissione di detta diagnosi implichi un accertato pericolo grave ed attuale per la salute psico-fisica della donna». La dottrina ha particolarmente criticato la scelta della Corte costituzionale di arrestarsi prima di uno scrutinio nel merito, che le avrebbe consentito di intervenire su uno dei nodi più controversi della l. n. 40 del 2004, chiarendo in modo definitivo i rapporti tra la normativa in materia di fecondazione medicalmente assistita e quella in tema di interruzione volontaria di gravidanza. A commento, si vedano M. D'AMICO, Il giudice costituzionale e l'alibi del processo, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3859 e ss.; A. CELOTTO, La Corte costituzionale "decide di non decidere" sulla procreazione medicalmente assistita, in *Giur. cost.* 2006, p. 3846 e ss.; C. TRIPODINA, Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita (riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale), in *Giur. cost.*, 2006, p. 3849 e ss.; A. MORELLI, Fecondazione assistita: quando la Corte decide di non decidere, in *Quaderni costituzionali*, 2007, p. 154 e ss.

del 2004 e non, viceversa, le norme sospette di incostituzionalità nei giudizi *a quibus*, non incide, infatti, – se non in chiave argomentativa in relazione alla non manifesta infondatezza – sulla rilevanza della questione, che resta ancorata, come ovvio, alle norme oggetto della questione su cui la Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi, “lasciando fuori” il tema della praticabilità della diagnosi genetica pre-impianto. In accordo con simile proposta di lettura, la Corte si sarebbe, così, limitata ad un’applicazione rigorosa del principio del rispetto tra chiesto e pronunciato: la questione di costituzionalità non investiva, forse erroneamente, anche il proprio antecedente logico, ossia la piena liceità della diagnosi genetica pre-impianto per le coppie sterili o infertili, e la Corte costituzionale non si è di conseguenza espressa sul punto.

A complicare ulteriormente l’analisi si pone poi, e con questo si giunge alla seconda perplessità, la peculiare costruzione del dispositivo che non fa menzione della diagnosi pre-impianto. La Corte costituzionale censura, infatti, le norme oggetto, «nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all’art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 [...] accertate da apposite strutture pubbliche». In proposito, non si comprende perché, a fronte di una motivazione in cui ricorre un riferimento unitario all’accesso alle tecniche di PMA «con diagnosi preimpianto», quasi a volerne sottendere la piena legittimità, si rinunci, però, a simile formulazione linguistica proprio nel dispositivo.

In definitiva, la sentenza sembra non voler prendere posizione sul “passato” (?) e controverso dibattito intorno alla legittimità della diagnosi genetica pre-impianto per le coppie sterili e infertili e ci consegna una pronuncia lacunosa che, forse, potrebbe addirittura dare spazio a futuri ripensamenti sulla stessa praticabilità della diagnosi genetica pre-impianto – eventualmente chiamando in causa, questa volta, l’art. 13 della legge n. 40 del 2004 – non solo per quelle fertili, ma per tutte le categorie di coppie.

Pur a fronte delle criticità, di cui si è detto, connesse alla impostazione della questione di legittimità costituzionale da parte dei giudici *a quibus*, che, forse, nelle intenzioni ricomprendeva più di quanto effettivamente chiesto alla Corte, il silenzio serbato dal Giudice costituzionale sul tema della praticabilità della diagnosi genetica pre-impianto rende, infatti, incerti gli effetti della sua pronuncia, così come la sua stessa funzionalità ai diritti delle coppie fertili, ma portatrici sane di patologie geneticamente trasmissibili, destinati – laddove si riproponessero in futuro questioni di costituzionalità sull’ammissibilità in termini generali della diagnosi genetica pre-impianto – a restare impregiudicati dalla decisione in commento.

4. Osservazioni conclusive

Nel complesso, la sentenza n. 96 si dimostra una decisione criptica e poco incline a disvelare le ragioni delle proprie scelte argomentative; un atteggiamento che appare particolarmente evidente in relazione al sistema convenzionale, rispetto al quale la Corte costituzionale manifesta quasi un disinteresse sul piano del diritto sostanziale.

In verità, la scarsa incidenza, almeno sul piano formale, della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è sconfessata da una pronuncia che, come già detto, riproduce nei contenuti tutti gli argomenti di *Costa e Pavan c. Italia*, sebbene in modo meno coerente della sentenza europea.

A questo, si aggiungano gli ulteriori nodi problematici della decisione, incentrati prevalentemente su un dispositivo che, come messo in luce, non elimina alla radice tutti i dubbi che circondano l'effettiva praticabilità della diagnosi genetica pre-impianto in Italia e che apre non trascurabili questioni applicative, a partire dalla individuazione delle strutture "pubbliche" entro cui sarà lecita simile pratica diagnostica²⁹ sino al carattere costituzionalmente imposto dell'addizione proposta; questioni applicative, su cui, tuttavia forse poco avrebbe potuto intervenire il Giudice costituzionale e che, ancora una volta, appalesano l'inadeguatezza delle opzioni legislative confluite nel testo originario della legge n. 40 del 2004.

Insomma, sul futuro della diagnosi genetica pre-impianto ci sarà ancora da dire; non meno importante, da questo punto di vista, sarà poi il suo intreccio con la vicenda dei divieti che tuttora circondano la ricerca scientifica sperimentale sugli embrioni, su cui la Corte costituzionale – ancora una volta dopo una sentenza della Corte di Strasburgo e, questa volta, la sua parziale chiusura sul punto³⁰ – sarà chiamata a dire la sua³¹.

²⁹ Sul punto, si rinvia a I. PELLIZZONE, L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale, in www.forumquadernicostituzionali.it, 2015.

³⁰ Ci si riferisce alla pronuncia della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Parrillo c. Italia*, n. 46470/11, 27.08.2015 con commento di M. D'AMICO, cit.

³¹ Si intende richiamare la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze con ordinanza n. 166 del 2013 del 7.12.2012, e avente ad oggetto l'art. 13, l. n. 40 del 2004, per contrasto con gli artt. 9, 32 e 33, comma primo, Cost., l'art. 13, commi 1, 2, 3, 6 e ultimo comma, in relazione agli artt. 2, 3, 13, 31, 32, 33, Cost. e dell'art. 6, comma terzo, in tema di irrevocabilità del consenso alle tecniche di PMA dopo che sia intervenuta la fecondazione dell'ovulo, per violazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost. La Corte costituzionale, nella volontà di attendere la sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha sospeso il giudizio costituzionale e ha fissato l'udienza pubblica per il 22.03.2016.

Corte costituzionale e transgenerismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni

Carla Maria Reale*

ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT AND TRANSGENDERISM: THE IRREDUCIBLE VARIETY OF INDIVIDUAL SITUATIONS

ABSTRACT: The law concerning transsexuality was approved in Italy in 1982. The text is ambiguous, as it does not explicitly require any surgical intervention nor sterility of the person, but it mentions «modification of sexual characteristics». For a long time this statement was interpreted by judges in a very strict way, as if implying for a trans-sexual person to have undergone a major operation and be sterile in order to gain legal gender reassignment. In the last two years this jurisprudential trend was challenged by some courts, with decisions in favour of transgender people claiming their right to be recognized under the law without harming their physical integrity. In July 2015 the Court of Cassation (Italy's court of last resort) endorsed this judicial approach. Finally, on the 21st of October the Constitutional Court decided the issue raised by the Court of Trento, rejecting the doubt that the provision as worded was unconstitutional because it can and must be interpreted in conformity with the Constitution. In its judgment the Court stated that surgical intervention cannot be considered to be a compulsory requisite for obtaining legal gender recognition. Furthermore, the Court acknowledged that each person has the right to choose how to achieve one's state of personal well-being and frame one's transition. This comment will discuss the main points of the decision and briefly speculate on its effects and future perspectives.

KEYWORDS: Legal gender recognition; Sterilization requirement; Gender identity; Transgenderism; Transgender parenthood

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Da transessualismo a transgenerismo: un percorso sociale, medico, giuridico. – 3. L'ordinanza di rimessione, una interpretazione della norma letterale e binaria. – 4. La decisione della Corte Costituzionale. – 5. Autodeterminazione e dignità: l'identità di genere nell'ordinamento italiano. – 6. Quale seguito per questa interpretativa di rigetto? – 7. Alcune brevi considerazioni finali.

*Dottoressa in Giurisprudenza con indirizzo Transazionale ed Europeo presso l'Università degli Studi di Trento. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

1. Introduzione

Con una interpretativa di rigetto depositata in data 5 novembre 2011, la Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 2015, ha posto fine agli interventi chirurgici sui caratteri sessuali primari come necessaria preconditione per l'accesso alla riattribuzione¹ del genere anagrafico. La pronuncia si pone nel solco di una tendenza internazionale che muove verso una crescente sensibilità ed incisività del diritto nei confronti di esperienze di vita minoritarie e talvolta complesse, degne e bisognose di eguale tutela.

2. Da transessualismo a transgenderismo: un percorso sociale, medico, giuridico

Recentemente, a fianco dell'affermazione dei movimenti arcobaleno per la rivendicazione di pieni diritti delle persone lesbiche, gay e bisessuali, vediamo sorgere nuova attenzione per le questioni che coinvolgono tutte le persone che non si conformano alle aspettative sui generi. Al riguardo, assistiamo alla caduta del paradigma binario che aveva caratterizzato l'emergere e l'affermarsi del c.d. *fenomeno transessuale*², verso una maggiore consapevolezza della complessità delle singole situazioni. Sinteticamente, potremmo affermare che sta avvenendo uno spostamento dal concetto di transessualismo a quello di transgenderismo, inteso sia come termine con il quale si indicano tutte quelle persone che, pur mettendo in discussione i ruoli di genere imposti in base al sesso di assegnazione alla nascita, non sentono la necessità di intervenire sui propri organi riproduttivi o sull'apparato genitale, oppure anche come un termine ombrello³, capace dunque di ricomprendere in sé molteplici identità e pratiche che attraversano e rompono i confini socialmente costruiti di sesso e genere.

Se le identità transessuali nascono e si definiscono come tali all'interno del quadro medico intorno agli anni '50 con lo sviluppo delle terapie ormonali *cross-sex* e degli interventi chirurgici di riattribuzione del sesso, è dagli anni '80 che l'ambito giuridico vi si interessa, adottando l'approccio delle scienze mediche. Espressione di ciò è la legge n. 164 del 1982, la terza in Europa dopo Svezia e Germania a introdurre la possibilità di modificare la propria attribuzione di sesso. La norma nasce in un contesto in cui le persone transessuali trovano spazio solo all'interno di un quadro medico fortemente tipizzato, attraverso una procedura predeterminata e macchinosa che dopo numerosi *step* consentirà a questi soggetti reputati affetti da disturbi dell'identità di genere, di rientrare

¹ Il termine riattribuzione è da preferirsi alla terminologia rettificazione, impropriamente in uso nella norma, sia per questioni di coerenza del dettato legislativo come anche per meglio distinguere simili casi da quelli di intersessualismo. Come facevano già notare infatti Patti e Will, il termine rettificazione implica un errore iniziale che venga corretto con effetti *ex tunc*, mentre la legge prevede una modificazione che comporti effetti *ex nunc*. S. PATTI, M. R. WILL, *Commentario alla legge n.164/1982*, in *Nuove leggi civili*, 1983, 35.

² Così è intitolato il celebre libro dello studioso Benjamin, il primo di fatto a dare una definizione moderna della condizione transessuale. H. BENJAMIN, *Il fenomeno transessuale*, Roma, 1968.

³ S. STRYKER, *My Words to Victor Frankenstein above the Village of Chamounix: Performing Gender*, in *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 3,1994, 250-251. Stryker fu probabilmente la prima a parlare di termine ombrello, ma tale figura verrà largamente usata, la si trova ad esempio in: S. WHITTLE, *Respect and Equality, Transsexual and Transgender Rights*, Londra, 2002, 22; P. CURRAH, *Transgender Rights*, Minneapolis, 2006, 4; R. VITELLI, P. VALERIO (a cura di), *Sesso e genere: uno sguardo tra storia e nuove prospettive*, Napoli, 2012, 71; A. LORENZETTI, *Diritti in transito: La condizione giuridica delle persone transessuali*. Milano, 2013, 20.

all'interno della dicotomia del maschile e del femminile. Negli ultimi anni tuttavia, la sensibilità sociale ed anche medica intorno al tema è mutata, aprendo alla consapevolezza che la molteplicità delle singole esperienze non potesse che risultare ingabbiata da schemi medici e giuridici così fortemente dicotomici e alla necessità di far spazio a tutte le molteplici sfumature delle identità transessuali e transgender, rivalutate come *esperienze umane significative*⁴. Sia in ambito medico-psicologico, che in ambito giuridico è stata approfondita la questione della depatologizzazione della condizione transgender e delle relative procedure per il riconoscimento giuridico dell'identità di genere di tali persone.

Nell'ultima versione del DSM, il Manuale diagnostico statistico dei disturbi mentali redatto dall'American Psychiatric Association (in sigla APA), DSM-5, aggiornato al 2013, la condizione trans viene rimossa dal capitolo raggruppante i *Disordini sessuali* e costituisce un capitolo a parte. Questo, insieme al passaggio da *Disordine dell'identità di genere* a *Disforia di genere*, segnala la volontà dell'APA di sottrarre le persone trans allo stigma sociale che le circonda, allo stereotipo che le vedrebbe come disturbate, ed inoltre questa è la prima versione del manuale che prende in considerazione l'esistenza di identità non-binarie. È stato sottolineato come la *Disforia di genere* sia una condizione di stress clinicamente significativa, associata alla non conformità di genere, che non costituisce di per sé una condizione mentale patologica⁵. Non tutte le persone che non si conformano alle aspettative sociali sul sesso/genere assegnato alla nascita (c.d. *gender non-conforming people*), infatti, soffrono di disforia di genere. Ma molte persone transgender soffrono del c.d. *minority stress*⁶, condizione di natura sociale che porta questi soggetti ad essere più vulnerabili e facilmente soggetti ad ansia e depressione e sperimentare conflitti nei rapporti familiari o nella sfera dei pari. Si cerca di porre maggiormente l'attenzione sul fatto che tali sintomi non siano inerenti alla condizione transessuale o transgender di per sé, ma al contesto sociale in cui questa condizione è vissuta⁷. Il discorso sull'inquadramento della condizione trans si ripropone per l'elaborazione della nuova versione dell'ICD (ICD-11), prevista per il 2018.

Da un punto di vista giuridico la questione è stata affrontata nell'ultimo quinquennio sia sul versante internazionale che su quello domestico. Nella Risoluzione 2048 (2015) l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa parla di un'emergenza riguardante il diritto a vedere riconosciuta la propria identità di genere, esprimendo preoccupazioni per la violazione dei diritti umani delle persone trans, perpetrata tramite la medicalizzazione della condizione trans, la sterilizzazione coatta, il divorzio imposto. Simili preoccupazioni erano già state precedentemente espresse nel 2013 all'interno del Rapporto del Relatore speciale delle Nazioni unite sulla tortura e altri trattamenti o pene crudeli, disumane e degradanti, Juan E. Mendez, in cui la sterilizzazione forzata delle persone transgender

⁴ P. MARCASCANO, *Elementi di critica trans*, Roma, 2010, 11.

⁵ Si può consultare al riguardo il rapporto stilato dall'APA sulla disforia di genere, disponibile al link <http://www.dsm5.org/documents/gender%20dysphoria%20fact%20sheet.pdf> (visitato il 7.01.2016).

⁶ Vivere una condizione trans vuol dire spesso essere circondati da grande stigma sociale, la condizione trans è spesso vista come una scelta pretestuosa, la persona trans è ritenuta malata ed instabile e per questo incapace di coltivare affetti nella sfera familiare o di mantenere rapporti lavorativi rilevanti: E. RUPINI, *Le identità di genere*, Roma, 2009, 32.

⁷ Così afferma l'organizzazione mondiale per la salute delle persone transgender: WPATH, *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender- Nonconforming People*, 2012, 4-6.

viene annoverata fra i trattamenti crudeli, inumani e degradanti⁸. Nel recente caso *Y.Y c. Turchia*⁹ discusso dinnanzi alla Corte Europea dei diritti dell'uomo – da non considerarsi un caso sulla sterilizzazione forzata *tout court*¹⁰ – e in particolare nella *dissenting opinion* dei giudici Keller e Spano si legge che, concordemente al *trend* internazionale riscontrato nelle pronunce di organi costituzionali di diversi Paesi europei, è necessario ridurre al minimo i margini di discrezionalità in merito al requisito della sterilità in capo agli Stati. La sterilizzazione forzata *de facto* viene definita pratica invasiva con conseguenze gravi ed irreversibili che incide su aspetti fondamentali del diritto alla vita privata. Per questo i due giudici sottolineano la necessità di approfondire la questione di compatibilità che sorge in relazione all'art. 8 della CEDU. Il trend di cui si parla in tale pronuncia è infatti evidente. Diversi Paesi europei¹¹ su iniziativa dei legislatori nazionali o a seguito di pronunce giurisprudenziali, spesso di autorevoli corti¹², hanno modificato le proprie normative in materie,

⁸ A/HRC/22/53, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Juan E. Méndez, 1 febbraio 2013, par. 78.

⁹ Corte EDU, *Y.Y. c. Turchia*, 10 marzo 2015, Ricorso n. 14793/08. Per alcuni commenti si veda: P. DUNNE, *YY v. Turkey: Infertility as a Precondition for Gender Confirmation Surgery*, in *Medical Law Review*, 2015, 1-14; A. DEL GUERCIO, *Il riconoscimento giuridico dell'identità di genere delle persone transgender, tra sterilizzazione imposta e diritto all'autodeterminazione. Il caso Y.Y. c. Turchia e le cautele della Corte europea*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 9, 2015, 441-452; D. ZANNONI, *Y.Y. c. Turchia: i requisiti per il cambiamento anagrafico di genere*, in *Articolo 29*, <http://www.articolo29.it/2015/y-y-c-turchia-i-requisiti-per-il-cambiamento-anagrafico-di-genere/> (visitato il 7.01.2016), 29 settembre 2015.

¹⁰ Infatti il caso, erroneamente spesso rappresentato come un caso riguardante il requisito di sterilizzazione forzata, riguarda invece la sterilità come condizione di accesso agli interventi chirurgici di rassegnazione del sesso. Nel caso di specie il ricorrente è un uomo transgender a cui la Turchia negava l'autorizzazione all'intervento chirurgico di riattribuzione del sesso a causa del fatto che lo stesso non fosse sterile. Dopo quasi 10 anni dalla prima istanza in tal senso del ricorrente ed una serie di vicende complesse, finalmente la Turchia accoglie la richiesta e autorizza l'intervento chirurgico. Il caso turco si colloca in un panorama peculiare ed anomalo: infatti, se la sterilità è generalmente apprezzabile in seguito ad interventi chirurgici di conversione sessuale, qui l'incapacità di procreare del soggetto veniva in oggetto come prerequisito essenziale per l'accesso a tali interventi. Tale requisito appare assolutamente immotivato agli occhi della Corte, non necessario in una società democratica. La Corte conclude asserendo che la lunga negazione dell'accesso ai trattamenti medico-chirurgici perpetrata da parte della Turchia ai danni del ricorrente è contraria all'articolo 8 della CEDU.

¹¹ Ad esempio legislazioni *ad hoc* di stampo progressista sono presenti in Gran Bretagna, Portogallo, Spagna, Danimarca, Paesi Bassi, Svezia. In tutti questi Paesi il riconoscimento giuridico dell'identità di genere non è subordinata a trattamenti chirurgici sui genitali, né al raggiungimento dell'incapacità procreativa. È generalmente, tuttavia, prevista la necessità di una diagnosi medica di disforia di genere, accompagnata talvolta da un numero minimo di anni di terapia di tipo ormonale (ed esempio nel caso spagnolo Legge 15 marzo 2007, n.3, *Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*). Degna di menzione anche la legislazione adottata in Danimarca, che non solo non annovera il requisito della sterilizzazione, ma ha anche eliminato la necessità di diagnosi di tipo medico e autorizzazioni giudiziarie.

¹² Nel 2011 la Corte federale costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*, 11 gennaio 2011, 1 BvI 3295/07) dichiara incostituzionale la previsione di sterilizzazione imposta alle persone trans: un soggetto non può essere costretto a subire trattamenti chirurgici invasivi, con grave perdita della funzionalità, cambiamenti fisici e uno scombussolamento generale circa la percezione di sé e del proprio corpo, per veder riconosciuta la propria identità di genere. Anche qui la Corte afferma che le preoccupazioni di ordine pubblico circa la genitorialità trans devono cedere di fronte al diritto all'integrità fisica e all'autodeterminazione delle persona trans. Ugualmente in Austria in cui prima una corte amministrativa e poi la Corte costituzionale (*Verwaltungsgerichtshof*, VmGH, 2008/17/0054, 27 gennaio 2009), escludono la necessità di fornire prova di aver eseguito chirurgia di riattribuzione del genere, essendo bastevole la componente identitaria del soggetto.

rendendo meno gravose le procedure per l'ottenimento dei nuovi documenti. Esempio anche che sia l'Europa la culla della legislazione oggi più avanzata in materia di identità ed espressioni di genere: si fa riferimento alla legge maltese, il GIGESC¹³ (*Gender Identity, Gender Expression and Sexual Characteristics Act*). Per quanto certamente Malta non sia «l'amico ricco di esperienza»¹⁴, cioè un modello giuridico a cui gli altri Paesi guardano per prestigio, non avendo fino ad ora goduto di grande ruolo nel processo di circolazione dei modelli, questo tuttavia non osta al rilevamento dell'emersione di una sensibilità tutta europea in merito¹⁵.

Su questa scia si colloca la pronuncia in commento della Corte costituzionale, avente ad oggetto una norma che indubbiamente nasce all'interno di una visione ormai desueta del fenomeno, ma che al contempo appare duttile nel proprio dispositivo letterale, che come vedremo è stato oggetto di diverse interpretazioni.

3. L'ordinanza di rimessione, una interpretazione della norma letterale e binaria

La questione veniva sollevata dall'ordinanza n. 228 del Tribunale di Trento datata 20 agosto 2014, la quale indirizzava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della l. 164/1982 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*), primo comma, rispetto agli artt. 2, 3, 32 della Costituzione e all'art. 117 Cost., in relazione alla violazione dell'art. 8 della CEDU. L'articolo oggetto

¹³ Il GIGESC ha previsioni che statuiscano il diritto alla propria identità di genere per ciascun individuo ed a ciò connesso il diritto ad avere dei documenti identificativi che a essa corrispondano. Per usufruire del diritto al riconoscimento della propria identità di genere non può essere domandato di fornire prova di aver subito sterilizzazione, interventi chirurgici di riassegnazione del sesso, trattamenti ormonali o altre procedure mediche, psicologiche o psichiatriche. La riattribuzione di genere anagrafico e del prenome del soggetto avviene su istanza della/o stessa/o, tramite una dichiarazione che contenga una inequivoca e informata statuizione circa il fatto che la propria identità di genere non corrisponde a quella assegnata alla nascita. Vi sono inoltre interessanti previsioni sia sui minori *transgender* che *intersex*.

¹⁴ Tale dicitura viene ripresa da un intervento inedito di Aharon Barak, *Comparative Law, Originalism and the Role of a Judge in a Democracy: A Reply to Justice Scalia*, Fulbright Convention del 29 gennaio 2006 ed è riportata da G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2006, 301.

¹⁵ Che ben possiamo rintracciare ad esempio nell'introduzione della sospensione di giudizio per l'assegnazione del sesso a bambini e bambine intersessuali in Germania. Da maggio 2013 possibile sospendere la compilazione della casella riguardante il sesso nel registro dello stato civile quando il genere del bambino o della bambina non è chiaro. Ciò è avvenuto con il *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz - PStRÄndG)* del 7 maggio 2013 (BGBl. I S. 1122, 2240). Tale previsione è stata fortemente criticata dagli attivisti intersessuali perché non ritenuta comunque in grado di risolvere l'empasse relativo alla condizione ambigua dato che continuerebbe di fatto a lasciare l'esito della procedura di assegnazione del genere alla nascita in mano alla discrezionalità medica; è stato inoltre affermato che la previsione risulta comunque stigmatizzante. Risulta essere parimenti interessante a tali fini speculativi una recentissima sentenza del *Tribunale de Grande Instance de Tours*, Francia, che ha riconosciuto la possibilità ad una persona intersessuale di scrivere nel proprio stato civile "sesso neutro". *Tribunale de Grande Instance de Tours, Deuxieme Chambre Civile*, 20 agosto 2015 Sentenza disponibile a questo link: <http://www.pitcho.fr/site/wp-content/uploads/2015/10/Cliquez-ici-pour-la-d%C3%A9cision-du-TGI-Tours-20-ao%C3%BBt-2015.pdf> (visitato il 7.01.2016). Una traduzione in italiano della sentenza è disponibile al seguente link: [http://www.retelenford.it/images/Traduzione sentenza del 20 AGOSTO 2015 del Tribunale di Tours.pdf](http://www.retelenford.it/images/Traduzione%20sentenza%20del%20AGOSTO%202015%20del%20Tribunale%20di%20Tours.pdf) (visitato il 7.01.2016).

di censura prevede che la rettificazione avvenga in forza di sentenza del tribunale a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali e viene interpretato dal Tribunale di Trento in senso letterale/originalista. Con tale dicitura, si fa riferimento a quella particolare prassi ermeneutica instauratasi presso numerosi tribunali di merito (che a lungo è stata l'interpretazione giurisprudenziale preminente¹⁶) secondo cui la lettera della norma, a fronte di una mancata specificazione della tipologia dei caratteri sessuali da essa stessa menzionati, avrebbe implicitamente fatto riferimento ai caratteri sessuali primari. Ciò implica necessariamente che un intervento chirurgico incidente sulla configurazione dei genitali dei soggetti coinvolti diviene, seppur nella nebulosità della norma, requisito *ex lege* per la modificazione degli atti di stato civile e, dunque, in ultima istanza per il riconoscimento dell'identità stessa dalla persona transessuale e transgender. Per supportare simile interpretazione, il Tribunale di Trento riporta il testo dell'art. 31, comma 4: «Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico il tribunale lo autorizza con sentenza». La lettera di tale disposizione, a detta del Tribunale (che si fa portatore di un'interpretazione corroborata da molte corti di merito), pur apparentemente consentendo il trattamento medico-chirurgico come eventualità, va interpretato alla luce del contesto normativo, da cui si deduce che una simile dicitura nasce dall'esistenza di casi concreti in cui queste modificazioni siano già avvenute (si tratta ad esempio dei casi riguardanti soggetti sottoposti ad interventi all'estero), che si configurano come le uniche eventualità possibili in cui l'intervento chirurgico appaia eventuale e superfluo. Si delinea in tal modo una norma che, pur nell'apprestare tutele e rimedi, pone come proprio assunto l'evento binario dei sessi, desiderando coprire quelle situazioni in cui i soggetti coinvolti desiderino riscrivere nel paradigma dicotomico del maschile e del femminile tramite intervento di rassegnazione chirurgica del sesso, ma non lasciando alcuno spazio giuridico alle identità transgender.

Infatti il Tribunale, nel caso di specie trova di non poter procedere alla rettificazione degli atti riguardanti lo stato civile del ricorrente, uomo transgender sottoposto a trattamenti ormonali e chirurgia sui caratteri sessuali meramente secondari. Tuttavia l'assetto legislativo così come inteso, che non trova a detta del giudice *a quo* possibilità alcuna di diversa interpretazione, è soggetto, ad opinione del medesimo, a censure di matrice costituzionale. Nel testo dell'ordinanza il giudice rimettente rende comunque atto dell'evoluzione della dimensione transgender nella sua complessità, notando come la previsione di interventi chirurgici invasivi di modificazione dei caratteri primari si collochi in una visione ormai desueta. Si legge come il fine ultimo del riconoscimento sociale dell'identità della persona transgender sia il raggiungimento dell'equilibrio psico-fisico della

¹⁶ Le pronunce su questa linea interpretativa sono molteplici, si citano solo a titolo esemplificativo: Trib. Taranto, 26.6.2013, in *Articolo 29*, <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-di-taranto-prima-sezione-civile-sentenza-del-26-giugno-2013/> (visitato il 7.01.2016); App. Napoli 15.03.2013, in *Articolo 29*, <http://www.articolo29.it/decisioni/corte-di-appello-di-bologna-prima-sezione-civile-sentenza-del-22-febbraio-2013/> (visitato il 7.01.2016); Trib. Pavia 2.2.2006 in *Foro Italiano*, 5, I, 2006, 1596; Trib. Catanzaro, 19.10.2005, in *Articolo 29*, <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-di-catanzaro-prima-sezione-civile-sentenza-del-19-ottobre-2005/> (visitato il 7.01.2016); Trib. Monza 29.9.2005 in *Articolo 29*, <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-di-monza-sentenza-del-29-settembre-2005-8-novembre-2005/> (visitato il 7.01.2016); Trib. Messina 5.12.1985, in *Giustizia civile*, I, 1986, 2571; Trib. Monza, 25.10.1983, in *Foro Italiano*, I, 1984, 582; Trib. Trieste, 21.12.1982, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2, 1983, 666; Trib. Milano, 2.11.1982 in *Foro Italiano*, I, 1984, 582.

stessa, da realizzarsi tramite modificazione dei dati anagrafici e non tramite riassegnazione sessuale sul piano anatomico, che non sempre è desiderata. Al fine di perseguire l'esigenza di certezza del diritto sarà solamente necessario proseguire alla modificazione dei documenti della persona¹⁷, che da soli possono svelarci il genere del soggetto con cui interagiamo, non dovendosi di certo proseguire ad un'ispezione dei suoi organi genitali (almeno ciò in un Paese civile, a detta del giudice *a quo*). Del resto lo stesso non manca di sottolineare come i trattamenti medici resi obbligatori da una simile previsione legislativa siano molto rischiosi per la salute umana (profilo riguardante l'art. 32 Cost.). Con riferimento all'art. 8 della CEDU viene citata la giurisprudenza delle Corte Europea dei diritti dell'uomo in merito al diritto all'identità sessuale, con il caso *Goodwin* ed il caso *Pretty c. Regno Unito* per quanto concerne il «diritto per ciascuno di decidere i particolari della propria identità di essere umano». Per quanto riguarda le censure intorno all'art. 2 della Costituzione, il giudice *a quo* fa riferimento ad una serie di pronunce costituzionali che delineano la figura di un soggetto libero nell'esercizio dei diritti che lo concernono come essere umano, diritti costituzionalmente tutelati che appartengono a quel nucleo duro dei valori fondanti della Costituzione, dunque immodificabili. All'interno di tale quadro viene collocato il diritto alla propria identità sessuale ed il diritto a vedere la stessa riconosciuta dai consociati in virtù di solidarietà sociale, ma anche la libertà sessuale come espressione alta della persona umana.

4. La decisione della Corte Costituzionale

Procediamo all'analisi particolareggiata del testo della sentenza della Corte costituzionale. In primis, la Corte argomenta nel senso dell'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità della questione costituzionale sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, affermando che il giudice *a quo* abbia effettivamente tentato di esperire interpretazione conforme a Costituzione, reputando però di dover escludere una simile possibilità a seguito di un *iter* interpretativo che, seppur non articolato nell'argomentare contro posizioni alla stessa difformi, viene ritenuto sufficiente dalla Corte, che decide dunque di entrare nel merito della questione.

Con la formula «la questione non è fondata nei sensi di cui in motivazione» la Corte emana una significativa interpretativa di rigetto, in linea con la recente giurisprudenza di sparuti tribunali di merito e dalla Corte di cassazione¹⁸, tracciando una linea di continuo con la propria precedente sentenza in materia (n. 161/1985). La legge 164 del 1982 viene definita un intervento legislativo di carattere generale e fortemente innovativo, che accoglie una nozione di sesso dinamica, nelle parole

¹⁷ In dottrina si discute peraltro dell'effettiva necessità della categoria di genere al fine dell'identificazione dei soggetti. Taluni auspicano ad esempio la scomparsa *in toto* di simile categoria dagli atti dello stato civile, si veda ad esempio D. BORILLO, *Le sexe et le Droit: de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi*, in *Jurisprudence critique*, 2, 2011, 282.

Alcune proposte concrete: suddividere gli atti dello stato civile non più in base ai due sessi ma all'ordine alfabetico (A-L) (M-Z), al riguardo A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., 225. Oppure ancora la possibilità di usare parametri di natura biometrica, ben in grado di restituire in maniera univoca l'identità della persona sulla base di variabili di tipo biologico o comportamentale, come ad esempio l'impronta digitale o la retina oppure l'impronta vocale o i movimenti del corpo. Al riguardo si veda L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, 45-55.

¹⁸ Cass., 20.07. 2015, n. 15138/2015.

della Corte costituzionale, come «dato complesso della personalità» da misurarsi quantitativamente, non qualitativamente, in base ai fattori dominanti. Sulla base di ciò, la disposizione all'art. 1 diviene una norma a perimetro variabile, in cui l'interprete ha un ruolo fondamentale nello stabilire le modalità di realizzazione delle modificazioni richieste, tenendo anche in considerazione le evoluzioni di una «civiltà giuridica attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana». È da escludersi dunque che, nella mancata menzione della tipologia dei caratteri sessuali, se primari o secondari, si debba leggere il necessario ricorso ad interventi di chirurgia, che costituiscono piuttosto una delle possibili tecniche per realizzare quell'adeguamento dei caratteri sessuali richiesto dalla norma. Questo in linea con quanto già affermato nella sentenza 161/1985, di cui la Corte non manca di riportare alcuni significativi passaggi, in cui si afferma che la norma non prenda in considerazione le modalità in cui le modificazioni si siano verificate.

La Corte menziona poi la necessità di tenere in considerazione «l'irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive» prediligendo schemi normativi flessibili, che diano la possibilità al singolo di scegliere le modalità del proprio percorso di transizione, con l'assistenza del medico e di altri specialisti. Riprende in tal senso quanto detto dalla Cassazione, che definisce la transizione un processo di autodeterminazione, evidenziandone i caratteri ancorati al nucleo della personalità individuale e sociale, che necessitano dunque di un appropriato bilanciamento con l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche. Con tali coordinate va anche letto il «Quando necessario» dell'art. 31 d.lgs. n. 150 del 2011, che la Corte reputa espressione della rinnovata volontà del legislatore di lasciare al giudice la possibilità di apprezzare l'effettiva necessità dell'intervento nel caso concreto. L'autorizzazione all'intervento chirurgico si configura dunque come funzionale alla realizzazione del diritto alla salute, ove lo stesso sia necessario alla persona per instaurare uno stabile equilibrio psico-fisico, in tutti quei casi dunque in cui il soggetto trans viva una situazione di conflitto/rifiuto nei confronti della propria conformazione genitale/anatomica. Questo quanto già precedentemente affermato dalla Corte nella sentenza n. 161/1985 in una prospettiva in cui la legge n. 164 del 1985 diviene emanazione del principio espresso all'art. 32 della Costituzione, sancendone l'ancoraggio al diritto alla salute di ciascun individuo. Allo stesso modo tuttavia, ove tale atteggiamento non si verifichi, possibilità che la Corte costituzionale prende ora in considerazione, dovrà essere consentito all'individuo, ancora al fine della tutela della propria salute, di non ricorrere all'intervento, intervento che si configura invece come uno dei possibili mezzi per conseguire il pieno benessere psicofisico, non come prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione. La corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, cede dunque innanzi alla piena tutela della salute dell'individuo. Questo passo compiuto dalla Corte necessita fra l'altro, ad opinione di chi scrive, di una ulteriore precisazione. Si vuole infatti far notare come, nella giurisprudenza fino a poco tempo addietro maggioritaria, che pur richiedeva l'intervento chirurgico come prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione, lo scollamento fra sesso anatomico e genere anagrafico avesse già luogo, dato che veniva considerato sufficiente un intervento che menomasse la capacità procreativa dei soggetti, pur lasciando inalterati i genitali esterni¹⁹, ponendo anche numerosi dubbi su quale fosse l'interesse tutelato da decisioni di un simile carattere.

¹⁹ Nell'indagine circa i caratteri sessuali i giudici sembrano essere andati alla ricerca di quel minimo comune denominatore che possa definire e distinguere un uomo e una donna, il «*contenuto minimo essenziale*» in

La Corte racchiude quanto detto nelle sue ultime affermazioni circa la portata della norma, che descrive come una sorta di *Giano bifronte*. La stessa infatti è garanzia nell'ordinamento di un esistente diritto all'identità di genere, espressione del diritto all'identità personale ampiamente riconosciuto nell'art. 2 della Costituzione e nell'art. 8 della CEDU, ed al contempo una norma strumentale alla piena realizzazione del diritto alla salute dell'individuo, anch'esso dotato di copertura costituzionale.

5. Autodeterminazione, salute e dignità, l'identità di genere nell'ordinamento italiano

La sentenza è da salutare con favore, per quanto non del tutto esente da potenziali spunti critici. Valevole di menzione l'adozione del termine identità di genere (già in uso nella sentenza della Cassazione più volte citata ed entrata nel nostro ordinamento tramite la Direttiva 2011/95/UE, il cui uso viene ora suggellato da tale autorevole pronuncia) da parte della Corte costituzionale, che va così a sostituire quella nozione di identità sessuale ormai reputata desueta, portando con sé le implicazioni di cui il termine genere si fa carico, nella sua forte accezione evolutiva. Per di più, un simile termine, così entrato a far parte della terminologia giuridica italiana, si riveste della qualifica di diritto inviolabile, come componente della personalità di ogni singolo individuo, tutelata dall'art. 2 della nostra Costituzione. Su un simile binario viaggia ancora l'affermazione dell'irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive, lontano da quel *diritto abominevole*²⁰ che attinge ad ideologie e luoghi comuni, e nella piena realizzazione di un ordinamento costituzionale improntato al personalismo ed al pluralismo dei valori e delle visioni – già definito insostituibile²¹ – che consente di riscrivere i concetti di dignità umana e autodeterminazione dall'ascolto dell'esperienza elementare dei soggetti coinvolti. In ciò la Corte sembra anche aver effettuato una corretta operazione nel non sottoporre a bilanciamento il principio personalista rispetto agli interessi della collettività coinvolta

grado di discriminare fra una transizione portata a termine con successo ed un adeguamento non sufficiente agli occhi dell'ordinamento giuridico. Non è stato ritenuto necessario che il soggetto acquisti capacità procreativa del sesso verso il quale si transita (ad esempio Trib. Trieste, 21.12.1982, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2, 1983, 666), come anche criterio fondamentale non è ritenuto essere la funzionalità dell'apparato genitale chirurgicamente costruito (ad esempio Trib. Monza, 25.10.1983, in *Foro Italiano*, 1984, I, 582; Trib. Milano, 2.11.1982 in *Foro Italiano*, I, 1984, 582), bastando l'acquisizione di una «sufficiente specificazione anatomica dell'altro sesso». Il nucleo duro, nella maggior parte delle sentenze, rimane la raggiunta impossibilità di generare nel sesso biologico originario. Infatti sulla base di criteri condivisi si reputano bastevoli: nel caso di persona transgender MtF la totale orchietomia e nel caso di transgender MtF una totale isterectomia (comprensiva di asportazione di utero, ovaie).

²⁰ Il diritto è abominevole quando si fa carico di "feroci" interdizioni, discriminazioni formalizzate, vere e proprie persecuzioni. Così Rodotà nella prefazione spiega il termine utilizzato nell'opera di M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011.

²¹ «Poiché non ci può essere superamento in una sintesi concettuale che fissi una volta per tutte i rapporti tra le parti, degradandole a meri elementi costitutivi di una realtà concettuale che le inglobi fissandole» Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi diritti giustizia*, Torino, 1992, 15.

quali sicurezza e certezza giuridica, principio che, in quanto elemento fondante l'ordinamento, non dovrebbe mai salire sul piatto della bilancia, ma essere mero parametro valutativo²².

Un profilo problematico potrebbe essere rappresentato «dall'ineludibile rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo». Sarà necessario, infatti, vedere come tale affermazione vivrà nelle pronunce dei giudici di merito. Appare interessante al riguardo riportare quanto detto dalla Cassazione, che parla di «accertamento rigoroso del compimento di tale percorso individuale» e di una «irreversibilità personale della scelta», diciture che indubbiamente pongono l'accento sull'elemento a carattere personale-psicologico, piuttosto che medico e soprattutto sull'autodeterminazione dei singoli coinvolti, lontano da pronunce che saggiavano l'avvenuta perdita di capacità procreativa dei soggetti interessati quale indice di definitività, senza la quale la decisione era di carattere sicuramente ostativo²³. Si segnali inoltre la possibilità di porre maggiormente all'attenzione della Corte Costituzionale la questione del rigoroso accertamento, su cui la stessa avrebbe occasione di soffermarsi con le ulteriori ordinanze di remissione sulla medesima questione attualmente pendenti²⁴. Infatti, a fronte di pronunce di tribunali di merito ancora restii ad accogliere pienamente il nuovo orientamento giurisprudenziale della Cassazione e della Corte costituzionale, nel senso di un maggiore accento sulla componente autodeterminativa presente all'interno della questione transgenere, sarebbe opportuno definire in maniera maggiore il perimetro di tale potere del giudice, onde evitare l'instaurarsi di prassi giurisprudenziali che sviliscano la portata delle pronunce.

6. Quale seguito per questa interpretativa di rigetto?

La tipologia di sentenza emessa dalla Corte necessita sicuramente di qualche considerazione. Innanzitutto è necessario fare un breve accenno alla questione dell'obbligo di esperire l'interpretazione conforme in carico al giudice rimettente. Questo è stato dalla Corte ritenuto assolto, seppure nell'ordinanza il giudice a quo non si sia soffermato molto sulle motivazioni per le quali l'interpretazione costituzionalmente conforme, peraltro possibile e già presente seppur in maniera minoritaria nella giurisprudenza di merito, fosse ritenuta non plausibile. Sulla base del ruolo che la Costituzione riveste nel nostro ordinamento, che è quello di limite esterno, la Corte costituzionale si è spesso trovata a ribadire il principio per il quale una dichiarazione di incostituzionalità non può essere fatta per la mera possibilità di una interpretazione non conforme alla Carta, affermando che la dichiarazione di incostituzionalità avrà luogo solo se è impossibile dare

²² A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in ID., "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XVII, Studi dell'anno 2013, Torino, 2014, 189 ss., anche come paper 28 agosto 2013, in *Federalismi.it*, 17. Disponibile al link <http://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=23066> (visitato il 7.01.2016).

²³ Così ad esempio la Corte d'appello di Bologna che nega la riattribuzione del genere anagrafico ad una ricorrente in virtù del fatto che la stessa non aveva totalmente eliminato la propria capacità riproduttiva "maschile", esponendo l'ordinamento a rischio di una nuova richiesta *a ritroso*, fatto che colloca l'istante in una sorta di terzo genere che non trova, a detta del giudice, alcuno spazio all'interno del nostro ordinamento, neppure dilatando al massimo la nozione di persona umana e diritto all'identità sessuale ex art. 2 Cost. App. Bologna 22.2.2013, in *Articolo 29*, <http://www.articolo29.it/decisioni/corte-di-appello-di-bologna-primasezione-civile-sentenza-del-22-febbraio-2013/> (visitato il 7.01.2016).

²⁴ Si fa riferimento alle ordinanze del Tribunale di Trento 8 aprile 2015 n. 184 e del 28 aprile 2015, n. 211.

una interpretazione costituzionalmente conforme²⁵. Ciò aveva portato la dottrina a prospettare, sulla base delle prassi di giustizia costituzionale consolidate²⁶, una pronuncia di inammissibilità della questione²⁷. La Corte ha invece ritenuto esperito da parte del giudice il tentativo di interpretazione conforme ed è entrata nel merito della questione. La sentenza emessa, stante la sua tipologia, non avendo un dispositivo di accoglimento non ha effetto erga omnes e peraltro l'efficacia di simili pronunce è stata oggetto di dibattiti ed asprezze in sede giurisprudenziale²⁸, con quella che è stata definita una vera e propria "guerra fra le corti"²⁹. La sentenza qui oggetto d'esame, appartenendo alla tipologia delle interpretative di rigetto tout court (con la classica formula «nei sensi in cui alla motivazione») gode comunque di un certo grado di persuasività sia per quanto presente nelle motivazioni che nel dispositivo, come è stato affermato, infatti, tali pronunce godono di un'autorità di precedente sempre crescente³⁰. È chiaro comunque che il successo e l'efficacia di simili decisioni, le cui ricadute sono comunque in termini indiretti e negativi, si regge su una collaborazione reciproca e bi-direzionale fra i giudici che spesso in passato è mancata, ed è stata proprio il motivo scatenante i conflitti a cui si accennava. Senza una simile collaborazione l'interpretativa di rigetto non avrà alcun

²⁵ Questo principio è stato per la prima volta affermato dalla Corte nella sentenza 356/1996. Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 356, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3096.

²⁶ Al riguardo si veda ad esempio R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo...anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, Relazione presentata al Convegno "La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive (a cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale), Roma 14 e 15 giugno 2006, reperibile nel sito dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, <http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/fontidiritto/romboli/interpretazionelegge.html> (visitato il 7.01.2016). Sul medesimo argomento si veda anche R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, 118 ss.

²⁷ Così ed esempio A. LORENZETTI, *Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni: le necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e sui prossimi sviluppi*, in *GenIUS, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere*, I, 2015, 185-188.

²⁸ Si fa riferimento alle celebri sentenze-trattato della Corte di cassazione Anagni e Pezzella. Entrambe le sentenze si pronunciano, seppur con differenti esiti sulle questioni della vincolatività nei confronti del giudice *a quo* delle interpretative di rigetto, della vincolatività nei confronti invece degli altri giudici, ed infine sul ruolo della Corte costituzionale e della Corte di cassazione nell'interpretazione della legge alla luce della Costituzione. Nella sentenza Anagni del 1998 si legge che il giudice *a quo* è vincolato solo negativamente da una interpretativa di rigetto, per quanto concerne invece tutti gli altri giudici gli stessi dovranno, se vorranno dissentire dall'interpretazione data dalla Corte costituzionale, motivare un simile dissenso e, ove ritenga di non aderirvi, ha il dovere di sollevare una nuova questione di costituzionalità. La pronuncia Pezzella del 2004 invece afferma l'esistenza, per il giudice *a quo*, di un mero vincolo negativo, mentre per quanto riguarda tutti gli altri giudici non ci sarebbe alcun effetto vincolante, essendovi in capo ai giudici ordinari il potere-dovere di interpretare autonomamente la legge, conformemente a quanto affermato dall'art. 101, 2° comma.

²⁹ Così già in occasione del primo episodio di questa tipologia, si veda ad esempio V. CRISAFULLI, *Ancora delle sentenze "interpretative" di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, 91. L'autorevole costituzionalista nel sopracitato articolo in riferimento all'episodio, parlerà anche di "dialogo fra due sordi". La questione riguardava una interpretativa di rigetto della Consulta volta a garantire l'estensione delle garanzie di difesa anche alla istruzione sommaria (n. 11/1965). A seguito del rifiuto della Suprema Corte di seguire l'interpretazione proposta, la Corte costituzionale intervenne con una sentenza interpretativa di accoglimento (n. 52/1965) per dichiarare incostituzionale la disposizione del codice di procedura penale così come vivente nella giurisprudenza di legittimità.

³⁰ Tali affermazioni di un Presidente di Corte costituzionale, sono riportate in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 166.

seguito, non essendo i giudici tenuti a seguire l'interpretazione proposta dalla Corte essendo più probabile (ma neppure obbligatorio) piuttosto che gli stessi si astengano dal dare seguito all'interpretazione censurata. Inoltre, a venire in rilievo in termini positivi sono la capacità persuasiva e l'autorevolezza delle motivazioni della Corte. Tenuto in considerazione quanto appena affermato, si prospetta un buon seguito per la decisione, dato che la stessa ben rappresenta un orientamento che seppur minoritario era già presente presso i tribunali di merito, corroborato ulteriormente dalla comunanza di visioni con la Cassazione siccome espresse nel luglio 2015, la cui funzione nomofilattica conferisce un importante ruolo nel consolidamento o nell'affermazione di orientamenti giurisprudenziali.

7. Alcune brevi considerazioni finali

In conclusione, con questa sentenza è stato compiuto un importante passo per la riaffermazione dei diritti dell'individuo all'interno dell'ordinamento, verso il tramonto di paradigmi desueti che impediscono significative evoluzioni in ambito giuridico, collocando l'Italia all'interno dello spazio costituzionale europeo, spazio a cui spesso negli ultimi anni il paese si è sottratto, proprio a causa di un arroccamento di matrice ideologica a cui il diritto non dovrebbe avere la tentazione di cedere.

La pronuncia, sebbene non superi i costrutti binari del genere in maniera esplicita, si pone comunque come un approdo nel percorso di destrutturazione della rigida dicotomia del maschile e del femminile, poiché legittima a livello giuridico l'esistenza di soggetti le cui risultanze anagrafiche possano non collidere con l'anatomia dei genitali, senza dover più imporre alle stesse ed agli stessi una "rassicurante" perdita della capacità procreativa legata alla propria biologia. Se il riconoscimento dei soggetti transessuali appare come la prima tappa del superamento del cisgenderismo *tout court* con l'abbandono del criterio dell'immutabilità del sesso, il riconoscimento delle identità transgender appare un fondamentale passaggio nell'ottica di un abbandono di categorie giuridiche fondate sul dualismo di genere ed indubbiamente un solco in quella che fino ad ora era stata una categorizzazione dogmatica.

La decisione è sicuramente significativa inoltre per le molteplici aperture rispetto alla dimensione transgender che ne scaturiranno, come ad esempio la dimensione dei rapporti familiari e di filiazione. La messa in discussione del binarismo di genere come irrinunciabile fondamento dell'ordinamento³¹ porterà infatti alla necessità di riqualificare in termini giuridici la maternità e la paternità, elementi socialmente sempre più distanti dai rigidi schemi sul genere e dalle aspettative sociali dagli stessi creati. Una simile esigenza viene tuttavia oggi posta in secondo piano: infatti, a fronte di un crescente

³¹ Al riguardo la Corte costituzionale belga, in un'importante pronuncia ha affermato «[L]a circostanza che la Costituzione attribuisca un'importanza particolare all'uguaglianza fra uomo e donna ... non ha come conseguenza che «il dualismo sessuale fondamentale del genere umano» possa essere considerato come un principio dell'ordine costituzionale belga. Nemmeno gli articoli 12 CEDU e 23 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici possono essere interpretati nel senso di obbligare gli Stati contraenti a considerare il "dualismo sessuale fondamentale del genere umano" come un fondamento del proprio ordine costituzionale.» *Cour d'arbitrage*, 20 novembre 2004, n. 159. La traduzione del passo sopra riportato è a cura di A. SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità, filiazione orientamento sessuale e diritto*, Milano, 2011, 37.

consensus intorno ai temi del riconoscimento giuridico dell'identità di genere, non vi è la parallela volontà di affrontare le questioni riguardanti la sfera familiare della persona transgender, dato che si potrebbe leggere come una semplice inerzia legislativa o una precisa volontà di non mettere in discussione determinati crismi del diritto di famiglia. Tuttavia simili geometrie relazionali taciute in via teorica riaffioreranno in maniera pragmatica nell' "*incerto mestiere di vivere*"³². Posto ad esempio che la sterilità di un soggetto non sia più condizione necessaria per accedere alla modifica del genere anagrafico, ben si potranno verificare casi in cui un soggetto di genere maschile porti avanti una gravidanza, situazione che difficilmente appare sussumibile alle norme vigenti. Ciò potrebbe portare ad un vuoto di tutela non solo nella situazione del genitore, ma soprattutto riguardante la o il minore, la/il quale vanta un interesse ad instaurare rapporti genitoriali che difficilmente potrà essere ignorato. In considerazione di ciò, in ottica evolutiva, appare opportuno— se non necessario— affermare che determinati istituti e determinate tutele che il diritto appresta dovranno essere riformulati in maniera tale da essere neutrali rispetto al genere di un soggetto, allontanando da sé lo spettro del determinismo derivante dal sesso biologico³³.

³² La dicitura viene mutuata da una pronuncia della Corte costituzionale del 28 novembre 2002, n. 494/2002 riguardante il riconoscimento di figli incestuosi. Quivi la Corte afferma che «La violazione del diritto a uno status filiationis, riconducibile all'art. 2 della Costituzione, e del principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali, è evidente e non richiede parole di spiegazione. Nessuna discrezionalità delle scelte legislative, con riferimento al quarto comma dell'art. 30 della Costituzione, che abilita la legge a dettare norme e limiti per la ricerca della paternità, può essere invocata in contrario: non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto.» E rigetta una concezione per cui le previsioni legislative in questione sarebbero «misura di ordine pubblico familiare» e «la discriminazione dei figli di genitori incestuosi varrebbe a tutela della concezione costituzionale stessa della famiglia, esigente che fatti tanto gravi come quelli di endogamia, dalla "coscienza sociale" considerati alla stregua di attentati all'ordine naturale dei rapporti interpersonali e, a certe condizioni, puniti come reato, restino fuori dell'ordine giuridico e non possano determinare l'attribuzione di *status filiationis*».

³³ In senso lato è ciò che è già accaduto, ad esempio, nel momento in cui il legislatore ha disciplinato i congedi parentali, nel Testo Unico sulla maternità e la paternità, che si pone come il culmine di un discorso costituzionalmente teso all'equiparazione dei coniugi e dei conviventi, soprattutto nei confronti della responsabilità per la prole, consentendo al padre come alla madre di assumere il ruolo di cura nei confronti dei figli.

«Funziona! non vi basta?».

A proposito delle conclusioni dell'indagine conoscitiva del Senato della Repubblica sul c.d. caso Stamina

Giacomo D'Amico*

*«Porro si quis recte procedat investigando, quae prius sunt investiganda, nulla interrupta concatenatione rerum, et sciat, quomodo quaestiones sint determinandae, antequam ad earum cognitionem accingamur, numquam nisi certissimas ideas, id est, claras et distinctas habebit. Nam dubitatio nihil aliud est, quam suspensio animi circa aliquam affirmationem, aut negationem, quam affirmaret, aut negaret, nisi occurreret aliquid, quo ignoto cognitio eius rei debet esse imperfecta. Unde colligitur, quod dubitatio semper oritur ex eo, quod res absque ordine investigentur»**
 B. SPINOZA, *Trattato sull'emendazione dell'intelletto*, § 80, in *Id.*, *Tutte le opere*, a cura di A. Sangiacomo, Bompiani, Milano, 2011, p. 154.

«FUNZIONA! NON VI BASTA?» ON THE CONCLUSIONS OF THE ITALIAN SENATE'S INQUIRY REPORT OF THE SO-CALLED "STAMINA CASE"

ABSTRACT: *The analysis of a parliamentary inquiry's report allows examining the critical steps of "Stamina case", i.e. an unconventional therapy based on use of mesenchymal stem cells. The failure of "extraordinary" experimentation (ex d.l. 24/2013) and the results of penal inquiries have obliged Italian Parliament to ask itself about reasons of illusory success of "Stamina method". The examined report offers many arguments to avoid a new "Stamina case", above all, legislative modifications and use of Daubert standard to value scientific proof.*

KEYWORDS: "Stamina method"; Mesenchymal stem cells; Italian Parliament; *Daubert* standard; Scientific evidence.

SOMMARIO: 1. All'origine del caso Stamina tra parvenze di efficacia e deficit di informazione. – 2. Cenni sullo strumento dell'indagine conoscitiva. – 3. Le proposte d'intervento formulate nel documento conclusivo dell'indagine conoscitiva. – 3.1. La scelta di un approccio multidisciplinare come unico criterio di indagine nei casi scientificamente controversi e l'inevitabile centralità del metodo scientifico. – 3.2. Le proposte di modifica della normativa in materia di provvedimenti cautelari. – 3.3. L'abrogazione parziale del decreto Balduzzi e la

* *Professore associato di diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina. Contributo sottoposto a referaggio.*

* «In verità, se si procede rettamente cercando ciò che dev'essere cercato per primo, senza interrompere la concatenazione delle cose, e si sa come vanno determinate le questioni, prima di accingerci alla loro conoscenza, non si avranno mai che idee certissime, cioè chiare e distinte. Infatti, il dubbio non è altro che la sospensione dell'anima circa una qualche affermazione o negazione, che sarebbe affermata o negata se non si presentasse qualcosa la cui ignoranza rende necessariamente imperfetta la conoscenza della cosa in esame. Se ne deduce che il dubbio nasce sempre dall'esaminare le cose senza ordine».

revisione del decreto Turco-Fazio. – 3.4. Lo standard *Daubert* e la sua attualità. – 3.5. L'indipendenza dei Comitati etici. – 4. Considerazioni conclusive.

1. All'origine del caso Stamina tra parvenze di efficacia e deficit di informazione

A distanza di qualche anno dalla fase “calda” della vicenda Stamina ci si potrebbe chiedere se sia ancora attuale parlarne e se valga la pena tornare a occuparsi delle cause che hanno determinato il clamore mediatico ad essa connesso¹. Se è vero, infatti, che è ormai trascorso più di un anno dalla presa d'atto da parte del Ministero della Salute del fallimento della sperimentazione (avviata *ex art. 2*, comma 2-*bis*, del d.l. n. 24 del 2013) e dal conseguente divieto di proseguirla², è altrettanto vero che solo negli ultimi mesi sono stati definiti, peraltro solo in parte, i profili penali della vicenda. Si tratta, come si vedrà, di decisioni che dall'accertamento dell'assenza di un fondamento scientifico del c.d. metodo Stamina traggono rilevanti conclusioni in termini di responsabilità penale delle persone, a vario titolo, coinvolte. In particolare, in alcune pronunce della Corte di cassazione³ sono contenute affermazioni dei giudici di legittimità che non lasciano spazio ad equivoci: «sulla base delle risultanze acquisite, è da ritenersi che le infusioni somministrate con il cosiddetto “metodo Stamina” siano, da un lato, *contra legem* e, dall'altro, pericolose o comunque non sicure per la salute umana» (sentt. n. 24242 e 24244 del 2015, entrambe par. 4 cons. dir.); «è stato riscontrato che numerosi pazienti, elencati dal giudice *a quo*, hanno denunciato l'assenza di effetti benefici e, in taluni casi, il peggioramento delle condizioni di salute. [...] Altri medici, pur avendo notato alcuni miglioramenti, non hanno saputo né potuto affermare che gli effetti benefici fossero imputabili al metodo Stamina» (sentt. n. 24242 e 24244 del 2015, risp. par. 6 e par. 7 cons. dir.); «al c.d. “metodo Stamina” non può annettersi validità scientifica» (sentt. n. 24242 e 24244 del 2015, risp. par. 9 e par. 10 cons. dir.); «manca dunque il presupposto stesso per documentare la scientificità del metodo propugnato» (sentt. n. 24242 e 24244 del 2015, risp. par. 10 par. 11 cons. dir.); «risulta abbondantemente dagli accertamenti in fatto e dall'acquisizione dei numerosi pareri tecnici sia dei consulenti del PM sia di personalità scientifiche [...] che il c.d. trattamento Stamina costituisca un medicinale tecnicamente imperfetto e somministrato in modo potenzialmente (e in alcuni casi anche concretamente [...]) pericoloso per la salute pubblica» (sent. n. 24243 del 2015, par. 4 cons. dir.); «il ricorso dietro pagamento a questa c.d. metodologia sperimentale non è avvenuto per caso bensì per l'azione induttiva del [...] e degli altri coindagati con lui associati che hanno approfittato della particolare debolezza psicologica dei familiari di persone affette da patologie particolarmente gravi per suscitare illusorie speranze» (sent. n. 46120 del 2015, par. 7 cons. dir.).

¹ Fra i primi commenti sul caso Stamina si segnalano M. TOMASI, *Scientia semper certa est? Jus numquam? e S. AGOSTA, Il c.d. metodo Stamina tra libero sviluppo della ricerca scientifica ed integrità della vita umana*, entrambi in www.confrontocostituzionali.eu, (risp. 27 giugno 2013 e 16 luglio 2013); G. D'AMICO, *Il volto compassionevole del diritto e la dura scientia. A proposito del «metodo Stamina»*, in *Quad. cost.*, 2, 2013, 420 ss.

² Cfr. provvedimento del Responsabile della Direzione generale dei dispositivi medici e del servizio farmaceutico del Ministero della Salute, 4 novembre 2014.

³ Cass. pen., sez. VI, sentenze nn. 24242, 24243, 24244 del 2015; Cass. pen., sez. II, sentenza n. 46120 del 2015.

Questo sintetico stralcio delle pronunzie esaminate consente, già di per sé, di considerare chiusa la vicenda Stamina; ciò nondimeno, è proprio in questi casi, in cui il fattore emotivo condiziona ogni valutazione, che la memoria dell'opinione pubblica, specializzata e non, si è rivelata corta. Se non fosse così, probabilmente non si sarebbero ripetute ciclicamente vicende come quelle del siero immunomodulante di Bonifacio, della multiterapia anticancro Di Bella e, da ultimo, del trattamento basato sull'infusione di cellule staminali mesenchimali, secondo il c.d. metodo Stamina. In sostanza, «la fragilità emotiva e la credulità speranzosa, che ineluttabilmente si accompagnano agli stati morbosi più severi»⁴, specie se a prognosi infausta, rischiano di determinare un effetto di rimozione nei confronti di precedenti esperienze e di alimentare ignobili speculazioni «ammantate di connotazioni sperimentali palesemente inconsistenti e finanche dannose»⁵.

La pseudoscienza⁶ o la *junk science*⁷ non operano solo in fase *construens*, cioè nel senso di dare basi scientifiche a trattamenti che ne sono privi; esse si muovono anche nella direzione *destruens*, cioè di screditare terapie autorizzate attraverso la diffusione di risultati di verifiche fallaci (sembra essere questo il caso dell'asserita correlazione causale tra il vaccino trivalente e l'autismo). Ecco allora l'importanza di ritornare a riflettere su queste vicende per coglierne, a mente fredda, le cause scatenanti, le modalità di svolgimento e soprattutto gli antidoti. Non si tratta, certamente, di un compito facile anche perché, in ognuno dei casi prima richiamati (Siero di Bonifacio, multitrattamento Di Bella, metodo Stamina), una minima parvenza di efficacia del trattamento praticato ha accresciuto le aspettative di cura dei malati e dei loro familiari, determinando, attraverso la capacità amplificatrice dei mass-media, una forte pressione sul legislatore e sui giudici⁸.

Le vicende richiamate sono ormai abbastanza note ma occorre ricordare come si tratti dei casi più rilevanti, verificatisi in Italia, in cui la scienza medica è stata chiamata a confrontarsi con trattamenti asseritamente volti a curare gravi patologie attraverso il ricorso a pratiche terapeutiche dall'oscuro contenuto, dalla dubbia fondatezza e fortemente contestate dalla comunità scientifica. L'apparenza di efficacia, di cui sopra si è detto, ha fatto passare in secondo piano la segretezza del contenuto del trattamento, l'incertezza sulla sua validità e la forte avversione degli scienziati. A ciò si aggiunga l'effetto emotivo esercitato sui pazienti e sui loro familiari, che ha inciso sia nell'accrescere

⁴ F. BUZZI, G. TASSI, *La «supremazia» dei giudici, la sudditanza della scienza medica e la cedevolezza della governance amministrativa e politica in materia di trattamenti sanitari impropriamente qualificati come «compassionevoli»*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2/2014, 425.

⁵ F. BUZZI, G. TASSI, *op. cit.*, 415.

⁶ Di *pseudoscienze* discutono E. CATTANEO, G. CORBELLINI, *Taking a stand against pseudoscience*, in *Nature*, vol. 510, 2014, 333 ss. Di ambito meta o pseudoscientifico, a proposito della vicenda Stamina, parla anche G. FONTANA, *I limiti alla ricerca scientifica: il «caso Stamina»*, in AA.VV., *La ricerca scientifica tra possibilità e limiti*, a cura di A. Iannuzzi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 175.

⁷ Di *junk science* ha parlato, tra i primi, P. HUBER, in *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, New York, 1991.

⁸ Sull'operato dei giudici nel caso Stamina si rinvia a D. PARIS, *I rischi di una giurisprudenza «compassionevole». Riflessioni sull'operato della magistratura ordinaria nel caso Stamina*, in www.forumcostituzionale.it (31 luglio 2015). In particolare, sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Taranto e sulla conseguente decisione della Corte si rinvia a G. SERENO, *Il «caso Stamina» all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in www.osservatorioaic.it, gennaio 2015, spec. 8 s., C. NARDOCCI, *Caso «Stamina: la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, e G. D'AMICO, *Caso «Stamina»: la lotta per la «salute»*, entrambi in *Quad. cost.*, 1, 2015, risp. 160 ss. e 157 ss.

l'apparenza di efficacia del trattamento sia nel produrre manifestazioni di protesta anche piuttosto violente. Si è arrivati al punto che, nella fase più calda della vicenda Stamina, la questione della fondatezza scientifica del trattamento si è trasformata in un problema di ordine pubblico, con evidenti ripercussioni sull'azione del Governo e del Parlamento.

L'aperta aversione della comunità scientifica e le titubanze del Governo e del Parlamento, nell'assumere una decisione sulla prosecuzione del trattamento per i malati che già l'avevano iniziato, anziché indurre a mettere in discussione la validità della terapia praticata, hanno dato ai creatori del c.d. metodo Stamina un'aurea di "curatori" disinteressati. Questi ultimi, dal canto loro, evocando oscure e indicibili ragioni dietro le richieste del Ministero della Salute di rendere pubblico il protocollo, hanno di fatto alimentato l'idea che si trattasse di una cura rivoluzionaria, avversata, già solo per questa ragione, dalla scienza ufficiale. Di qui il *refrain* «*Funziona! Non vi basta?*», utilizzato dai promotori del c.d. metodo Stamina⁹, al fine di troncarsi qualsiasi tentativo di approfondire le basi scientifiche (e in particolare quelle biologiche) dei fenomeni analizzati.

In sostanza, si è innescato un meccanismo perverso che ha finito con l'autoalimentarsi e con l'accrescere, piuttosto che con l'indebolire, le aspettative di cura dei malati. Peraltro, è singolare che la fiducia dei pazienti non sia vacillata neanche quando sono emersi i primi dubbi sulla reale efficacia del trattamento, oltre all'assenza di una specifica professionalità in ambito medico di uno dei creatori del metodo Stamina, al rigetto della richiesta di brevetto da parte delle autorità degli U.S.A. e ai numerosi dettagli portati alla luce dall'indagine giudiziaria.

In questa situazione, occorre riconoscere che solo la rigorosa presa di posizione da parte della comunità scientifica, un'azione decisa del Ministero della Salute e il rapido svolgimento delle indagini condotte dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino sono riusciti a bloccare il ricorso ai trattamenti con il c.d. metodo Stamina.

Oggi, a distanza di qualche mese, resta il fatto di non essere riusciti, a pochi anni dal c.d. caso Di Bella, a impedire che una vicenda analoga potesse ripresentarsi e condizionare, nel modo che si è tentato di riassumere, l'operato del Governo, del Parlamento e della magistratura. Di qui l'importanza del documento approvato dalla 12^a Commissione permanente (Igiene e Sanità) del Senato della Repubblica a conclusione dell'indagine conoscitiva su origine e sviluppo del c.d. caso Stamina, non solo a fini ricostruttivi della vicenda Stamina ma anche come strumento informativo per evitare che casi simili possano verificarsi in futuro.

Anticipando quanto si dirà più avanti, il documento conclusivo dell'indagine conoscitiva insiste sulla necessità di un potenziamento dei canali di informazione scientifica (si rinvia ai punti 5, 6 e 9 delle *Conclusioni e proposte d'intervento*¹⁰), confermando, per questo verso, che le modifiche normative volte a irrigidire i meccanismi di controllo rischiano di essere vanificate in assenza di un adeguato supporto di conoscenze scientifiche. Ma a essere insufficiente non è solo l'informazione in possesso degli operatori coinvolti a vario titolo (oltre ai medici e ai sanitari, il legislatore statale e regionale, le amministrazioni, i giudici e i giuristi in generale), è anche – e soprattutto – quella dei malati, dei loro

⁹ SENATO DELLA REPUBBLICA, *Documento approvato dalla 12^a Commissione permanente (Igiene e Sanità) nella seduta del 18 febbraio 2015 a conclusione dell'indagine conoscitiva su origine e sviluppo del cosiddetto caso Stamina*, Roma, 2015, 142.

¹⁰ SENATO DELLA REPUBBLICA, *op. cit.*, 150 ss.

familiari, di chi lavora nel mondo della comunicazione e dell'opinione pubblica, con la differenza che mentre è prevedibile che il paziente e il suo familiare, essendo emotivamente coinvolti, siano più facilmente vulnerabili da un'informazione scientifica scorretta, analogamente non può ragionarsi per gli altri soggetti indicati. Da questo punto di vista, «[u]na maggiore chiarezza sui margini di incertezza, soprattutto a livello di mezzi di comunicazione di massa, condurrebbe ad una maggiore consapevolezza da parte del largo pubblico dei limiti intrinseci all'arte medica; consapevolezza che potrebbe avere l'effetto concreto di inoculare maggiori dosi di realismo nelle aspettative diffuse verso la medicina [...]»¹¹.

2. Cenni sullo strumento dell'indagine conoscitiva

Prima di esaminare il merito delle proposte formulate a conclusione dell'indagine conoscitiva, pare utile svolgere alcune considerazioni sullo strumento utilizzato. Non sembra casuale, infatti, la scelta adottata dal Parlamento di indagare sul caso Stamina attraverso uno strumento non particolarmente incisivo rispetto all'inchiesta politica svolta da una commissione appositamente istituita, con «gli stessi poteri e le stesse limitazioni dell'autorità giudiziaria» (ex art. 82 Cost.). Com'è noto, l'indagine conoscitiva, ai sensi dell'art. 48, comma 1, del regolamento del Senato, è intesa «ad acquisire notizie, informazioni e documentazioni»¹² e «nello svolgimento di tali indagini, le Commissioni non dispongono dei poteri di cui al comma 5 dell'articolo 162 [quelli, appunto, dell'autorità giudiziaria], né hanno facoltà di esercitare alcun sindacato politico, di emanare direttive, di procedere ad imputazioni di responsabilità» (comma 2).

Pertanto, la commissione indagante, la 12^a permanente (Igiene e Sanità) del Senato, si è trovata nella difficoltà di acquisire informazioni senza avere i poteri delle commissioni d'inchiesta; ciò ha fatto sì che il buon esito delle audizioni sia dipeso dallo spirito collaborativo dei soggetti auditi e audendi¹³, che talvolta, specie quando direttamente coinvolti, non hanno offerto un contributo di conoscenze realmente utile. Peraltro, nel documento che qui si commenta, non mancano le critiche nei confronti del decreto-legge n. 24 del 2013 e, di riflesso, nei confronti del Governo che l'ha adottato; come pure, non manca l'indicazione di precise direttive per evitare che casi analoghi possano verificarsi in futuro. In sostanza, la commissione parlamentare non sembra aver rinunciato ad esercitare una forma, sia pure blanda, di sindacato politico, né a formulare direttive, come invece prescrive l'art. 48, comma 2, del regolamento del Senato.

Occorre aggiungere che l'avvio, solo a dicembre 2013, di una indagine conoscitiva pare piuttosto tardivo rispetto all'adozione del contestato d.l. n. 24 del 2013, mentre sarebbe stato, senz'altro, utile acquisire le informazioni e le documentazioni necessarie, prima dell'intervento governativo. È vero, altresì, che le specifiche ragioni di necessità e d'urgenza che hanno indotto l'Esecutivo ad adottare il

¹¹ C. CASONATO, *Diritto e scienze della vita: complessità, tentazioni, resilienza*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2, 2015, 284.

¹² Una formula analoga è contenuta nell'art. 144, comma 1, del regolamento della Camera dei deputati.

¹³ L'assenza di un obbligo a partecipare all'indagine conoscitiva, che pure, a prima vista, costituisce un limite della stessa, può costituire un vantaggio, consentendo alla commissione di «spingersi anche là dove non può giungere un'inchiesta parlamentare» (T. MARTINES, G. SILVESTRI, C. DE CARO, V. LIPPOLIS, R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, II ed., Milano, 2011, 348).

decreto-legge mal si conciliano con i tempi di una indagine conoscitiva, che non sono necessariamente lunghi ma di certo non possono essere contenuti in sessanta giorni. In ogni caso, anche per la considerazione del «pubblico interesse» che la vicenda Stamina ha assunto nel corso del tempo, sarebbe stato preferibile istituire una Commissione d'inchiesta con i relativi poteri, che, in linea teorica, può sempre essere istituita, quindi pure dopo la conclusione dell'indagine conoscitiva¹⁴.

Dunque, l'indagine condotta sul caso Stamina sconta questi due difetti di origine, individuabili nella debolezza dei mezzi a disposizione e soprattutto nella sostanziale tardività dell'attività conoscitiva. È da notare, peraltro, come la revisione (*recte*, abrogazione) del decreto 5 dicembre 2006 (c.d. Turco-Fazio) sia intervenuta quando ancora l'indagine parlamentare non si era conclusa. Tutto ciò, se, da un lato, ridimensiona la portata dell'attività condotta dalla Commissione parlamentare, dall'altro lato, non scalfisce il valore delle proposte formulate, la cui portata, come si vedrà, oltrepassa i confini della vicenda specifica.

Alla luce di quanto detto non pare implausibile ritenere che la scelta dello strumento dell'indagine conoscitiva abbia rappresentato una soluzione di compromesso, adottata al fine di ricostruire l'origine e lo sviluppo della vicenda in esame, pur rinunciando all'incisività che avrebbe potuto avere un'inchiesta politica. Tra l'altro, occorre notare che il ricorso alle indagini conoscitive è divenuto sempre più frequente negli ultimi anni¹⁵, con esiti non sempre apprezzabili, al punto che molto basso è il numero di quelle giunte a conclusione e di quelle per le quali è stato approvato un documento finale (che, peraltro, non è obbligatorio ai sensi del Regolamento del Senato). L'indagine conoscitiva sul caso Stamina è, quindi, una delle poche (addirittura solo due al Senato nell'attuale legislatura, escludendo quelle condotte dalle Commissioni bicamerali) concluse con l'approvazione di un documento finale. Anche a prescindere dagli esiti dell'indagine, vale la pena di sottolineare come il successo di questo strumento risieda principalmente nella sua flessibilità, cioè nella possibilità per le commissioni «di ascoltare liberamente, in una sede formale, senza alcuna limitazione e sulla base di un semplice invito (senza l'uso quindi dei particolari poteri delle commissioni d'inchiesta parlamentare), soggetti estranei al Parlamento, assicurando una relazione trasparente delle assemblee legislative con la società civile»¹⁶.

Dunque, nell'alternativa tra incisività dell'indagine e flessibilità, si è preferito la seconda, il che non appare del tutto irragionevole se si considera l'ampio spettro dei soggetti auditi e delle istituzioni coinvolte (dal responsabile degli Spedali civili di Brescia a quello dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali, dai ministri della Salute succedutisi negli ultimi anni ai rappresentanti delle Associazioni dei malati).

¹⁴ Questo caso si è verificato all'inizio degli anni '90 in relazione alle vicende della filiale BNL di Atlanta; cfr. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, 5^a ed., Milano, 2013, 735.

¹⁵ Secondo una recente analisi sarebbero state varate ben 114 indagini conoscitive da Camera e Senato negli ultimi due anni, cioè dall'inizio della XVII legislatura ad oggi (V. UVA, *In Parlamento sale la febbre «conoscitiva»*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 maggio 2015, 1 e 10).

¹⁶ L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, II ed., Bologna, 2013, 189. Negli stessi termini anche T. MARTINES, G. SILVESTRI, C. DE CARO, V. LIPPOLIS, R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, cit., 348.

3. Le proposte d'intervento formulate nel documento conclusivo dell'indagine conoscitiva

3.1. La scelta di un approccio multidisciplinare come unico criterio di indagine nei casi scientificamente controversi e l'inevitabile centralità del metodo scientifico

Fra le tante indicazioni che possono ricavarsi dal documento conclusivo dell'indagine conoscitiva spiccano, senz'altro, quelle di tipo metodologico che rappresentano, probabilmente, il nucleo centrale degli esiti dell'indagine. D'altra parte, è comprensibile che le questioni di metodo assumano un ruolo preminente¹⁷, in considerazione dell'estrema approssimazione e superficialità con cui il c.d. trattamento Stamina ha fatto ingresso nelle strutture ospedaliere pubbliche.

Nel caso di specie, l'importanza dell'approccio metodologico è, se possibile, amplificata dalle grandi potenzialità che l'utilizzo di cellule staminali sembra offrire, il che, se da un lato non consente di precludere alcun ambito di applicazione, dall'altro lato non può giustificare un loro impiego indiscriminato per la cura di patologie anche molto diverse fra loro, come invece il c.d. trattamento Stamina lasciava intendere. Queste specifiche caratteristiche delle terapie basate su cellule staminali richiedono quello che il documento che qui si commenta definisce «un approccio multidisciplinare integrato», un approccio, cioè, che tenga conto dei «tanti e diversi filoni di ricerca, di conoscenze, di tecniche, di regolamentazioni e controlli»¹⁸, ed in particolare del connubio fra biologia e medicina. È proprio sulla necessità di analizzare le basi biologiche dei fenomeni insiste il testo in esame, evidenziando come il prodursi di un qualche effetto (semplificativamente riassunto con l'espressione «*Funziona! Non vi basta?*») non sia di per sé sufficiente a suffragare la validità scientifica di una certa terapia.

Ma la multidisciplinarietà sopra richiamata non coinvolge solo medici e biologi, dovendo necessariamente riguardare anche il legislatore, il Governo e l'amministrazione sanitaria in particolare, i bioetici, i giudici e i giuristi in generale. In altre parole, l'indicazione che proviene dall'indagine della Commissione parlamentare è quella di un'ineludibile sinergia nell'operato di tutti gli «attori» a vario titolo coinvolti, in modo da giungere ad «una responsabile traslazione dei risultati della ricerca in applicazioni cliniche appropriate ed esclusivamente basate sulle evidenze documentabili, pubbliche e ripetibili»¹⁹.

Nel caso di specie l'«approccio multidisciplinare integrato» è tanto più necessario, quanto più insistenti sono le campagne mediatiche che, fungendo da cassa di risonanza dei minimi e fallaci effetti prodotti da una cura non convenzionale, finiscono con l'incidere non solo sulle aspettative di cura dei pazienti ma anche sulle valutazioni cui è chiamato il giudice adito. Da questo punto di vista, è assai difficile contenere o ridurre l'impatto sulle aspettative di cura dei pazienti e dei loro familiari, i quali, per il solo fatto di essere direttamente coinvolti, sono giocoforza condizionati nella valutazione. Al contrario, molto può e deve essere fatto per evitare che una parte della magistratura, pressata dal peso di una decisione da assumere in fretta e in solitudine e dalla quale si ritiene possa dipendere la vita di un individuo, finisca con l'alimentare aspettative non scientificamente fondate.

¹⁷ Sulle ragioni per le quali le decisioni metodologiche sono indispensabili si rinvia, in particolare, a K.R. POPPER, *La logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza* (1934), trad. di M. Trinchero, Torino, 1998, 32 ss.

¹⁸ SENATO DELLA REPUBBLICA, *Documento*, cit., 142.

¹⁹ *Op. et loc. ult. cit.*

Più in generale, il richiamo alla necessità di un «approccio multidisciplinare integrato» presuppone l'esigenza di non prescindere dal c.d. metodo scientifico; in altre parole, dietro la multidisciplinarietà dell'approccio, suggerita dalla Commissione, si muove il c.d. metodo scientifico che da Galileo Galilei in poi ha rappresentato l'unico presupposto di credibilità di ogni tipo di affermazione nel campo della ricerca scientifica. Discutere di metodo scientifico, però, non vuol dire entrare nel merito di un dibattito, lontano dal sopirsi, sulle concrete modalità di approccio alle questioni scientifiche controverse (ad es. in via induttiva o in via deduttiva), ma significa riconoscere l'imprescindibilità di alcune metodologie nello studio di tali questioni, prima fra tutte, la possibilità di svolgere controlli e di cercare riscontri alle affermazioni sostenute, il che, a sua volta, presuppone, la piena conoscibilità delle teorie o delle tecniche prese in esame. In sostanza, non si può prescindere dalla «struttura comunitaria della scienza, per natura stessa sottoposta a logiche argomentative e interpretative che si fondano su irrinunciabili presupposti di condivisione e trasparenza»²⁰. Tutto ciò è, banalmente ma significativamente, mancato nel caso Stamina, con la conseguenza che l'antiscientificità del c.d. metodo Stamina è sempre stata evidente agli operatori del settore²¹.

3.2. Le proposte di modifica della normativa in materia di provvedimenti cautelari

Al di là delle indicazioni metodologiche, il documento conclusivo dell'indagine conoscitiva è molto analitico nel suggerire alcune modifiche di natura strettamente processuale. Queste proposte riguardano i «giudizi civili d'urgenza o ordinari in cui vengono richiesti trattamenti terapeutici non ancora autorizzati dalla competente autorità sanitaria o non rispondenti alla normativa comunitaria, nazionale e regolamentare vigente»; il riferimento è non solo a eventuali giudizi futuri ma anche a quelli in corso. In particolare, il cuore delle proposte risiede nel riconoscimento della legittimazione passiva in questi giudizi al Ministro della Salute e alla competente autorità sanitaria in materia, e nella previsione della partecipazione obbligatoria del Pubblico Ministero, con il conseguente riconoscimento a quest'ultimo di tutti i poteri di impugnazione previsti dal codice di procedura civile.

La *ratio* di queste proposte è abbastanza chiara, puntando ad evitare quanto verificatosi sia in occasione della vicenda Stamina sia in relazione al caso Di Bella, cioè che siano promossi giudizi nei confronti di singole strutture sanitarie, le quali inevitabilmente finiscono con l'adottare una strategia difensiva volta a salvaguardare i loro interessi, che non sempre coincidono con quelli generali, direttamente coinvolti nelle vicende in esame. Da questo punto di vista, quindi, la proposta mira a colmare una lacuna processuale, riconoscendo la legittimazione a stare in giudizio alle autorità istituzionalmente deputate a rappresentare l'interesse generale in ambito sanitario. Nella prospettiva dell'interesse generale sotteso a queste vicende giudiziarie deve essere anche letta la previsione della partecipazione obbligatoria del Pubblico Ministero.

Dal testo del documento sembra che, nei giudizi di cui si discute, la legittimazione passiva debba essere riconosciuta solo al Ministro della Salute e alla competente autorità sanitaria in materia; in real-

²⁰ M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1, 2013, 83 s.

²¹ Di qui le numerose prese di posizione della comunità scientifica italiana e internazionale, e le denunce pubblicate, in particolare, dalla rivista *Nature*; in particolare si rinvia ad A. ABBOTT, *Stem-cell ruling riles researchers*, in *Nature*, vol. 495, 2013, 418 s. e *Smoke and mirrors*, in *Nature*, vol. 496, 2013, 269 s.

tà, è plausibile ritenere che questa eventuale previsione non escluda la partecipazione in giudizio della singola struttura sanitaria presso cui sono praticati i trattamenti oggetto della richiesta attorea. Qualche perplessità deve, inoltre, essere espressa con riguardo alla possibilità di applicare anche nei giudizi in corso le modifiche processuali di cui si è detto. È vero che il documento conclusivo ha cura di precisare che la proposta riguarda la possibilità di impugnare provvedimenti autorizzativi già emessi e in fase di esecuzione al momento dell'eventuale entrata in vigore della normativa suggerita. Questi provvedimenti potrebbero, però, essere impugnati per «violazione di norme comunitarie, di legge e regolamentari o in violazione di provvedimenti dell'autorità sanitaria nazionale o che comunque violino l'interesse generale e richiedano la pronta difesa dei pazienti». A prescindere dalla genericità di queste ultime formule, resta il fatto che oggetto dell'impugnativa sono provvedimenti che, al momento della loro adozione, ben potevano essere adottati (anche perché, se non fosse così, la modifica suggerita non avrebbe senso); da ciò sembra conseguire che l'eventuale "intromissione" del legislatore darebbe vita ad una deroga al principio *tempus regit actum*, di per sé non illegittima, ma che nel caso di specie lascerebbe qualche dubbio sulla sua conformità a Costituzione.

In generale, piuttosto che consentire l'annullamento dei provvedimenti autorizzativi già emessi, attraverso una impugnazione *extra ordinem*, sembra preferibile la strada – che poi è stata effettivamente percorsa – di una sospensione generale della possibilità di praticare un determinato trattamento sanitario, senza andare ad incidere sui giudizi in corso ma, di fatto, svuotando di contenuto i provvedimenti autorizzativi emessi.

3.3. L'abrogazione parziale del decreto Balduzzi e la revisione del decreto Turco-Fazio

Merita solo un rapido cenno la proposta di abrogazione parziale dell'art. 2 del d.l. n. 24 del 2013, conv. dalla legge n. 57 del 2013. In particolare, la Commissione Igiene e Sanità del Senato ritiene necessario che siano abrogati i commi 2 e 2-*bis* del suddetto art. 2. A ben vedere, si tratta però di due disposizioni che hanno esaurito la loro efficacia e che sono divenute sostanzialmente inapplicabili.

Il comma 2, infatti, prevede il completamento dei «trattamenti su singoli pazienti con medicinali per terapie avanzate a base di cellule staminali mesenchimali, lavorati in laboratori di strutture pubbliche e secondo procedure idonee alla lavorazione e alla conservazione di cellule e tessuti, [...] sotto la responsabilità del medico prescrittore, nell'ambito delle risorse finanziarie disponibili secondo la normativa vigente». Anche a tacer d'altro, è sufficiente notare come le risorse finanziarie siano state previste solo per gli anni 2013 e 2014 (in tal senso art. 2, comma 2-*bis*), il che rende di fatto inapplicabile la previsione di cui sopra.

Se poi si esamina il comma 2-*bis*, la sopravvenuta inapplicabilità è ancora più evidente, in considerazione del fatto che la sperimentazione (peraltro conclusasi negativamente a novembre 2014) doveva concludersi «entro diciotto mesi a decorrere dal 1° luglio 2013».

Resta il valore "simbolico" dell'eventuale abrogazione delle disposizioni in parola, cui sembra alludere, fra le righe, la Commissione quando scrive che queste norme costituiscono «esplicito riconoscimento nei confronti della *pratica illegale* di Stamina»²². Tuttavia, questa considerazione non sembra rendere strettamente necessaria siffatta abrogazione.

²² SENATO DELLA REPUBBLICA, *Documento*, cit., 148 (corsivi testuali).

Ben più rilevante è l'altra modifica suggerita, quella, cioè, relativa al decreto Turco-Fazio (decreto del Ministro della salute del 5 dicembre 2006), che va letta congiuntamente con la proposta di attuazione dell'art. 28, numero 2), del regolamento (CE) n. 1394 del 2007, relativo alla disciplina di medicinali per terapia avanzata preparati su base non ripetitiva²³. Al riguardo, occorre precisare che già il d.m. del 2006, se rigorosamente applicato, avrebbe potuto impedire l'espandersi del caso Stamina²⁴. Non è un caso che l'ordinanza dell'AIFA del 15 maggio 2012, con la quale è stato vietato di effettuare «prelievi, trasporti, manipolazioni, colture, stoccaggi e somministrazioni di cellule umane presso l'Azienda Ospedaliera Spedali Civili di Brescia in collaborazione con la Stamina Foundation ONLUS», sia stata adottata proprio sulla base dell'art. 1 del d.m. 5 dicembre 2006. Di ciò è consapevole la Commissione parlamentare che ne prende atto in più punti del documento conclusivo. Pertanto, le proposte suggerite nel documento conclusivo sono rivolte a stringere ulteriormente quelle maglie che, allargandosi in qualche punto, hanno consentito la stipula di un accordo di collaborazione tra l'Azienda Ospedaliera Spedali Civili di Brescia e la Stamina Foundation Onlus, volto a consentire la somministrazione del trattamento praticato da quest'ultima, al di fuori di una sperimentazione clinica.

Il riferimento è soprattutto ai criteri di «scientificità» del trattamento, ritenuti, a ragione, ambigui dalla Commissione, in quanto consistenti nella mera disponibilità di «dati scientifici, che ne giustifichino l'uso, pubblicati su accreditate riviste internazionali» (art. 1, comma 4, lett. a). La genericità della formula impiegata nel d.m. del 2006 ha fatto sì che una pubblicazione (poi retratta) su una rivista coreana abbia costituito l'unico fondamento della scientificità della terapia praticata. Per le ragioni anzidette la Commissione propone che «l'uso individuale non ripetuto» di un trattamento venga comunque approvato dall'ente regolatorio, in forza delle caratteristiche tecniche del trattamento stesso che devono essere note, precise e dettagliate, come nel caso in cui lo si voglia sottoporre a sperimentazione clinica».

Il secondo punto oggetto dei rilievi della Commissione concerne la definizione del carattere «non ripetitivo» dell'uso di medicinali per terapie avanzate. In particolare, se per uso non ripetitivo si intende quello riferito ad una singola patologia e per uno specifico paziente, nel caso dei trattamenti cellulari autologhi questa definizione può giustificare anche un uso ripetuto, nello stesso paziente con una singola patologia, di centinaia o migliaia di colture di cellule autologhe. Si suggerisce, pertanto, di cir-

²³ I medicinali per terapia avanzata sono elencati nell'art. 2 del regolamento (CE) n. 1394/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007. Ad essi non si applica il d.lgs. n. 219 del 2006 (concernente i medicinali per uso umano, preparati industrialmente o nella cui produzione interviene un processo industriale, destinati ad essere immessi in commercio sul territorio nazionale) se sono «preparat[i] su base non ripetitiva, conformemente a specifici requisiti di qualità e utilizzat[i] in un ospedale, sotto l'esclusiva responsabilità professionale di un medico, in esecuzione di una prescrizione medica individuale per un prodotto specifico destinato ad un determinato paziente» (art. 3, comma 1, lett. f-bis, d.lgs. n. 219 del 2006, come modificato nel 2009 e nel 2014). In questo caso la produzione dei medicinali in oggetto «è autorizzata dall'AIFA secondo specifiche tecniche stabilite con decreto del Ministro della salute, sentita l'AIFA. La stessa Agenzia provvede affinché la tracciabilità nazionale e i requisiti di farmacovigilanza, nonché gli specifici requisiti di qualità di cui alla presente lettera, siano equivalenti a quelli previsti a livello comunitario per quanto riguarda i medicinali per terapie avanzate per i quali è richiesta l'autorizzazione a norma del regolamento (CE) n. 726/2004» (*ibidem*).

²⁴ Con riferimento al d.m. 5 dicembre 2006 P. VERONESI (*Al crocevia del "Caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, in *BioLaw Journal*, 1, 2015, 94) precisa che «il metodo Stamina si colloca chiaramente ben al di fuori dei confini disegnati da questo essenziale "recinto" e dai bilanciamenti che l'hanno "edificato"».

coscrivere l'applicazione del d.m. 5 dicembre 2006 alla non ripetitività della «procedura cellulare autologa e/o alla metodologia della coltura»²⁵.

Su tutti questi punti (compresa l'attuazione dell'art. 28, numero 2), del regolamento (CE) n. 1394 del 2007) è prontamente intervenuto il Ministro della salute che, con il d.m. 16 gennaio 2015, ha dettato nuove norme in materia di medicinali per terapie avanzate preparati su base non ripetitiva, disponendo al contempo l'abrogazione del d.m. 5 dicembre 2006.

In particolare, il decreto stabilisce le modalità e le condizioni per il rilascio, da parte dell'Aifa, dell'autorizzazione alla produzione su base non ripetitiva (ovvero non routinaria) di medicinali per terapie avanzate, al di fuori delle sperimentazioni cliniche. In questi casi, tale produzione deve essere effettuata «sotto l'esclusiva responsabilità professionale di un medico, in esecuzione di una prescrizione medica individuale per un prodotto specifico destinato ad un determinato paziente» (art. 1, comma 3). L'utilizzazione di questi medicinali deve avvenire esclusivamente all'interno di ospedali pubblici, cliniche universitarie o istituti di ricovero e cura a carattere scientifico.

Nella categoria dei medicinali per le terapie avanzate sono compresi i prodotti di terapia cellulare somatica, di ingegneria tissutale e di terapia genica. L'utilizzo di questi medicinali potrà avvenire solo «in mancanza di valida alternativa terapeutica, nei casi di urgenza ed emergenza che pongono il paziente in pericolo di vita o di grave danno alla salute» (art. 3, comma 1).

L'autorizzazione alla produzione di questo tipo di medicinali potrà essere concessa dall'Aifa solamente alle strutture di cui sopra, situate in Italia, in grado di produrre medicinali di Terapie Avanzate in conformità alle norme europee di buona fabbricazione (GMP) dei medicinali. Di particolare interesse è poi la documentazione che deve essere presentata all'Aifa per ottenere l'autorizzazione a produrre i medicinali in parola. In particolare, l'art. 2 del d.m. richiede il dossier del medicinale per terapia avanzata (DMTA), il quale deve, tra l'altro, contenere: la descrizione del medicinale (sostanza attiva e prodotto finito), della sua indicazione clinica, del meccanismo di azione; le informazioni relative al materiale di partenza, al suo approvvigionamento e controllo; le informazioni relative alle materie prime e ai materiali che vengono in contatto con il prodotto e relativi risultati analitici a fronte di specifiche definite; le informazioni relative all'adeguatezza dei materiali impiegati; la descrizione del processo di produzione; le informazioni sulle misure in atto per prevenire l'entrata nel processo di virus esogeni; il *risk-assessment* del prodotto (ad esempio possibilità di trasmissione di infezioni, immunogenicità, tumorigenicità, perdita di funzionalità cellulare, virus contenuti in prodotti per terapia cellulare in grado di replicarsi, integrazione del genoma retro/lenti virale); le informazioni sulle condizioni di conservazione previste prima della somministrazione al paziente, incluso eventuale trasporto, con evidenza della stabilità del prodotto (allegato 1).

Quelle sopra elencate sono solo alcune delle indicazioni richieste dal decreto ministeriale, che vanno ad aggiungersi a quelle necessarie affinché la struttura richiedente ottenga il rilascio dell'autorizzazione preventiva alla produzione (riportate nell'allegato 2). La genericità che connotava alcune disposizioni del d.m. 5 dicembre 2006 è stata sostituita da una analiticità che rende oltre modo difficile la produzione di questi medicinali e, di conseguenza, pressoché impossibile il verificarsi di nuovi casi Stamina. Ciò nondimeno, resta fondamentale il ruolo degli organi di controllo. A tal proposito, l'Agenzia può effettuare ispezioni per verificare la conformità alle normative comunitarie dei

²⁵ SENATO DELLA REPUBBLICA, *Documento*, cit., 149 s.

processi e delle procedure messe in atto, e, in caso di violazione degli obblighi stabiliti, potrà sospendere o revocare l'autorizzazione alla produzione e disporre il divieto di utilizzazione del medicinale. Infine, l'Aifa e l'Istituto Superiore di Sanità hanno il compito di analizzare i dati clinici relativi all'esito dei trattamenti e agli eventuali eventi avversi conseguenti alla somministrazione di questo tipo di medicinali (art. 7).

Le considerazioni da ultimo svolte inducono, quindi, a spostare l'attenzione sulla necessità che sia assicurata la massima trasparenza possibile nella composizione e nel funzionamento di questi enti, e soprattutto che sia garantita l'indipendenza dei loro componenti e l'assenza di conflitti di interessi. Non deve essere poi sottovalutata l'ipotesi di un generale ripensamento dei meccanismi di controllo attraverso la creazione di *network* regolativi orizzontali, sulla base delle esperienze maturate in ambito europeo²⁶.

3.4. Lo standard *Daubert* e la sua attualità

Tra le proposte conclusive la Commissione parlamentare indica «l'introduzione nel nostro ordinamento di specifici parametri individuabili sulla falsariga del cosiddetto standard *Daubert*», giudicando opportuno l'utilizzo di questo criterio per valutare l'attendibilità scientifica di una «teoria o tecnica». Al riguardo, occorre subito precisare che la formula utilizzata nel documento conclusivo appare, quanto mai, ellittica, non risultando chiaro in che modo debba realizzarsi questa «introduzione nel nostro ordinamento», se cioè debba avvenire per via legislativa o, come sembra probabile, per via giurisprudenziale; in quest'ultimo caso, però, si tratterebbe di un auspicio rivolto ai giudici, specie a quelli di Cassazione, che, comunque, avrebbe scarsa (se non nulla) forza persuasiva.

In realtà, la sensazione che si ricava dalla lettura delle poche righe dedicate al c.d. standard *Daubert* è di una sostanziale approssimazione nell'indicazione di questo criterio di valutazione, che, come si vedrà, non è per nulla sconosciuto ai giudici italiani. Ma ancora prima, limitarsi a richiamare lo standard *Daubert* pare piuttosto riduttivo rispetto ai termini di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha visto progressivi affinamenti dell'originario criterio.

In sintesi, il riferimento operato dalla Commissione parlamentare è alla decisione adottata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*²⁷, che si colloca quale punto di arrivo della giurisprudenza costituzionale statunitense in tema di questioni scientifiche controverse²⁸. Il giudizio riguardava l'accertamento dell'esistenza di un nesso di causalità tra l'assunzione, da parte di donne in stato di gravidanza, del farmaco anti-nausea Bendectin e la nascita di bambini con gravi malformazioni. Dinanzi ad una Corte dello Stato della California le parti in causa

²⁶ In questo senso G. DEMURO, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *www.rivistaaic.it*, 4, 2013 (6 dicembre 2013), spec. 6.

²⁷ 509 U.S. 579 (1993).

²⁸ Su questa pronunzia, G. PONZANELLI, *Scienza, verità e diritto: il caso Bendectin*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 184 ss.; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, spec. 232 ss.; A. DONDI, *Paradigmi processuali ed «expert witness testimony» nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 261 ss. I criteri di giudizio individuati nel caso *Daubert* hanno poi trovato applicazione e ulteriore affinamento in altre decisioni della Corte Suprema; fra queste, si rinvia in particolare a *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997), *United States v. Scheffer*, 523 U.S. 303 (1998), *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

si erano confrontate, sul piano strettamente scientifico, presentando, gli uni (i convenuti), una dichiarazione giurata di un noto scienziato che, sulla base della letteratura scientifica in materia (erano citate più di 30 pubblicazioni), escludeva l'esistenza del nesso di causalità, gli altri (gli attori) la testimonianza di otto esperti molto qualificati che, in seguito ad indagini effettuate *in vitro* ed *in vivo* su animali, deducevano l'esistenza di un rapporto di causa ed effetto.

I giudici statali avevano negato che potesse essere ammessa come prova l'opinione di esperti non fondata su test epidemiologici; inoltre, ritenevano di non dover ammettere neppure la rielaborazione dei dati già pubblicati, in quanto tale rielaborazione non era stata ancora pubblicata e sottoposta a valutazione all'interno della comunità scientifica. La Corte d'Appello aveva confermato questa decisione, sottolineandone la coerenza con il criterio della «*general acceptance*» di cui al *Frye* test del 1923. La Corte Suprema era, pertanto, chiamata a verificare la perdurante validità del *Frye* test, specie alla luce del *Federal Rule of Evidence* 702 (introdotto nel 1975), secondo cui «*If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise*». La Corte Suprema parte proprio da questa norma per smontare, pezzo dopo pezzo, il c.d. *Frye* test, rilevando che in essa non si fa alcun riferimento ad un criterio di «*general acceptance*» come prerequisite assoluto per l'ammissibilità di una testimonianza; anzi l'eventuale accoglimento di questo criterio sarebbe in contrasto con «*the "liberal thrust" of the Federal Rules and their "general approach of relaxing the traditional barriers to 'opinion' testimony"*».

L'avvenuto superamento del *Frye* test ad opera delle *Federal Rules of Evidence* del 1975 non comporta, però, l'assenza di qualsiasi limite all'ammissibilità delle prove scientifiche allegiate dalle parti, né determina la mancanza, da parte del giudice, del potere di valutare e selezionare questo tipo di prove. Pertanto, la Corte Suprema, facendo leva anche sulle indicazioni provenienti da alcuni *amici curiae*, elabora una sorta di percorso logico-argomentativo che il giudice è tenuto a seguire ogni qualvolta dovrà fare applicazione della *Rule* 702. Questo percorso si articola in quattro fasi, l'ultima delle quali è costituita dalla verifica dell'esistenza di una «*general acceptance*»:

- 1) «*Ordinarily, a key question to be answered in determining whether a theory or technique is scientific knowledge that will assist the trier of fact will be whether it can be (and has been) tested. "Scientific methodology today is based on generating hypotheses and testing them to see if they can be falsified; indeed, this methodology is what distinguishes science from other fields of human inquiry"*»;
- 2) «*Another pertinent consideration is whether the theory or technique has been subjected to peer review and publication. Publication (which is but one element of peer review) is not a sine qua non of admissibility; it does not necessarily correlate with reliability, (...) and in some instances well grounded but innovative theories will not have been published (...). Some propositions, moreover, are too particular, too new, or of too limited interest to be published. But submission to the scrutiny of the scientific community is a component of "good science", in part because it increases the likelihood that substantive flaws in methodology will be detected*»;

3) «Additionally, in the case of a particular scientific technique, the court ordinarily should consider the known or potential rate of error, (...) and the existence and maintenance of standards controlling the technique's operation».

4) «Finally, "general acceptance" can yet have a bearing on the inquiry. A "reliability assessment does not require, although it does permit, explicit identification of a relevant scientific community and an express determination of a particular degree of acceptance within that community". (...) Widespread acceptance can be an important factor in ruling particular evidence admissible, and "a known technique that has been able to attract only minimal support within the community", (...) may properly be viewed with scepticism».

Dunque, i criteri idonei a valutare la validità e l'attendibilità delle prove scientifiche sono individuati nella controllabilità, falsificabilità e verificabilità della teoria o tecnica posta a fondamento della prova; nella percentuale di errore conosciuto o conoscibile; nella possibilità che la teoria o tecnica abbia formato oggetto di controllo da parte di altri esperti perché divulgata in pubblicazioni scientifiche o con altri mezzi; nella presenza di standard costanti di verifica; nel consenso generale da parte della comunità scientifica.

Chiamato ad effettuare le verifiche anzidette è, ovviamente, il giudice, sul quale ricade il peso delle complesse valutazioni indicate in *Daubert*. Al riguardo, la Corte sottolinea che, sebbene l'aperta contrapposizione delle idee costituisca una parte essenziale sia della ricerca scientifica, sia di quella giuridica, esistono rilevanti differenze fra le modalità di ricerca della verità in un'aula di giustizia ed in un laboratorio. Infatti, «Scientific conclusions are subject to perpetual revision. Law, on the other hand, must resolve disputes finally and quickly». Da questo punto di vista – continua la Corte – le congetture probabilmente errate si rivelerebbero di scarsa utilità al fine di una definizione rapida e conclusiva di una controversia giudiziale.

È nota l'importanza che questa pronuncia ha avuto nella giurisprudenza statunitense; si è evidenziato al riguardo come la Corte Suprema abbia fatto proprio l'approccio popperiano alle questioni scientifiche, sottolineando l'importanza di un giudizio di falsificazione. Invero, i quattro criteri di giudizio elaborati in *Daubert* sembrano tentare di conciliare approcci filosofici diversi, fino quasi a ricomprendere anche quelle impostazioni che tendono a sottolineare l'assoluta anarchia che caratterizza l'attività degli scienziati e l'assenza di un metodo²⁹. Infatti, non solo il criterio della «general acceptance» non può costituire l'unico riferimento per il giudice, ma la stessa cosa è da dirsi anche per la verifica della falsificabilità di una data teoria, oltre alla quale il giudice dovrà valutare la percentuale di errore noto o potenziale ed il mantenimento di uno standard di controllo sulle verifiche tecniche. Proprio questi ultimi riferimenti danno l'impressione che la Corte abbia voluto spingersi al di là del falsificazionismo popperiano per tentare di formulare un criterio di giudizio valido anche in circostanze in cui la falsificazione non è possibile.

È evidente che, nel caso di specie, la Corte Suprema si è preoccupata di fissare dettagliatamente (forse anche troppo³⁰) le tappe dell'iter che deve essere seguito dal singolo giudice. D'altra parte, il ri-

²⁹ Il riferimento è evidentemente a P.K. FEYERABEND, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza* (1975), trad. it. di L. Sosio, Milano, 2002.

³⁰ Non è un caso che il Presidente Rehnquist, nella sua opinione in parte concorrente e in parte dissenziente, abbia espresso seri dubbi sull'opportunità di un intervento della Corte di così ampio respiro.

schio che il giudice si trasformi in un apprendista scienziato è dietro l'angolo, ma questa considerazione non può essere estremizzata fino al punto da inibirgli qualsiasi indagine sui profili scientifici di una data questione; anche in questo caso, cioè, si tratta di trovare il giusto punto di equilibrio fra l'esigenza di un'analisi non superficiale del contesto scientifico e quella, altrettanto pressante, di fornire una soluzione in tempi rapidi al caso concreto. Queste rapide considerazioni consentono di dire che se, per un verso, lo standard *Daubert* permette di risolvere, piuttosto agevolmente, vicende come quelle di Stamina, per altro verso, non costituisce la panacea per definire tutte le questioni scientifiche controverse.

Se poi si passa a verificare quale seguito abbia avuto in Italia la decisione *Daubert*, si scopre che, dopo una pronuncia della Corte di cassazione del 2006³¹, in cui si richiamava il contenuto dei criteri sopra riportati, con la nota sentenza Cozzini del 2010³² sono state, di fatto, recepite le indicazioni fornite dalla *U.S. Supreme Court*. Sebbene non sia mancata qualche oscillazione nella giurisprudenza successiva al 2010, i criteri *Daubert* sono stati, ancora di recente, richiamati e utilizzati dai giudici di legittimità³³, oltre che da quelli di merito. Peraltro, nelle stesse pronunce della Cassazione relative al caso Stamina³⁴, richiamate in apertura del presente lavoro, vengono utilizzati, sia pure in parte, i criteri elaborati nella decisione *Daubert*.

In definitiva, non v'è dubbio che la Corte di cassazione abbia progressivamente recepito le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte Suprema americana, le quali non sono altro che il riflesso sul piano giudiziario delle più significative acquisizioni della filosofia della scienza. Per questa ragione immaginare di imporre questi criteri, magari cristallizzandoli e non consentendo il loro adeguamento a futuri ed eventuali approdi della filosofia della scienza, finisce con il rivelarsi un'operazione, a sua volta, anti-scientifica, in quanto contrastante con il carattere rivoluzionario delle conquiste scientifiche³⁵.

Da ultimo, non può tralasciarsi il fatto che nella vicenda Stamina i giudici di merito sono intervenuti in quanto aditi *ex art. 700 c.p.c.*, con la conseguenza che «la fondatezza della domanda deve e può essere considerata nei termini del mero *fumus boni iuris*, e dunque con limitati elementi di valutazione e in tempi contingentati»³⁶. Quanto appena detto non è privo di rilevanza nella prospettiva di un utilizzo dei criteri dello standard *Daubert*, che, per loro natura, mal si prestano a una applicazione sommaria.

³¹ Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 4675 del 2006.

³² Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 43786 del 2010. Su questa decisione si veda P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. e proc.*, 11, 2011, 1341 ss.

³³ Cass. pen., sez. I, sentenza n. 45351 del 2015. In termini non dissimili anche Cass. pen., sez. V, sentenza n. 36080 del 2015.

³⁴ Cass. pen., sez. VI, sentenze n. 24242 e 24244 del 2015, risp. par. 9 e par. 10 cons. dir.

³⁵ Il riferimento è chiaramente a T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche (1962-1970)*, trad. di A. Carugo, Torino, 1999, *passim* ma spec. 24 ss.

³⁶ M. PICCINI, *Tutela della salute versus libertà di cura? Il caso «Stamina» nella lente deformante dell'urgenza*, in *Pol. dir.*, 4, 2014, 627.

3.5. L'indipendenza dei Comitati etici

Un altro punto delle conclusioni dell'indagine conoscitiva, meritevole di attenzione, è l'esigenza posta dalla Commissione parlamentare che sia rafforzata l'indipendenza dei Comitati etici; in particolare, si sottolinea la necessità che «i membri di tali consessi siano sempre terzi, competenti e indipendenti, cioè estranei a conflitti di interessi potenziali rispetto alle decisioni da assumersi».

Anche in questo caso, la proposta *de qua* nasce dall'esperienza maturata nel caso Stamina e dalle modalità con cui il Comitato etico degli Spedali civili di Brescia ha sostanzialmente avallato l'accordo tra questi ultimi e la Stamina Foundation. Al riguardo, le pronunce della Cassazione più volte richiamate in questo scritto hanno sottolineato che «i pareri espressi dal comitato etico consistevano soltanto in autorizzazioni estremamente scarse e prive di qualunque considerazione sull'opportunità del trattamento terapeutico in questione»³⁷. In effetti, dal resoconto si deduce che l'audizione dei rappresentanti del suddetto Comitato etico è stata uno dei momenti di maggiore tensione tra gli auditi e i membri della Commissione³⁸. La sensazione che si ricava dalla lettura dei resoconti e dalla sottolineatura di alcune domande rimaste insolte è che la Commissione parlamentare imputi al Comitato etico degli Spedali civili di Brescia una responsabilità non secondaria nel consentire l'avvio dei trattamenti con il metodo Stamina.

Più in generale, si potrebbe discutere dell'opportunità dell'esistenza stessa di comitati etici. Al riguardo, pur resistendo delle perplessità sulla loro configurazione, sembrano prevalenti le ragioni del loro mantenimento, che sono state individuate: nella necessità di un approccio interdisciplinare; nella garanzia del rispetto della multiculturalità e del pluralismo; nella pubblica garanzia del rispetto delle norme giuridiche e deontologiche volte a proteggere le persone coinvolte nella ricerca o seguite nella clinica; nella centratura sulla dimensione etica; nell'esigenza di assicurare uno spazio di comunicazione autentica dove è possibile arrivare ad assumere decisioni in prima persona plurale³⁹.

Se dunque non sembra utile mettere in discussione l'esistenza stessa dei Comitati etici, non può essere sottovalutata la portata dei c.d. requisiti di credibilità degli stessi Comitati, che sono stati identificati: nell'indipendenza collaborativa, nell'accurata selezione dei componenti, nella formazione iniziale e continua dei componenti, nel coordinamento con altri comitati della stessa tipologia e nella valutazione e autovalutazione⁴⁰. Per quanto riguarda l'indipendenza dei membri, essa deve essere sia nei confronti dei ricercatori autori del protocollo esaminato, sia nei confronti della dirigenza dell'istituzione entro cui opera il Comitato; una pur blanda forma di legame con queste categorie di soggetti potrebbe, infatti, condizionare l'esito del giudizio.

4. Considerazioni conclusive

L'esperienza delle vicende pregresse (e, da ultimo, di quella relativa al metodo Stamina) pone l'esigenza di individuare metodi e regole al fine di evitare che si speculi sulle speranze dei malati e dei loro familiari. In questo senso, proprio le speranze nascenti dall'annuncio dell'individuazione di un

³⁷ Cass. pen., sez. VI, sentenze n. 24242 e 24244 del 2015, entrambe par. 4 cons. dir.

³⁸ SENATO DELLA REPUBBLICA, *Documento*, cit., 120-127.

³⁹ E. FURLAN, *Comitati etici in sanità. Storia, funzioni, questioni filosofiche*, Milano, 2015, 34 ss.

⁴⁰ Così E. FURLAN, *Comitati etici in sanità*, cit., 44 ss.

percorso di cura risolutivo di patologie dalla prognosi infausta determinano, spesso, una “perdita della memoria” che finisce con il favorire il sorgere di «enormi aspettative taumaturgiche»⁴¹. Proprio su questa “perdita della memoria” fanno affidamento quelli che il documento conclusivo dell'indagine conoscitiva non esita a definire “ciarlatani”⁴², le cui pseudo-terapie finiscono con il presentare – sebbene proposte in contesti spazio-temporali del tutto differenti – caratteristiche comuni.

La loro “estraneità” rispetto alla medicina consolidata, la loro segretezza in tutto o in parte, l'essere presentate come manifestazioni di altruismo e di disinteresse, e il loro carattere “miracoloso” («*wonder cure*») sono gli elementi che accomunano le terapie proposte dai c.d. ciarlatani e che si ripresentano, con vesti diverse, ciclicamente.

Per le ragioni anzidette è particolarmente importante “ogni forma di riflessione” sull'origine e sullo sviluppo di questi fenomeni, che tanta eco finiscono inevitabilmente con l'aver nell'opinione pubblica. Deve essere sottolineato il riferimento ad “ogni forma di riflessione” perché il fine da perseguire è quello di «evitare il ripetersi di vicende analoghe». In casi come quelli del c.d. metodo Stamina e degli altri trattamenti richiamati in apertura di questo scritto, sulla comunità scientifica grava l'onere di fornire ai giudici, alla dottrina giuridica, agli operatori sanitari e, principalmente, al decisore politico (Parlamento e Governo) tutte le informazioni necessarie a distinguere la scienza medica da ciò che non può definirsi tale. Al contempo, i soggetti appena menzionati devono essere culturalmente pronti a recepire le indicazioni che vengono dal mondo scientifico, rifiutandosi di avallare trattamenti che, in virtù del loro presunto carattere rivoluzionario, sono – a detta dei loro promotori – insuscettibili di essere valutati secondo i canoni dettati dalla normativa vigente. È assai facile, pertanto, che un minimo deficit di informazione determini un micidiale corto circuito che finisce con l'alimentare, in maniera illusoria, le speranze dei malati e dei loro familiari. Riprendendo la citazione iniziale di Baruch Spinoza, occorre quindi che le cose siano esaminate nel loro ordine perché «il dubbio nasce sempre dall'esaminare le cose senza ordine».

⁴¹ Così SENATO DELLA REPUBBLICA, *Documento*, cit., 5.

⁴² Anche sulla scorta della ricostruzione della figura del «ciarlatano» operata dal Tribunale di Torino nell'ordinanza 10 marzo 2014.