



# BioLaw Journal

## Rivista di BioDiritto

2 19

### *Special Issue*

*a cura di C. Casonato,  
L. Busatta, S. Penasa,  
M. Tomasi*



**Special Issue || Costituzione e Biodiritto**  
**I principi, i motori e i luoghi del Biodiritto**  
**in Costituzione**

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, Silvio Garattini, Francesca Giardina, Stefano Guizzi, Stéphanie Henneute-Vauchez, Sheila McLean, Laura Palazzani, Barbara Pezzini, Cinzia Picocchi, 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, Ilja Richard Pavone, Simone Penasa, Ludovica Poli, Elisabetta Pulice, Marta Tomasi.

**Ferrara:** Lucilla Conte, Gianmario Demuro, Fabio Ferrari, Pietro Faraguna, Fabio Ferrari, Andrea Guazzarotti, Andrea Lollini, Nicola Lucchi.

**Parma:** Stefano Agosta, Giancarlo Anello, Maria Chiara Errigo, Simone Gabbi, Valentina Gastaldo, Gabriele Maestri, Valeria Marzocco, Erika Ivalù Pampalone, Giovanna Razzano, Lucia Scaffardi, Michele Tempesta, Paola Torretta, Veronica Valenti.

Email: [biodiritto@gmail.org](mailto:biodiritto@gmail.org)  
Website: [www.biodiritto.org/rivista](http://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.

December 2019  
ISSN 2284-4503  
© Copyright 2019



Università degli Studi di Trento  
Via Calepina, 14 – 38122 Trento  
Registrazione presso il Tribunale di Trento n. 6 dell'11/04/2014

In collaborazione con



**Front cover:** Graphic project based on “Tomba del tuffatore”, Paestum, 5<sup>th</sup> 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

### Special Issue n. 2/2019

#### Table of contents

<b>Editoriale</b> .....	1
<i>Carlo Casonato, Lucia Busatta, Simone Penasa, Marta Tomasi</i>	
<b>COSTITUZIONE E BIODIRITTO</b>	
<b>I PRINCIPI</b>	
<b>I principi del biodiritto in Assemblea costituente</b> .....	5
<i>Stefano Rossi</i>	
<b>Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione</b> .....	27
<i>Paolo Veronesi</i>	
<b>Persona e identità personale</b> .....	45
<i>Alessandro Morelli</i>	
<b>La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive</b> .....	61
<i>Salvatore Prisco</i>	
<b>La dignità umana, inesauribile fonte di suggestioni per il costituzionalismo</b> .....	83
<i>Lorenza Violini</i>	
<b>Sulla sostenibilità della dignità come autodeterminazione</b> .....	95
<i>Giovanna Razzano</i>	
<b>Il principio d'eguaglianza nell'ambito del Biodiritto</b> .....	113
<i>Cinzia Piciocchi</i>	
<b>Obiettare è boicottare? L'ambiguità dell'obiezione di coscienza e i fini dell'ordinamento</b> .....	125
<i>Emanuele Rossi</i>	
<b><i>Homos religiosus</i>, laicità e scienze cognitive. Prime intersezioni</b> .....	143
<i>Giancarlo Anello</i>	
<b>Il principio di precauzione nella prospettiva del giudice costituzionale</b> .....	157
<i>Giada Ragone</i>	

**I MOTORI**

<b>La nascita del biodiritto come prodotto della costituzionalizzazione dell'ordinamento</b> .....	173
<i>Giacomo D'Amico</i>	
<b>Il giudice</b> .....	187
<i>Roberto Bin</i>	
<b>Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto</b> .....	205
<i>Caterina Di Costanzo, Andrea Simoncini</i>	
<b>Il biodiritto nel prisma dell'autonomia regionale</b> .....	241
<i>Lucia Busatta</i>	
<b>Il contributo della Corte di Giustizia alla formazione di un biodiritto europeo attraverso i diritti fondamentali</b> .....	263
<i>Nicole Lazzerini</i>	
<b>Il diritto internazionale come "motore" del biodiritto e l'emersione di un "biodiritto internazionale"</b> .....	287
<i>Ludovica Poli</i>	
<b>La difesa della morale come giustificazione di limitazioni al rispetto della vita privata, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani</b> .....	303
<i>Vladimiro Zagrebelsky</i>	
<b>La scienza come "motore" del biodiritto: diritti, poteri, funzioni</b> .....	311
<i>Simone Penasa</i>	
<b>La deontologia medica come "motore" della Costituzione</b> .....	323
<i>Elisabetta Pulice</i>	
<b>La dottrina come "motore" del biodiritto</b> .....	349
<i>Giovanni Pascuzzi</i>	
<b>Il biodiritto nello specchio della comparazione</b> .....	361
<i>Michele Graziadei, Sabrina Praduroux</i>	

**I LUOGHI**

<b>La medicina oltre la cura</b> .....	377
<i>Renato Balduzzi</i>	
<b>Prima e dopo la cura: nuove dimensioni nella tutela della salute</b> .....	393
<i>Donatella Morana</i>	
<b>Diritti alla fine della vita e costituzione</b> .....	405
<i>Chiara Tripodina</i>	

<b>Il “concepito”: questo sconosciuto...</b> .....	419
<i>Antonino Spadaro</i>	
<b>Costituzione e interpretazione nella disciplina dell’interruzione volontaria di gravidanza fra progresso scientifico ed evoluzione della coscienza sociale</b> .....	437
<i>Benedetta Liberali</i>	
<b>La tutela della salute nella procreazione medicalmente assistita fra progresso scientifico e interpretazione della Corte costituzionale</b> .....	453
<i>Marilisa D’Amico</i>	
<b>Libertà di ricerca scientifica e <i>parusia</i> della dignità umana (a proposito dei limiti alla sperimentazione sull’embrione)</b> .....	469
<i>Stefano Agosta</i>	
<b>Principi costituzionali e conoscenze genetiche: verso un nuovo orizzonte di senso per la persona in medicina</b> .....	483
<i>Marta Tomasi</i>	
<b>L’impiego processuale del DNA fra giustizia genetica e garanzie costituzionali: quali sfide per il diritto (e per la Costituzione)</b> .....	503
<i>Lucia Scaffardi</i>	
<b>Diritto alla salute e “ciclo del farmaco” nel prisma dei principi costituzionali</b> .....	527
<i>Pasquale Costanzo</i>	
<b>Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche</b> .....	541
<i>Marco Plutino</i>	
<b>Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione. Il caso della salute mentale</b> .....	575
<i>Valentina Gastaldo</i>	
<b>Costituzione e generi: argomenti interpretativi e teorie sulla differenza sessuale</b> .....	597
<i>Ilenia Massa Pinto</i>	
<b>Il corpo della differenza: una questione costituzionale nella prospettiva dell’analisi di genere</b> .....	617
<i>Barbara Pezzini</i>	
<b>Le nuove sfide della genitorialità: il caso dell’omogenitorialità e il ruolo della Costituzione</b> .....	631
<i>Anna Lorenzetti</i>	
<b>Bioetica ambientale, sostenibilità, teoria intergenerazionale della Costituzione</b> .....	645
<i>Antonio D’Aloia</i>	

<b>Gli esseri animali quali “res senzienti” .....</b>	<b>679</b>
<i>Francesca Rescigno</i>	
<b>La Costituzione e l’uso in sede giudiziaria delle neuroscienze (e dell’intelligenza artificiale): spunti di riflessione .....</b>	<b>697</b>
<i>Federico Gustavo Pizzetti</i>	
<b>Costituzione e intelligenza artificiale: un’agenda per il prossimo futuro .....</b>	<b>711</b>
<i>Carlo Casonato</i>	



## Costituzione e Biodiritto: un approccio e una sfida

Carlo Casonato, Lucia Busatta, Simone Penasa,  
Marta Tomasi

### 1. Il contesto

Il rapporto dell'uomo con la nascita, la vita, la malattia e la morte ha segnato ogni epoca. Si può dire che esso costituisca il tema a fronte del quale sono nate la mitologia, la religione, la filosofia e la scienza; e la letteratura, a partire dall'Iliade e l'Odissea, ne ha dato testimonianza.

Anche il diritto, nelle sue più varie forme, si è da sempre occupato di tale rapporto, rappresentando uno specchio delle dinamiche sociali, economiche e politiche di volta in volta prevalenti. Giungendo (quasi) ai giorni nostri, ad esempio, è significativo rilevare come quello che poi è divenuto il principio del consenso informato sia stato ricostruito nei termini di un "diritto a sé stessi", collegandosi in termini paradigmatici, in uno dei suoi primi riconoscimenti, alla stessa forma di stato. Il riferimento è alla nota sentenza della Corte Suprema del Minnesota *Mohr v. Williams* del 1905: «Under a free government, at least, the free citizen's first and greatest right, which underlies all others – the right to the inviolability of his person, in other words the right to himself – is the subject of universal acquiescence, and this right necessarily forbids a physician or surgeon [...], to violate, without permission, the bodily integrity of his patient»<sup>1</sup>.

Tuttavia, saranno solo gli anni '60 e '70 del secolo scorso a presentare il fenomeno che, a detta di molti, si pone alla base della nascita e del crescente sviluppo della riflessione filosofica,

sistematica e strutturata, che oggi chiamiamo bioetica: la coincidenza di un imponente sviluppo scientifico e tecnologico nel campo delle scienze della vita, da un lato, con un altrettanto notevole progresso di natura culturale e giuridica, dall'altro<sup>2</sup>. In quegli anni, una molteplicità di scoperte e invenzioni nel settore della biomedicina prese ad interrogare con sempre crescente pressione la classe medica e la società tutta sui criteri da adottare per il loro utilizzo. Allo stesso tempo, iniziavano a farsi strada concezioni di persona, di eguaglianza e di società profondamente rinnovate, le quali imponevano il ripensamento delle logiche tradizionali di potere e l'affermazione di più estesi e nuovi diritti e doveri.

Su queste basi, pare logico registrare come versante filosofico e versante giuridico si siano sviluppati in forte parallelismo. Tuttavia, mentre nel primo ambito si sentì l'esigenza di fondare una nuova disciplina che potesse catalizzare gli sforzi speculativi a riguardo (la bioetica), nel secondo esistevano già categorie, istituti, logiche e forme di pensiero che, distribuiti nei diversi settori disciplinari, coprivano la materia. Il biodiritto, così, fu termine che nacque solo alla fine degli anni '90 del secolo scorso, non con l'obiettivo di fondare un nuovo settore scientifico disciplinare, ma di concentrare una ricerca intrinsecamente interdisciplinare e comparata sul rapporto fra le nuove tecnologie, inizialmente in ambito biomedico, e il fenomeno giuridico nel suo complesso.

Secondo questo approccio, può rilevarsi come tracce fondative di quello che oggi possiamo chiamare biodiritto siano presenti in una molteplicità di settori di studio e di fonti giuridiche risalenti; e certamente nella Costituzione e nel diritto costituzionale.

<sup>1</sup> *Mohr v. Williams*, 104 N.W. 12 (Minn. 1905).

<sup>2</sup> W.T. REICH (chief editor), *Encyclopedia of Bioethics*, I, 1971, xix.

## 2. Il progetto

Ad oltre 70 anni dall'entrata in vigore della nostra Carta fondamentale, quindi, questa raccolta di scritti nasce con l'obiettivo di coinvolgere numerosi colleghi, non solo costituzionalisti, in una riflessione a tutto tondo relativa al ruolo che la Costituzione e le sue dinamiche hanno svolto, svolgono e potranno svolgere in riferimento al fenomeno (bio)giuridico nel suo complesso.

Con specifico riguardo all'evoluzione del rapporto tra scienze della vita e diritti fondamentali, il ruolo della Costituzione è stato, nel nostro ordinamento e nel corso dei decenni di storia repubblicana decisamente centrale e determinante. I principi costituzionali hanno orientato – come è naturale che sia – l'intervento del legislatore con riguardo a riforme epocali, che hanno rivoluzionato il rapporto tra persona e medicina. Si pensi all'istituzione del servizio sanitario nazionale universalistico (legge n. 833 del 1978), oppure, nello stesso anno, all'importantissima riforma sulla salute mentale introdotta con la legge Basaglia (l. n. 180 del 1978). Si tratta di ambiti di disciplina in cui il legislatore ha saputo donare concretezza ai diritti costituzionali e ha trasposto in norme operative il principio personalista, quello di eguaglianza, la tutela delle fragilità e la vocazione intrinsecamente solidaristica dell'intero testo costituzionale.

Ancora, la Costituzione ha svolto il ruolo di apripista e di veicolo di riconoscimento dei diritti individuali nel rapporto con la medicina. Fra tutti, si pensi al principio del consenso informato e alla necessità di interpretare in maniera concreta il combinato disposto dagli articoli 2, 13 e 32 Cost., in attesa dell'intervento normativo e di un testo che, finalmente, ha offerto nuova linfa alla disciplina della relazione di cura (legge n. 219 del 2017).

In terzo luogo, la Costituzione talvolta si è anche caratterizzata per essere il grimaldello, attraverso il ruolo giocato dalla Corte costituzionale, per segnare una vera e propria “rivoluzione” rispetto al passato. Al netto delle valutazioni individuali, è innegabile che, con sentenze come quelle sull'aborto (n. 27 del 1975) o sull'assistenza al suicidio (ord. n. 207 del 2018 e sent. n. 242 del 2019), la Corte abbia scritto nuove e importanti pagine di diritto costituzionale.

Nelle celebrazioni del settantesimo della Costituzione, quindi, con il preciso intento di valorizzarne la natura vivace ed elastica e la formidabile capacità di mantenersi attuale, nonostante le tensioni sociali, politiche e giuridiche che dal 1948 ad oggi ha attraversato, si è deciso di onorare la nostra Carta fondamentale con una raccolta di scritti dedicati ai diversi temi del biodiritto nel loro relazionarsi con la Costituzione.

Si è quindi pensato di coinvolgere i colleghi esperti di specifici ambiti, chiedendo loro non di limitarsi a narrare l'evoluzione del tema assegnato nel settantennio costituzionale, ma di attualizzarlo, proiettandolo nel futuro e segnalando come il testo costituzionale sia non solo ancor oggi attuale, ma possa significativamente accompagnare il nostro ordinamento ad affrontare le complesse sfide che lo sviluppo scientifico e il pluralismo dei valori propongono già oggi e potranno offrire negli anni a venire.

Gli studiosi coinvolti rappresentano una buona porzione del fitto numero di accademici che, in questi anni, hanno contribuito alla riflessione giuridica su queste tematiche. Non sono, però, tutti. Alcuni, a motivo di concomitanti impegni, hanno a malincuore declinato l'invito; altri, anche per ragioni di spazio e di organicità della struttura dell'opera, non figurano fra gli autori. A questi ultimi rivolgiamo l'invito a contribuire a completare la raccolta; sarà per noi un piacere

poter ospitare un loro contributo su *BioLaw Journal*.

Pur nella consapevolezza di non essere riusciti a raggiungere tutti, abbiamo cercato di coltivare una precisa scelta editoriale, inaugurata nel 2014 con il lancio di questa *Rivista*. Si sono coinvolti giovani e meno giovani, senza considerare il ruolo accademico ricoperto, ma valorizzando le esperienze, gli interessi di ricerca, puntando a mettere in luce il pluralismo delle idee e delle sensibilità che rappresenta la cifra caratterizzante il dibattito giuridico in questi ambiti.

La raccolta è ospitata in un fascicolo speciale di *BioLaw Journal* con il preciso scopo di dare ad essa la massima diffusione, grazie alla capacità di circolazione delle idee (anche oltre i confini nazionali) che l'*open access* può garantire.

### 3. La struttura

Su questa linea, abbiamo deciso di proporre l'articolazione dello studio in tre ambiti di ricerca: i principi, i motori, i luoghi.

Fra i principi, dopo un contributo introduttivo dedicato all'Assemblea costituente, ci è parso che quelli che con maggiore intensità hanno permeato e orientato il discorso costituzionale fossero complessivamente riconducibili all'autodeterminazione e all'identità personale, alla dignità, all'eguaglianza, al pluralismo nelle forme all'obiezione di coscienza e, ancora, alla libertà religiosa e alla laicità, e al principio di precauzione.

Nel muovere questi principi costituzionali, ci è parso che si potessero individuare alcune forze particolarmente attive: ne abbiamo trattato in termini di motori. Abbiamo così proposto contributi dedicati all'intervento del giudice ordinario e della Corte costituzionale, al ruolo del legislatore, sia a livello statale che regionale, alla dimensione dell'Unione europea e a quella internazionale, alla rilevanza della letteratura

scientifica, della deontologia e della dottrina giuridica e alla comparazione, intesa come vettore di innovazione.

Fra gli ambiti (i luoghi) all'interno dei quali i principi si sono sviluppati in maniera paradigmatica, grazie alla forza propulsiva generata dai motori individuati, abbiamo deciso di selezionarne alcuni. Fra questi, quelli riferibili ad alcune dimensioni innovative della tutela della salute, al fine vita, al concepito e alle tematiche di inizio vita, alla genetica e al progresso scientifico garantito dalla libertà di ricerca, al mondo dei farmaci, ai trattamenti sanitari obbligatori e alle vaccinazioni, al genere, alle generazioni future, agli animali, alle neuroscienze e all'intelligenza artificiale.

Come anticipato, la scelta dei principi, dei motori e dei luoghi non ha la pretesa di essere completa: ne rimangono, fortunatamente, ancora da esplorare e gli stessi contributi che qui trovano pubblicazione potranno essere aperti a futuri aggiornamenti. La raccolta si propone, in questo senso, non solo come occasione per fare il "punto della situazione", dopo i 70 anni della Costituzione, ma anche e soprattutto come abbrivio di una riflessione sulle prospettive che restano ancora da indagare e su quelle più classiche che sono quotidianamente sottoposte a verifica o arricchite dagli avanzamenti della sensibilità sociale e dello sviluppo scientifico e tecnologico.

Grazie alla squisita disponibilità dei colleghi che hanno preso parte a questo impegno editoriale, abbiamo anche avuto l'occasione di riproporre un confronto di ordine culturale, teso a considerare l'intersezione fra il fenomeno giuridico e le principali variabili in tema di innovazione tecnologica e di scienze della vita (in un parola, il biodiritto) come uno dei fattori che prima di altri e con maggiore evidenza mettono in luce la tenuta o meno delle categorie, degli istituti e delle

logiche costituzionali. Basti considerare il numero delle decisioni anche della sola Corte costituzionale intervenute su materie che spaziano dal numero massimo di embrioni da impiantare a seguito di fecondazione in vitro alla sorte di quelli cd. sovrannumerari, dalla rilettura dell'art. 5 del codice civile alla cd. fecondazione eterologa, dalla legittimità dell'interruzione volontaria di gravidanza al fondamento costituzionale del principio del consenso informato e dell'agevolazione al suicidio per rilevare la consistenza, in termini di sistema, di tale materia. E la quantità diventa qualità nel momento in cui le sentenze in oggetto trattano di temi, presentano apparati argomentativi, e utilizzano parametri che – ci pare – solo una visione miope potrebbe considerare costituzionalmente eccentrici.

#### 4. Una sfida e un ringraziamento

Se con questa raccolta di scritti, quindi, non intendiamo certo proporre il biodiritto come autonomo settore scientifico disciplinare, è invece nostro proposito rilanciare una sfida tesa a considerarlo quale ambito da coltivare in termini consapevolmente interdisciplinari e realmente comparatistici al fine di contribuire a rilevare e ad affrontare alcune delle più pressanti e incisive tensioni che il fenomeno giuridico-costituzionale si trova e si troverà ad affrontare. L'occasione dell'editoriale che apre questa *Special issue* è dunque quella di ringraziare coloro che hanno deciso di prendere parte a questa sfida, accogliendo con positività una proposta partita ormai molti mesi orsono. Fra questi, un particolare ringraziamento a coloro che, avendo consegnato con puntualità, hanno avuto la pazienza di aspettare i tempi fisiologici della composizione di un fascicolo decisamente voluminoso.

Questo numero speciale, il diciottesimo dall'inaugurazione di *BioLaw Journal*, vuole anche essere una forma di ringraziamento nei confronti di chi, negli ultimi sei anni, ha scelto di dare fiducia alla nostra scommessa: ai Componenti del Comitato scientifico, che da principio hanno accolto l'idea di iniziare questo cammino, agli autori dei primi fascicoli (senza i quali non avremmo mosso un passo...) e ai colleghi delle redazioni che instancabilmente hanno contribuito alla costruzione del buon esito di questo progetto accademico e culturale. Infine, grazie ad alcuni giovani collaboratori, Marta De Lazzari, Mattia Gilioli e Elena Scalcon, il cui minuzioso lavoro ha dato forma elegante ai nostri pensieri.

# I principi del biodiritto in Assemblea costituente

Stefano Rossi\*

THE BIOLAW PRINCIPLES IN THE CONSTITUENT ASSEMBLY

ABSTRACT: The text analyses some key principles that connote the discipline of biolaw from their recognition in the debates in the Constituent Assembly. Although the bio-ethical questions have emerged with vehemence, following of social evolution and technological development, only a long time after the drafting of the Constitutional Charter, it contains the values and principles that can govern the hard cases.

KEYWORDS: Constituent Assembly, principles, biolaw, pluralism, dignity

SOMMARIO: 1. Costituzione per principi e biodiritto – 2. Personalismo e dignità – 3. Il pluralismo come meta-valore – 4. Laicità e sfera pubblica – 5. Il diritto alla salute: la radice e la gemmazione

## 1. Costituzione per principi e biodiritto

La Costituzione nasce e si sviluppa in un tempo che non assume una dimensione monologante, ma che, diversamente, viene a tramandare il racconto a più voci di un destino collettivo, dell'identità di una comunità, volto a veicolarne la storia. La Costituzione non è quindi mera espressione delle forme del diritto e delle sue istituzioni, essa si sviluppa lungo quella frontiera aspra e spesso indecifrabile, ove il diritto si incontra con la storia e la realtà sociale<sup>1</sup>, ibridandosi con le istanze metagiuridiche della tecnica, della scienza e dell'etica. La Costituzione come atto di fondazione, che istituisce un suo tempo, si forma nella temporalità storica e rappresenta, nel suo progredire, forme e meccanismi propri della società e delle sue principali sovrastrutture, determinando le condizioni per la sua stessa evoluzione dinamica.

Il testo e i suoi enunciati divengono pertanto un meccanismo permanente di trasmissione di un patrimonio di esperienza ed aspettative<sup>2</sup>, da perpetuare a dispetto del trascorrere del tempo, il che non può occultare – specie laddove si scontra con le sfide della storia – le criticità che la tensione

\* *Avvocato e Dottore di ricerca in diritto pubblico e tributario nella dimensione europea, Università degli studi di Bergamo. Mail: [stefano.rossi@unibg.it](mailto:stefano.rossi@unibg.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

<sup>1</sup> Gli ordinamenti costituzionali non vivono in una dimensione atemporale, ma «nel solco di una storia che prima di essere costituzionale è anche storica e politica». Così L. ALBINO, *Continuità e rottura come problema giuridico*, in *Nomos*, 2, 2017, 1.

<sup>2</sup> R. KOSELLECK, «*Spazio di esperienza*» e «*orizzonti di aspettativa*»: *due categorie storiche*, in ID., *Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici*, Bologna, 2007, 304 ss. ha utilizzato i concetti di «spazio di esperienza» e «orizzonte di aspettativa» che possono fungere da strumenti d'analisi della Costituzione, laddove l'esperienza è intesa come «un passato presente, i cui eventi sono stati conglobati e possono essere ricordati» e l'aspettativa come «l'attesa che si compie nell'oggi, [il] futuro presentificato».

all'eternità della Costituzione sottende<sup>3</sup>, rispecchiando un diritto a volte in ritardo sul tempo della società, altre volte custode di una promessa normativa in attesa di dischiudersi alle istanze sociali.

A partire dal secolo scorso alla sfida del mutamento sociale si è accompagnata l'evoluzione della scienza e delle tecnologie che, nell'investire e modificare radicalmente i paradigmi della natura, i confini dell'individualità biologica dell'uomo, hanno ricondotto le relative scelte entro la sfera della responsabilità del singolo, con l'effetto di alimentare aspettative di regolazione imposte dall'ansia sociale di fronte alle incertezze apportate dall'artificio della tecnica<sup>4</sup>. La capacità di adattamento del diritto, a fini regolativi, non si è tuttavia tradotta in un semplice cedimento alle ragioni della tecnica, ma è stata interpretata come uno strumento di salvaguardia di quell'«eccedenza progettuale» della Costituzione diretta ad aprire «percorsi di sviluppo sociale, indica[re] obiettivi, disegna[re] scenari futuri»<sup>5</sup>.

In questo contesto la Costituzione è stata in grado di accogliere quel magma di fatti e d'interessi nuovi che non potevano trovare cittadinanza nelle rigidità della legge, disgregando la superficie liscia e geometrica del diritto tradizionale<sup>6</sup>. Tale evoluzione si è riverberata nell'erosione di quelle categorie, principi, istituti che si erano cristallizzati in significati coerenti rispetto alla cornice paradigmatica dello Stato borghese e che, a fronte della loro acclarata inadeguatezza ad afferrare la complessità e il dinamismo della realtà, hanno subito un processo di radicale ripensamento che ha portato all'emersione di nuovi significati – più attenti alla sostanza valoriale che alla forma, all'effettività che alla validità formale – in linea con le nuove sensibilità sociali e le innovazioni della tecnica<sup>7</sup>. Ridefinire la cornice concettuale del paradigma e le singole categorie teoriche ha contribuito a disegnare la mappa dei problemi e delle conseguenti proposte normative nell'ambito di quel processo di «co-

<sup>3</sup> M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione italiana*, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"?, Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, Milano, 2013, 32 che rammenta che «le costituzioni aspirano all'eternità ordinamentale [ovvero l'obiettivo] è plasmare i destini di una comunità politica per il periodo di tempo più lungo possibile. [La Costituzione] tende, insomma, non solo all'eternità nell'ordinamento, ma all'eternità dell'ordinamento».

<sup>4</sup> Sulla totale giuridicizzazione della vita come principio che connota le democrazie costituzionali della seconda metà del Novecento, assillate dal vuoto normativo e come simbiosi, nell'era tecnologica, tra la nuova sovranità che si prende in carico la vita biologica e l'esercizio della libertà-volontà dell'uomo di governo del corpo vedi G. VOLPE, *Libertà e diritti dalla modernità alla biopolitica: l'individuo, la persona, l'uomo-specie, i diritti umani*, in C. AMATO, G. PONZANELLI (a cura di), *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006, 339 ss.

<sup>5</sup> G. VASSALLI, *Testimonianza*, in *Giornale di storia costituzionale*, 1, 2006, 55 ss. Con riferimento al tema trattato, questo aspetto prospettico della Costituzione si è concretato nelle forme del biodiritto che è «esistito, più o meno consapevolmente, anche prima del "nome", della presa d'atto della rilevanza complessiva per il diritto delle questioni collegate all'evoluzione e al progresso della scienza e della tecnica medica» (come nota A. D'ALOIA, *Biodiritto oltre lo Stato*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante della Filosofia del diritto*, II, Torino, 2012, 52).

<sup>6</sup> P. GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 47 ss.

<sup>7</sup> M. VOGLIOTTI, *La fine del "grande stile" e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica*, in V. BARSOTTI (a cura di), *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 157 secondo cui «cornici concettuali e categorie teoriche che non sono il frutto di asettiche opzioni epistemologiche e metodologiche, ma (anche e soprattutto) il risultato di precise scelte valoriali, di politiche culturali o, meglio, di politiche della cultura a cui il giurista non può e non deve sottrarsi».

produzione tra scienza e diritto, in cui da un lato la conoscenza del contesto normativo è necessaria alla comprensione della scienza, dall'altro la scienza è fonte di numerosi cambiamenti normativi<sup>8</sup>; si tratta di problemi a volte del tutto originali e «di frontiera» che richiedono soluzioni inedite<sup>9</sup>, ma, spesso, l'era tecnologica ha posto in forme nuove interrogativi antichi, come quelli che attengono alla fase iniziale e terminale della vita<sup>10</sup>. Così «mentre, con una certa enfasi, si esaltano le cesure rispetto al passato operate dalla tecnica [...], al diritto si rivolgono sempre più forti richieste di indicare i limiti e di esplicitare confini normativi dentro i quali definire le possibilità. La tradizione giuridica, dalla quale la tecnica prende distanza travolgendone tutti i riferimenti, mostra consapevolezza di tali problemi; e non da oggi»<sup>11</sup>, operando al fine di ricostruire e rigenerare «il rapporto tra ordinamento giuridico, persone fisiche, idee di vita»<sup>12</sup>.

Se dunque il rapporto tra diritto e dimensione vitale dell'esistenza – seppure mai nella forma e intensità che connota questi ultimi decenni – si è già da tempo imposto alla cultura giuridica, la vita materiale e immateriale delle persone ha comunque trovato piena cittadinanza nella costellazione dei principi costituzionali, entro cui si può rintracciare una specifica “grammatica” della vita, con tutte le sue più diverse dimensioni, da quella puramente biologica a quella propriamente spirituale o biografica<sup>13</sup>.

L'apertura cognitiva dei sistemi costituzionali verso queste tematiche presuppone un ordinamento costituzionale<sup>14</sup> inteso come struttura in evoluzione guidata da principi che sono espressione di ideali morali sviluppatasi storicamente nelle società di riferimento.

Nella ricostruzione che propone le norme costituzionali non più (solo) come un limite alla legislazione, ma piuttosto come il «fondamento» di tutto l'ordinamento giuridico<sup>15</sup>, la Costituzione è vista come un «insieme di principi capaci di penetrare in tutti i settori del diritto, e di rimodellare le categorie giuridiche proprie dei vari settori del diritto infra-costituzionale. La Costituzione, in questo modello, non è considerata come la disciplina di una ben delimitata “materia costituzionale”, separata dal resto dell'ordinamento giuridico, ma piuttosto come un progetto di società giusta, che come tale è de-

<sup>8</sup> S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI, *Introduzione*, in *Ambito e fonti del biodiritto, Trattato di Biodiritto*, S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), Milano, 2010, LI; L. CHIEFFI, *Introduzione. Prospettive di dialogo tra Scienza e Diritto*, in Id. (a cura di), *La medicina nei Tribunali*, Bari, 2016, 10 ss.

<sup>9</sup> Si pensi ai dilemmi legati alla genetica su cui M. TOMASI, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Napoli, 2019.

<sup>10</sup> S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I-II, Milano, 2012; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019.

<sup>11</sup> E. RESTA, *Diritto vivente*, Roma-Bari, 2008, 81.

<sup>12</sup> A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti, nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in Id. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma, svoltosi il 19 marzo 2004, Torino, 2005, XI.

<sup>13</sup> Sui principi costituzionali che strutturano e innervano il biodiritto si veda C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in C. CASONATO, C. PICCOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, 2006, 15 ss.; A. D'ALOIA, *Biodiritto oltre lo Stato*, cit., 56 ss.

<sup>14</sup> A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2010, 311 ss.

<sup>15</sup> P. VERONESI, *Valori, principi e regole: tra dimensione positiva e metapositiva della Costituzione*, in *Ars Interpretandi*, 2014, 37.



stinato a dispiegare i suoi effetti su tutta la società, sulle relazioni giuridiche e su quelle politiche»<sup>16</sup>. In un tale contesto separare le questioni attinenti alla nomodinamica dello Stato costituzionale da quelle relative alla sua dimensione etica sostanziale risulta artificioso, nella misura in cui le due dimensioni si intersecano e si influenzano reciprocamente. A sua volta, la distinzione sottesa tra valori, principi e regole si riverbera sulla complessa struttura dell'ordinamento giuridico il cui equilibrio viene garantito dalla Costituzione, quale fonte giuridica suprema che, aprendosi ai valori etici della società, offre tutela ai diritti soggettivi attraverso norme che, pur mantenendo la formula esteriore di regole formali e positive, si aprono e si lasciano pervadere nel loro contenuto assiologico<sup>17</sup>.

In tale prospettiva l'idea che le norme costituzionali siano essenzialmente principi è strettamente associata alla visione della Costituzione come universo dinamico, che si evolve nel tempo e che si espande attraverso la coesistenza di una pluralità di principi, privi di una gerarchia formalmente determinata. Condizione che consente di concepire forme di diritto più idonee a garantire la sopravvivenza di una società pluralista che cerca di perseguire un progressivo riequilibrio attraverso transazioni di valore.

Solo una Costituzione per principi, nonostante le critiche inerenti ad una sua debole prescrittività<sup>18</sup>, è in grado di sostenere e fronteggiare le nuove incertezze infiltratesi nella nostra vita individuale e collettiva anche sul piano della bioetica. «I principi del *biolaw* si riversano (e ne vengono plasmati) nelle risorse fondamentali del linguaggio costituzionale, a cominciare dal capitolo dei diritti [...] appor[ta]ndo alla riflessione bioetica un arricchimento anche "qualitativo" che riguarda le sue diramazioni sostanziali, i flussi di comunicazione con il mutevole orizzonte delle istanze culturali e sociali»<sup>19</sup>. Peraltro, è la struttura stessa dei principi a renderli porosi alle esigenze che emergono dagli equilibri provvisori e instabili tra le tante dimensioni della vita, gli ambivalenti poteri della tecnica e le domande crescenti che vengono rivolte all'etica e al diritto. Contestualmente, sul piano funzionale, i principi vengono a concorrere nell'orientamento della «realtà sociale verso certe scelte valutative ottimali, verso progetti trasformativi dell'ordine preesistente, tracciando una cornice di compatibilità al cui interno far scorrere l'evoluzione pluralistica dei rapporti sociali»<sup>20</sup>. Compito quest'ultimo nell'adempimento del quale l'interprete e il giudice non si trovano soli di fronte al testo e al contesto della realtà che li circonda, ma sono avvolti in una rete di mutui apprendimenti che vengono acquisiti

<sup>16</sup> G. PINO, *Costituzione come limite, costituzione come fondamento, costituzione come assiologia*, in *Diritto e Società*, 1, 2017, 104 ss.

<sup>17</sup> R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), Milano, 1998, 193 ss.; ID., *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 36 ss.

<sup>18</sup> M. DOGLIANI, *La codificazione costituzionale. Diritto costituzionale e scrittura, oggi*, in *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*. Atti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997, Padova, 1998, 66 ss.

<sup>19</sup> A. D'ALOIA, *Biodiritto oltre lo Stato*, cit., 57. Anche C. PINELLI, *L'interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Studi in memoria di L. Paladin*, Padova, 2004, 13 secondo cui 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».

<sup>20</sup> C. PINELLI, *Il diritto per principi e la comunità degli interpreti*, in D.M. CANANZI, R. RIGHI (a cura di), *Ontologia e analisi del diritto. Scritti per Gaetano Carcaterra*, II, Milano, 2012, 1084.

in forma dialogica, e mai in modo imperativo<sup>21</sup>. È poi la necessità del bilanciamento<sup>22</sup> a mettere in risalto come i principi, in quanto precetti di ottimizzazione<sup>23</sup>, richiedano la valutazione della loro dimensione «contenutistica», implicando una presa di posizione che inerisce ad una determinata concezione del sistema dei valori. Pertanto, nella decisione dei casi, a fronte di una pluralità di principi applicabili, l'interprete, sulla base di opzioni di valore, dovrà stabilire quale dei principi risulterà realizzabile, valutata l'appropriatezza (*Geeignetheit*), la necessità (*Erforderlichkeit*) in relazione alle circostanze di fatto e la proporzionalità in senso stretto rispetto alle possibilità giuridiche<sup>24</sup>.

Se la Costituzione è "progetto gettato", ovvero l'energia ordinante che percorre l'intero ordinamento attraverso cui trovano espressione principi e valori, meccanismi di integrazione, cornici di regole per la riproduzione e recezione di culture, esperienze vissute e memorie tramandate, parimenti, il biodiritto si innerva intorno ai principi dell'intero ordinamento repubblicano, venendo a strutturarsi in termini problematizzanti sulla spinta degli sviluppi della scienza nel settore della vita e della salute, nonché in ragione dell'attenzione sociale che vi si è coagulata attorno. Per tale motivo, «nonostante la loro apparente distanza dalla "cultura" dei costituenti»<sup>25</sup>, le questioni biogiuridiche interrogano il diritto e l'interpretazione costituzionale affidando un orizzonte di possibilità agli apprendimenti maturati dalle interazioni fra persone libere nel corso di più generazioni, tanto da determinare una sorta di rovesciamento che ha mutato la prestazione fondamentale della Costituzione, la quale da «atto creativo» è divenuta «testo responsivo»: così la «Costituzione che esige soggezione al progetto politico-sociale che essa imperativamente stabilisce ha lasciato il posto alla Costituzione alla quale ci si rivolge per trovare risposte condivisibili agli interrogativi che sorgono dai casi difficili della vita costituzionale»<sup>26</sup>.

Per non cadere nello stesso errore dei cartografi di Borges<sup>27</sup>, che intrapresero l'impresa disperata di realizzare una mappa dell'Impero di dimensione pari all'Impero stesso, ci si limiterà in questo contributo a ripercorrere – con la necessaria sintesi – alcuni dei principi-chiave che, vergati in Costituzione, sono divenuti rima obbligata attraverso la quale comporre le forme della "poetica" del biodiritto.

<sup>21</sup> R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2, 2002, 123 ss.

<sup>22</sup> Secondo Corte cost., 9 febbraio 2015, n. 6 «la Costituzione italiana come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. [...] Il punto di equilibrio, proprio perché *dinamico* e non prefissato in anticipo, deve essere valutato dal legislatore nella statuizione delle norme, e dal giudice delle leggi in sede di controllo, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

<sup>23</sup> Secondo R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 110 ss., i principi sono norme che ordinano che qualcosa sia realizzato nella misura del possibile, sono mandati di ottimizzazione, cioè norme che possono essere adempiute in misura maggiore o minore a seconda del peso che l'interprete attribuisce loro rispetto ad un principio concorrente. Le antinomie tra principi si risolvono, invece, tramite il criterio della ponderazione o del bilanciamento. Quando due principi offrono due soluzioni normative confliggenti per la risoluzione del medesimo caso concreto allora uno dei due principi deve cedere di fronte all'altro, introducendo una "relazione di precedenza" o una "gerarchia assiologica", che può essere sia condizionata che incondizionata.

<sup>24</sup> R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 110 ss.

<sup>25</sup> P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, *Trattato di Biodiritto*, cit., 139 ss.

<sup>26</sup> G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 228 e 230 ss.

<sup>27</sup> J.L. BORGES, *L'artefice*, in *Tutte le opere*, Milano, 1986, 1253.

## 2. Personalismo e dignità

Il principio personalista costituisce trama e ordito del tessuto costituzionale che, innervando con la sua «eccedenza assiologica»<sup>28</sup> anche altri snodi del testo, viene ad investire e rinnovare l'intero ordinamento e l'esperienza formatasi sulla sua base. Tale centralità, attribuita al principio personalista, nasceva dall'urgenza storica di compiere «legalmente e pacificamente il più grande rivolgimento nella storia politica moderna d'Italia [gettando] un ponte nell'abisso tra due epoche»<sup>29</sup>, ridisegnando il rapporto asimmetrico tra Stato e cittadino, tra autorità e libertà<sup>30</sup>.

Nel dibattito in Assemblea costituente emerge nettamente la consapevolezza della necessità di operare una rottura netta con la cultura del regime fascista, ma più in generale con l'idea che la persona possa essere asservita e strumentalizzata in ragione dell'interesse sovraordinato dello Stato entro una gerarchia unitaria ed unificante.

Tale elaborazione è il frutto della convergenza ideale che ebbe a realizzarsi durante i lavori della Prima Sottocommissione, ove fu Giorgio La Pira a tracciare la strada volta a «definire un sistema integrale organico dei diritti della persona e dei diritti degli enti sociali – compresi quelli economici – in cui la persona si espande [delineando] una fisionomia della struttura sociale e giuridica della Costituzione»<sup>31</sup>. In tal senso la relazione di La Pira immagina una compiuta «architettura costituzionale» del nuovo Stato, ispirata alla concezione secondo cui è «lo Stato per la persona e non la persona per lo Stato», il che presuppone «una anteriorità della persona rispetto allo Stato, [nella misura in cui] l'uomo ha valore di fine e non di mezzo perché la natura dell'uomo è spirituale e trascende, quindi, tutti i valori del tempo»<sup>32</sup>. Questa proposta, pur criticata sotto altri aspetti<sup>33</sup>, trovò il consenso anche delle altre sensibilità politiche rappresentate in Costituente, tanto che lo stesso Togliatti si esprime nel senso della possibilità di indicare quale «fine di un regime democratico quello di garantire un più ampio e più libero sviluppo della persona umana»<sup>34</sup>. È poi Giuseppe Dossetti, in termini limpidi, a sancire la preminenza del principio, sottolineando come il «concetto fondamentale dell'anteriorità della persona, della sua visione integrale e dell'integrazione che essa subisce in un pluralismo sociale

<sup>28</sup> A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in L. VENTURA, A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Milano, 2015, 167 ss.; anche N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione: unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, 1984, 34 ss. e 79 ss.

<sup>29</sup> Così A. De Gasperi, seduta del 25 giugno 1946, Assemblea costituente tratto da [www.nascitacostituzione.it](http://www.nascitacostituzione.it) (da cui saranno tratte anche le successive citazioni).

<sup>30</sup> Come nota A. Moro, seduta del 13 marzo 1947, Assemblea costituente «sta di fatto che la persona umana, la famiglia, le altre libere formazioni sociali, quando si siano svolte sia pure con il concorso della società, hanno una loro consistenza e non c'è politica di Stato veramente libero e democratico che possa prescindere da questo problema fondamentale e delicatissimo di stabilire, fra le personalità e le formazioni sociali, da un lato, lo Stato dall'altro, dei confini, delle zone di rispetto, dei raccordi».

<sup>31</sup> G. La Pira, seduta del 9 settembre 1946, I Sottocommissione.

<sup>32</sup> G. LA PIRA, *Relazione sui principi relativi ai rapporti civili presentata alla Prima Sottocommissione dell'Assemblea costituente*; considerazioni ribadite in ID., *Per una architettura cristiana dello Stato*, Firenze, 1954, 25 ss. Sul punto U. DE SIERVO, *Il doveroso impegno sociale*, in ID. (a cura di), *Principi contro i totalitarismi e rifondazione costituzionale*, Firenze, 2019, LVI ss.

<sup>33</sup> Si vedano le riflessioni di F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, 54 ss. e 100 ss.

<sup>34</sup> P. Togliatti, seduta del 9 settembre 1946, I Sottocommissione.

[...] può essere affermato con il consenso di tutti»<sup>35</sup> e trasfondendo i conseguenti criteri direttivi nel noto ordine del giorno del 9 settembre 1946<sup>36</sup>. Seppure mai discusso in Sottocommissione, in tale testo è racchiuso il significato autentico della cesura prodotta dalla Costituzione repubblicana, rispetto al precedente regime, quanto ai rapporti tra individuo e Stato<sup>37</sup>: vi è infatti il riconoscimento (o la riscoperta) della persona umana<sup>38</sup> – nella sua dimensione individuale e sociale, materiale e spirituale – come valore inviolabile e principio costitutivo di ogni società, visione che si declina negli enunciati della precedenza della persona rispetto allo Stato, della socialità della persona esplicantesi nelle comunità intermedie e del riconoscimento dei diritti fondamentali di queste due sfere<sup>39</sup>. Posto il vincolo intercorrente fra diritti e umanesimo di riferimento, l'introduzione di tali principi è espressiva di una visione antropologica precettiva e presenta una funzione strutturante i processi sociali e istituzionali coinvolti, la cui implementazione è dunque subordinata al grado di recepimento dimostrato dalla comunità di riferimento.

Si coglie, in tale prospettiva, la distanza da ogni astrazione, dato che l'uomo vi appare come un essere la cui identità si conquista socialmente e dunque nella relazione con l'altro da sé, nel contesto definito dalla realtà delle «formazioni sociali» all'interno delle quali la costruzione della personalità si realizza<sup>40</sup>.

La narrazione costituzionale decompone il soggetto generale e astratto del grande stile della codificazione borghese, frammentandolo in una pluralità di persone situate, colte nei loro vari contesti vitali, che si arricchiscono di nuove identità formate nella rete dei rapporti sociali ed economici che concretamente li avvolgono e li costituiscono. Questa visione relazionale della persona nella prospettiva costituzionale è quindi quella di «un io-qui- adesso-così-fra questi uomini-con questo passato», che «non apprende se stesso [essendo] già situato e comunicato in questa inserzione originale»<sup>41</sup>, il che implica l'esplorazione di un territorio che è fecondo solo nella misura in cui si apre al diritto oltre schemi già predeterminati in maniera rigida: difatti la persona umana, assunta come valore esisten-

<sup>35</sup> G. Dossetti, seduta del 9 settembre 1946, I Sottocommissione.

<sup>36</sup> L. ELIA, *Dossetti alla Costituente*, in *Storia e memoria*, 16, 1, 2007, 54 ss.; M. CARTABIA, *La fabbrica della costituente: Giuseppe Dossetti e la finalizzazione delle libertà*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2017, 477 ss.; S. ROSSI, *Dossetti e la fede nella Costituzione*, in B. PEZZINI, S. ROSSI (a cura di), *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, Milano, 2016, 117 ss.

<sup>37</sup> Per un quadro esaustivo G. D'AMICO, *Stato e Persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea costituente*, Milano, 2018, 103 ss.

<sup>38</sup> Si veda l'interpretazione di A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 53 ss.

<sup>39</sup> A. VEDASCHI, *Il principio personalista*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011, 274 ss.

<sup>40</sup> C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Roma, 1971, 75-76 secondo cui «lo Stato personalista [...] poggia su questo caposaldo: che gli rimarrebbe precluso di conseguire il fine assunto di restaurare i valori della persona, se lungi dal sovrapporsi alla vita sociale, non derivasse da questa i motivi e la forza della propria azione. Sicché tale tipo di Stato vede nelle formazioni sociali non già una ragione di debolezza, bensì il suo saldo fondamento»; anche V. CRISAFULLI, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Diritto del lavoro*, I, 1954, 76 ss.

<sup>41</sup> E. MOUNIER, *Che cos'è il personalismo?*, Torino, 1975, 31 e 61 per cui «il personalismo è rinnegato nel momento in cui ci si colloca nel desolante cogito».

ziale e giuridico, racchiude in sé l'attuazione di fini irriducibili, non precostituibili, capaci di cogliere la direzione degli eventi<sup>42</sup>.

I principi costituzionali hanno immesso nelle vene sclerotizzate del diritto la linfa della storia, dei fatti, della società, con i suoi uomini e donne in carne ed ossa, spinti da concreti interessi e animati da valori non omogenei, la cui «libertà è pienamente garantita, se l'uomo è libero di formare degli aggregati sociali e di svilupparsi in essi. [Per questo] lo Stato veramente democratico riconosce e garantisce non soltanto i diritti dell'uomo isolato, che sarebbe in realtà una astrazione, ma i diritti dell'uomo associato secondo una libera vocazione sociale»<sup>43</sup>. Al riconoscimento ed alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo come singolo, i costituenti quindi affiancano il riconoscimento delle situazioni giuridiche positive da garantire all'interno delle formazioni sociali: così la famiglia, le comunità religiose, le istituzioni scolastiche, le associazioni aventi finalità peculiari e, ancora, le autonomie territoriali, espressione di legami civici originari<sup>44</sup>, costituiscono altrettante articolazioni della comunità che valgono ad integrare le persone nel corpo sociale entro vincoli di solidarietà operanti a monte dell'ordinamento statale<sup>45</sup>.

Strettamente connesso al principio personalistico, ed anzi svolgimento dello stesso, è il concetto di dignità<sup>46</sup> che assume «la personalità umana in atto, quindi proiettata nella sfera sociale»<sup>47</sup> come fattore determinante della propria intrinseca logica emancipativa<sup>48</sup>. Dignità sociale<sup>49</sup> e pieno sviluppo della personalità delineano un "ambiente relazionale" entro il quale i significati dell'eguaglianza, formale e sostanziale, perdono la loro tradizionale connotazione oppositiva, per acquisire una forma "sequenziale" e un indirizzo unitario progressivo: un'eguaglianza che, per il tramite dei diritti sociali,

<sup>42</sup> D. MESSINETTI, *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, 552.

<sup>43</sup> A. Moro, seduta del 13 marzo 1947, Assemblea costituente.

<sup>44</sup> E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, 119 ss.; A. PIZZORUSSO, *Artt. 1-4*, in *Commentario al Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 181 ss.; M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Politica del diritto*, 1975, 580 ss.

<sup>45</sup> F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 61.

<sup>46</sup> Parla della dignità come «nucleo essenziale del principio personalista» G. SILVESTRI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in L. VENTURA, A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, cit., 57 ss.

<sup>47</sup> C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1964, 376.

<sup>48</sup> A. BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 2, 1962, 117 ss., specie 135, nota 37 secondo cui «la pari dignità sociale rappresenta nel nostro sistema costituzionale uno degli elementi che concorrono a porre le basi di un saldo Stato democratico, a rendere effettiva la sovranità popolare e, in ultima analisi, quindi, data la stretta connessione nel sistema tra personalità e democrazia, a un maggior rispetto del valore della persona umana».

<sup>49</sup> Secondo M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 202 «se il concetto di dignità si distilla dal complesso delle norme che in Costituzione hanno per oggetto la persona umana, cosa diversa dalla mera "dignità" è la pari dignità sociale. La prima è infatti il valore che si intende proteggere; la seconda invece sia l'obiettivo della norma costituzionale, sia lo strumento normativo che consente di perseguirlo (grazie ovviamente agli effetti che produce la sua previsione). In questo modo la disposizione costituzionale assume una valenza dinamica che non [avrebbe] se parlasse solamente di dignità, se cioè si adagiasse sul modello che è invece recepito nell'art. 2. Tra questo e l'art. 3 non vi è dunque separazione né tampoco contraddizione, ma una reciproca integrazione delle due disposizioni».

diviene «effettivamente disponibile»<sup>50</sup>, assumendo una funzione comprensiva al cui interno convivono – reciprocamente alimentandosi e bilanciandosi – istanze personaliste e pluraliste, contenuti individuali e collettivi, profili formali (non discriminazione) e sostanziali (rimozione degli ostacoli all'eguaglianza). Questa tensione trova il proprio valore espressivo attraverso l'eguaglianza nei diritti (e dei diritti) finalizzata al perseguimento degli obbiettivi contenuti nel secondo comma dell'art. 3 Cost., in cui è iscritto un obbligo istituzionale a dar luogo ad una progressiva opera di trasformazione della società.

Così intesa, la pari dignità sociale non rappresenta soltanto uno strumento di garanzia passiva dell'identità degli individui, che può essere compromessa tanto da condizioni di indigenza, quanto da atteggiamenti di disprezzo o di discredito sociale ad opera degli altri consociati, ma, interpretata contestualmente al principio di eguaglianza sostanziale, rivela una proiezione dinamica verso la piena realizzazione delle persone, in un contesto in cui non fanno premio ruoli o categorie, ma la condivisa appartenenza alla comunità<sup>51</sup>. In questa prospettiva all'istanza egalitaria che connota il principio della pari dignità sociale si somma una forte connotazione anti-autoritaria, nella misura in cui l'eguale rispetto per ciascuno importa anche eguale rispetto per valori, credenze, preferenze di cui ciascuno è portatore<sup>52</sup>.

Ne emerge la persistente attualità del principio personalistico che si esprime attraverso un pensiero possibilista<sup>53</sup> in una prospettiva che si pone all'incrocio fra «tradizione e speranza», binomio entro cui si condensa «la temporalità costituzionale che è cambiamento, orientamento dinamico [...] aperto alla processualità dell'azione umana, e pertanto la sua dimensione propria si coglie nel senso dell'anticipazione di un pensiero e di un'attività che si intendono e si fanno tendenziali, che si sporgono verso una meta non ancora raggiunta elaborando così il tempo dell'attesa»<sup>54</sup>.

### 3. Il pluralismo come meta-valore

Il Novecento ha visto l'irrompere del pluralismo<sup>55</sup> e l'affermarsi di una insopprimibile vocazione alla complessità, frutto dell'ascesa della classe lavoratrice, della tragedia di due guerre mondiali e di

<sup>50</sup> G. FERRARA, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1098.

<sup>51</sup> Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013, 121 ss.

<sup>52</sup> M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2007, 86.

<sup>53</sup> P. HÄBERLE, *Stato costituzionale*, II, *Sviluppo storico*, in *Enciclopedia giuridica*, 2, Roma, 2000.

<sup>54</sup> F. CERRONE, *L'attesa dell'attuazione costituzionale e la crisi della politica*, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"?*, cit., 91 ss. secondo cui «le possibilità che restano aperte persino quelle non compiutamente pensate ed articolate in termini attuativi, sono in grado tuttavia di erogare prestazioni in termini assiologici, di suggerire la condivisione di valori testualmente richiamati o anche solo impliciti. [...] L'attesa dell'attuazione può essere un moltiplicatore di espressività assiologica che il testo riflette e diffonde nelle coscienze individuali e negli immaginari sociali, aprendo la strada all'impegno e alla lotta per la Costituzione».

<sup>55</sup> V. ANGIOLINI, *Il «pluralismo» nella Costituzione e la Costituzione per il «pluralismo»*, in R. BIN, C. PINELLI, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, 3 ss.; F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999.

un'accelerazione nell'evoluzione sociale e tecnologica<sup>56</sup>. I costituenti si sono dovuti far carico di tale sfida articolando un discorso giuridico che superasse i semplicismi degli artefatti paesaggi del vecchio diritto borghese, a partire da uno sguardo «dal basso, dal substrato radicale della civiltà italiana laddove non era penetrato il veleno inquinante della barbarie fascista, e lì, soltanto lì, legg[endo] e decifran[do] valori diffusamente condivisi»<sup>57</sup>. In questo sguardo diverso si è espressa la recisa frattura con la tradizione che è emersa appunto nella rilevanza attribuita, ai fini della costruzione della regola *juris*, ai fatti – strutturali, economici e culturali – di cui la società si nutre e si intride. Ne deriva che alla considerazione della materialità dell'esperienza umana si accompagna il riconoscimento del protagonismo della società nelle sue plurime articolazioni, dimensione che non può non aspirare alla pretesa di un ordinamento giuridico a se stessa coerente, un ordinamento che prenda atto che tutto il “sociale” è componente essenziale del nuovo paesaggio giuridico. Il pluralismo sollecita a riflettere sui modelli e sulle concezioni del diritto idonee a gestire le tensioni che agitano la società, amministrando e governando il disaccordo, assicurando l'equilibrio che trova realizzazione nella pratica interpretativo-applicativa.

In tal modo viene ad essere superata quella concezione monodimensionale della Costituzione, superamento peraltro già preannunciato da una disciplina aperta del quadro pluralista di interessi antagonisti che animano il conflitto sociale, la cui concorrenza non può essere neutralizzata attraverso una loro selezione e composizione in un quadro già definito di priorità, ma anzi ne diviene dato strutturante e insuperabile. La lotta per la Costituzione diviene quindi lotta per i diritti nella Costituzione, il che determina la piena inclusione del conflitto sociale nel “giardino” delle istituzioni e delle sue procedure. Come è stato autorevolmente sostenuto infatti «la regolazione del conflitto tra interessi inconciliabili corrisponde esattamente all' “oggetto sociale” della Costituzione, che non pretende affatto di comporlo una volta per tutte, ma punta a istituire regole e procedure che consentano di individuare in futuro punti di equilibrio tra gli interessi che siano accettabili per tutti»<sup>58</sup>.

Se la Costituzione diviene cornice sostanziale del quadro delle indomite relazioni sociali, protagonisti del paesaggio giuridico ivi raffigurato sono le persone e le formazioni sociali entro cui la personalità dei singoli si sviluppa e si svolge. È attraverso le formazioni sociali che si esprime quel pluralismo culturale, politico e sociale che viene a rappresentare una sorta di meta-valore<sup>59</sup> nello Stato costituzionale di diritto, laddove il pluralismo privilegia la mediazione rispetto alla decisione, il negoziato rispetto alla deliberazione, la ricerca della decisione consensuale in luogo della soluzione imposta. Se

<sup>56</sup> Trasformazione istituzionale oggetto delle riflessioni di S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Pisa, 1909, 9 ss.

<sup>57</sup> P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2018, 67 ss.

<sup>58</sup> R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 23 ss. e 40 ss. che sottolinea come «incorporare il conflitto sociale in una costituzione pluralista comport[er] dunque una costruzione su tre livelli: il livello sociale dei rapporti potenzialmente conflittuali; il livello della legislazione ordinaria che, legittimata dal principio di rappresentanza e di maggioranza, privilegia questa o quella visione della società, fissando contingenti e mutevoli assetti di equilibrio tra gli interessi sociali; il livello della costituzione pluralista, le cui disposizioni vincolano il legislatore ordinario e gli impongono limiti che gli impediscono di perseguire la “sua” visione della società sino al punto di compromettere i valori e gli interessi che le minoranze hanno “congelato” nella costituzione».

<sup>59</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritto, giustizia*, Torino, 1992, 167 ss.; in diversa prospettiva M. BARBERIS, *Pluralismi*, in *Teoria politica*, 3, 2007, 5-18.

dunque le formazioni sociali sono garanzia di pluralismo, a sua volta il pluralismo diviene strumento di tutela dell'individuo nelle formazioni sociali, la cui origine volontaristica e base consensuale non può portare ad annichilire, nella trama di rapporti pur di natura solidaristica, i diritti inviolabili della persona<sup>60</sup>.

Questa prospettiva emerge in maniera chiara nei dibattiti dell'Assemblea costituente ove il dilemma della garanzia del pluralismo si poneva come prioritario anche alla luce «degli insegnamenti che ci vengono dalla tirannide donde siamo usciti, ricordando ancora le lunghe, dure compressioni non soltanto della dignità della persona direttamente considerata, ma della dignità della persona considerata nelle formazioni sociali nelle quali essa si esprime e si compie»<sup>61</sup>. Ne è conseguenza una rinnovata «considerazione della società, la quale non è unica, non è monopolizzata nello Stato, ma si svolge liberamente e variamente nelle forme più imprevedute, soprattutto in quelle fondamentali, che corrispondono più pienamente alle esigenze immancabili della personalità umana»<sup>62</sup>.

Questa riflessione muove dalla natura democratica dello Stato e dal fondamento che ne è il substrato, ovvero la democrazia che, quale «elemento costitutivo della forma-Stato, inteso quale ordine complessivo di vita associata, [...] compendia in sé i presupposti e le condizioni cioè l'insieme di fattori spirituali, economici e sociali, le convinzioni, le strutture, i fini che informano di sé un ordinamento e rendono possibile ed efficace quella partecipazione»<sup>63</sup>. In quelle condizioni vi è, al contempo, il riconoscimento di un'ampia sfera di autonomia tributata ai poteri sociali privati e di un sistema di rapporti associativi da cui siano escluse le antitesi radicali di interessi, il che conduce al riconoscimento del pluralismo sociale che non solo viene assunto come dato di fatto, ma diviene un fattore positivo di evoluzione del sistema, portatore di un'elaborazione condivisa del tipo di società sottesa all'ordinamento costituzionale<sup>64</sup>.

Entro la stretta connessione tra i principi personalista e pluralista<sup>65</sup> delineati in Costituzione si struttura quella «democrazia, in senso politico, in senso sociale ed in senso che potremmo chiamare largamente umano»<sup>66</sup>, ove sostanza e procedura sono finalizzate a tutelare il diritto all'eguale conside-

<sup>60</sup> La considerazione per cui le formazioni sociali siano caratterizzate in senso strumentale alle esigenze della persona, si desume anche dalla definizione delle stesse come «forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico» (Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138).

<sup>61</sup> A. Moro, seduta del 13 marzo 1947, Assemblea costituente.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> C. MORTATI, Art. 1, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 6-7.

<sup>64</sup> Mette in luce la complessità del fattore pluralismo A. RUGGERI, *Il pluralismo tra «regola» e «principi» costituzionali sulla produzione giuridica*, in R. BIN, C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 279 ss.

<sup>65</sup> Il principio personalista reca inevitabilmente con sé il principio pluralista, che, implicando il riconoscimento democratico delle libertà e dei diritti, si accompagna alla possibilità offerta a ciascuno di usare con modalità diverse quelle stesse libertà in concreto. Principio pluralista, in combinazione a quello personalista, appare dunque un meta-valore proprio delle Costituzioni moderne che legittima l'obiettivo della massima estensione possibile della sfera di autodeterminazione degli individui, circoscrivendone le eventuali limitazioni ai soli casi in cui vengano concretamente in rilievo altri interessi e diritti sanciti nella Carta, i quali debbono così essere adeguatamente presi in considerazione e bilanciati. Sul punto P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, cit., 140 ss.

<sup>66</sup> A. Moro, seduta del 13 marzo 1947, Assemblea costituente.

razione e rispetto<sup>67</sup> mediante il riconoscimento del valore e responsabilità della persona in condizioni di eguaglianza. Si tratta di un valore che può, infatti, essere conciliato, senza essere sacrificato, con la dimensione sociale e solidaristica offerta dal paradigma interpretativo del pluralismo comprensivo, che si realizza nell'obiettivo della massima inclusione possibile di tutte le concezioni del bene, conciliando unità e diversità.

Lo Stato costituzionale ha il compito di custodire il pluralismo, mantenendo aperti i canali della comunicazione sociale, nell'ottica del riconoscimento, della tolleranza, della non-discriminazione, al fine di costruire un terreno di confronto. Ne deriva un'immagine della Costituzione – specie nel campo del biodiritto – come risorsa aperta alle esigenze di una sfera pubblica ove una faticosa opera di riequilibrio consente di «addivenire a “composizioni” in cui vi sia posto non per una sola, ma per tante “ragioni”»<sup>68</sup>, condizione essenziale per il mantenimento di una convivenza plurale e inclusiva.

#### 4. Laicità e sfera pubblica

Di fronte al fatto del pluralismo il linguaggio costituzionale deve costruire una base pubblica di giustificazione che tutti gli individui, che si muovono all'interno di universi culturali, morali e religiosi contrastanti e persino incompatibili, possano far propria senza abbandonare i loro interessi, valori e identità, in modo tale da consentire le condizioni di un'equa cooperazione sociale entro un quadro di principi comuni, nonché di vincoli relativi alle argomentazioni e alle pretese in conflitto ammesse allo spazio pubblico. Entro questo quadro concettuale si inserisce la premessa metodologica condensata dall'espressione *etsi Deus non daretur*<sup>69</sup>, elaborazione di una razionalità avulsa da ogni riferimento alla natura e al destino trascendente dell'uomo, che rappresenta l'origine e l'idea stessa dello Stato laico quale forma di governo della comunità che prescinde dall'appartenenza confessionale dei cittadini, riguardati solo nella loro dimensione essenzialmente umana, secolare ed esistenziale.

Si tratta di una scelta di orientamento assiologico che si integra pienamente con il metodo dell'Assemblea costituente nei cui lavori prevalse lo «*spirito cooperativo*, [espresso] nella precisa volontà delle parti di non arrivare mai, anche sulle questioni più delicate e controverse (come quelle relative al fondamento giuslavoristico della Repubblica o ai rapporti tra Stato e Chiesa cattolica), ad una rottura definitiva [...] traducendosi nella posposizione di ciò che divide gli associandi, a vantaggio di ciò che li unisce e, quindi, nella *reciproca tolleranza* che consente l'integrazione sociale»<sup>70</sup>.

La concezione dello Stato laico fu tuttavia evocata in Assemblea costituente in rare occasioni: nell'ambito del dibattito sui principi dei rapporti sociali, svoltasi nella prima sottocommissione nell'ottobre 1946 con riferimento al delicato tema del rapporto tra istruzione pubblica e privata, e durante la discussione in Assemblea dell'art. 5 (poi divenuto art. 7 Cost.) del progetto di Costituzione nel marzo del 1947.

<sup>67</sup> R. DWORIN, *L'impero del diritto*, Milano, 1989, 199 ss.

<sup>68</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 103 ss.; F. BELVISI, *I diritti fondamentali nella società multiculturale*, in *Diritto e Società*, 1, 2012, 1-18.

<sup>69</sup> U. GROZIO, *Prolegomeni al Diritto della guerra e della pace*, Bologna, 1961, 24 ss.

<sup>70</sup> A. MORELLI, *L'agenda della Costituente. Dal metodo dell'Assemblea al discorso sulle riforme*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea costituente*, cit., 48 ss.

Pare tuttavia esemplare dell'affermazione di uno spirito laico rammentare quanto avvenne nella seduta antimeridiana del 22 dicembre 1947, dedicata al coordinamento degli articoli del progetto di Costituzione, in occasione della quale Giorgio La Pira ebbe a proporre di inserire quale *incipit* al testo la formula «In nome di Dio il popolo italiano si dà la presente Costituzione». Tale proposta scatenò dure reazioni e contrasti incrinando quel clima di raggiunta unità che aveva connotato l'ultima fase dei lavori<sup>71</sup>, ed anche per questo fu ritirata dal giurista fiorentino. Nella discussione che nacque, fu tuttavia l'accorato intervento di Concetto Marchesi a delineare, meglio di tanta dottrina, l'idea di laicità che espressero i Costituenti e che, al di là dell'*intentio legislatoris*, troverà sviluppo negli anni successivi: «nessuno che mi conosca, potrà accusarmi di irriverenza verso le fedi religiose o di professione di ateismo. Ho sempre respinto nella mia coscienza l'ipotesi atea che Dio sia una ideologia di classe. Dio è nel mistero del mondo e delle anime umane. È nella luce della rivelazione per chi crede; nell'inconoscibile e nell'ignoto per chi non è stato toccato da questo lume di grazia. Ho detto testé al collega La Pira che questo mistero, questo supremo mistero dell'universo non può essere risolto in un articolo della Costituzione, in un articolo di Costituzione, che riguarda tutti i cittadini, quelli che credono, quelli che non credono, quelli che crederanno».

La Costituzione si propone quindi come norma suprema di una «città dell'uomo» fondata su principi e valori riconosciuti e condivisi che innervano lo Stato pluralista<sup>72</sup>. Conseguentemente il principio di laicità, andando oltre il tradizionale ambito dei rapporti tra Stato e confessioni religiose, costituisce a sua volta momento fondante del pluralismo democratico, criterio orientativo dei paradigmi dell'integrazione, luogo di definizione concreta e di legittimazione dei processi rivolti alla deliberazione democratica<sup>73</sup>. In questa prospettiva il pluralismo rappresenta quindi un limite esterno alla deliberazione della maggioranza, tanto da non consentire «esiti che, prescrivendo modelli generali e uniformi di condotta, tradiscono la vocazione pluralistica delle società democratiche contemporanee»<sup>74</sup>.

Al contempo, oggi più che nel passato, la garanzia della laicità si concreta non tanto, o non solo, nella libertà di coscienza, quanto, piuttosto, nella «libertà di formazione della coscienza [condizione necessaria se] si vuole realizzare quella società di uomini liberi, eguali, consapevoli, padroni delle loro azioni che [...] le Carte costituzionali contemporanee hanno prefigurato». Sicché compito «dei pubblici

<sup>71</sup> Si vedano gli interventi, pur con sfumature diverse, di Togliatti, Calamandrei, Terracini e Nitti che notò, con parole ancora oggi attualissime, «Perché ci dovremmo dividere sul nome di Dio? Il nome di Dio è troppo grande e le nostre contese sono troppo piccole. Io ho sofferto molto che questa proposta sia stata avanzata: io soffrirò anche di più se questa proposta verrà respinta. L'idea di Dio è talmente grande e universale che non può essere materia di controversie politiche. Far discendere Dio in controversie di un'aula parlamentare è umiliare la dignità dello spirito. Il nome di Dio non deve essere nominato in contrasti politici, che non hanno niente di grande».

<sup>72</sup> Secondo P. CAVANA, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, Roma, 1998, 29 ss. lo Stato moderno, dunque, può dirsi laico «soprattutto perché il suo ordinamento si fa veicolo di affermazione dei principi costituzionali di libertà ed eguaglianza anche in relazione ad aspetti dell'esperienza religiosa e confessionale che entrano nell'orbita del suo impegno di promozione della persona umana e di tutela delle condizioni per una pacifica convivenza».

<sup>73</sup> F. RIMOLI, *Laicità, postsecolarismo, integrazione dell'estraneo: una sfida per la democrazia pluralista*, in *Diritto pubblico*, 2006, 338 ss. secondo cui il legislatore di uno Stato laico deve tutelare paritariamente tutte le concezioni etiche e le istanze politiche, operando necessariamente, in ambiti controversi, con modalità deontiche deboli.

<sup>74</sup> O CHESSA, *La laicità come uguale rispetto e considerazione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, 27.



poteri dovrebbe allora essere non solo, in primo luogo, di ridurre, sino ad eliminarli, tutti i condizionamenti che, in varie guise, si oppongono alla libera formazione della coscienza [...], ma anche di porre in essere tutte le condizioni necessarie affinché ciascuno, con piena consapevolezza ed autonomia, possa maturare ed acquisire la propria coscienza»<sup>75</sup>. La fondazione del biodiritto in un ordinamento pluralista non può, in altri termini, prescindere dalla dimensione dell'autonomia individuale in ordine alle scelte etiche, il che presuppone un "ritorno alla laicità" come metodo, codice di trasmissione, procedura comunicativa che rimanda ad una visione del mondo intessuta di rapporti, relazioni umane, di un patto costitutivo e costituzionale – tenuto a rispettare il pluralismo, anzi a garantire la convivenza di una molteplicità di posizioni morali anche contrapposte tra loro – come preconditione per lo svolgimento di quella funzione promozionale del diritto che consenta di guidare la crescita sociale verso l'esercizio sempre più consapevole e responsabile della libertà<sup>76</sup>.

### 5. Il diritto alla salute: la radice e la gemmazione

Attraverso l'art. 32 Cost. si realizza il riconoscimento della salute come bene giuridicamente rilevante all'interno dell'ordinamento italiano. La scelta dei costituenti sancisce l'avvio del processo di passaggio dallo Stato liberale alle forme dello Stato sociale di diritto e, al contempo, «individua un campo di forze, designa una trama di poteri [che prende] le mosse dalla salute, [per giungere] alla persona nella sua integrità»<sup>77</sup>.

Nella seduta plenaria della Commissione per la Costituzione del 24 gennaio 1947 venne presentato alla discussione l'art. 9 *bis*, frutto della proposta del gruppo parlamentare dei sanitari<sup>78</sup> rielaborata dal Comitato di redazione, che – collocato fra le "disposizioni generali" – si limitava a sancire «La Repubblica tutela la salute e l'igiene ed assicura cure gratuite agli indigenti». Nella stessa seduta veniva approvato un emendamento integrativo, proposto da Paolo Rossi e Aldo Moro, volto ad affermare il limite della riserva di legge per l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori, riserva, a sua volta,

<sup>75</sup> T. MARTINES, *Libertà religiosa e libertà di formazione della coscienza*, in I.C. IBÁN (a cura di), *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa* (Atti del Convegno di Arcos de la Frontera, 1-2 febbraio 1989), Madrid, 1989, 46-48.

<sup>76</sup> P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, 71 ss.

<sup>77</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 267; in dottrina questa evoluzione si afferma a partire dalle riflessioni di L. CARLASSARE, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1967, 105 ss.

<sup>78</sup> Il gruppo parlamentare dei sanitari aveva, peraltro, formulato una proposta declinata in ben tre articoli del seguente tenore: «Lo Stato tutela la salute come un diritto essenziale e fondamentale di ogni essere umano e come interesse della collettività; promuove lo sviluppo della coscienza igienica; assicura le condizioni necessarie perché l'assistenza sanitaria si effettui in modo adeguato per tutti. Lo Stato assolve tali compiti per mezzo dei sanitari, mediante appositi istituti di previdenza facenti capo ad un unico organo centrale tecnico-sanitario, distinto dagli altri organi del potere esecutivo. Nessun cittadino può essere sottoposto a pratiche sanitarie non autorizzate dalla legge; la quale non potrà mai consentire che le pratiche sanitarie siano esplicate oltre i limiti imposti dal rispetto della personalità umana». Cfr. Assemblea costituente, seduta del 24 gennaio 1947.

rinforzata dal divieto di pratiche lesive della dignità umana<sup>79</sup>. Successivamente, nel Progetto di Costituzione, la predetta disposizione, rinumerata all'art. 26, veniva collocata nel Titolo I sui "rapporti etico sociali" e diveniva oggetto di un acceso dibattito nella seduta del 24 aprile 1947<sup>80</sup>.

Il confronto si sviluppava lungo tre direttive principali: in primo luogo sull'utilità della disposizione e quindi, in particolare, sull'estensione oggettiva e soggettiva della garanzia da essa prevista; in secondo luogo sull'opportunità di inserire in Costituzione un modello istituzionale e organizzativo del servizio sanitario ed infine in relazione alla controversa questione dei trattamenti sanitari obbligatori.

Dava "fuoco alle polveri" l'intervento di Sullo, che, nel presentare il proprio emendamento soppresivo dell'art. 26, sosteneva che la disposizione «non afferma[sse] in realtà né diritti di libertà, né diritti sociali»<sup>81</sup>. A questi replicava Caronia, anch'egli democratico cristiano, che, dopo aver lodato la Commissione dei settantacinque laddove aveva inteso consacrare nella Costituzione i principî fondamentali riguardanti la tutela della salute, proponeva la soppressione dell'alinea «e garantisce cure gratuite agli indigenti», considerato limitativo della affermazione del diritto alla salute. A suo avviso «lo Stato d[oveva] assicurare a tutti i mezzi di prevenire e curare le malattie. Certi mezzi di prevenzione e di cura sono così complessi e costosi da poter riuscire difficile procurarseli anche al cittadino più facoltoso con le sue sole disponibilità. L'organizzazione sanitaria deve essere tale, che a tutti deve essere data la possibilità di usufruirne. Stabilirà poi la legge le norme che assicurino ai non abbienti la gratuità»<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Fu lo stesso Moro, intervenendo in quella seduta, a sottolineare come l'emendamento, ricavato dai tre articoli proposti dal gruppo parlamentare dei sanitari, affrontasse «un problema di libertà individuale che non può non essere garantito dalla Costituzione, quello cioè di affermare che non possono essere imposte obbligatoriamente ai cittadini pratiche sanitarie, se non vi sia una disposizione legislativa, impedendo, per conseguenza, che disposizioni del genere possano essere prese dalle autorità senza l'intervento della legge. Importante è anche l'altra parte dell'emendamento. Non soltanto ci si riferisce alla legge per determinare che i cittadini non possono essere assoggettati altrimenti a pratiche sanitarie, ma si pone anche un limite al legislatore, impedendo pratiche sanitarie lesive della dignità umana. Si tratta, prevalentemente, del problema della sterilizzazione e di altri problemi accessori». Si vedano gli interventi critici di Nobile e Grassi che ritenevano che tale limitazione fosse troppo stringente e che l'uso del concetto di dignità umana, per la sua genericità, potesse ingenerare problemi interpretativi. Cfr. A. Moro, seduta del 28 gennaio 1947, Assemblea costituente.

<sup>80</sup> Come infatti notò ironicamente il medico e deputato comunista Cavallotti «l'art. 26 della Costituzione non ha suscitato nell'Assemblea lo stesso interesse che hanno suscitato altri articoli forse perché alla povera salute è capitato di trovarsi tra la famiglia e la scuola, tra la dissolubilità e l'indissolubilità del matrimonio da una parte, e la scuola parificata e la scuola statale dall'altra. Sicché dalla lotta sostenuta fra i diversi gruppi politici su questi argomenti, la povera salute ne è uscita malferma, almeno nella discussione». Cfr. A.M. Cavallotti, seduta del 22 aprile 1947, Assemblea costituente.

<sup>81</sup> L'argomentazione un po' retriva e dimentica del recente passato negava il tratto polemico del diritto alla salute, proprio invece dei diritti di libertà, in quanto in Italia non vi era stata alcuna violazione della dignità umana e, al contempo, escludeva che la salute potesse essere diritto sociale, nella misura in cui «in Italia, nei limiti dei bilanci e degli accorgimenti della tecnica amministrativa, è stata sempre tutelata la salute ed è stata sempre promossa l'igiene». Cfr. F. Sullo, seduta del 24 aprile 1947, Assemblea costituente.

<sup>82</sup> G. Caronia, seduta del 24 aprile 1947, Assemblea costituente. Negli stessi termini ancora Cavallotti che, nel criticare il tratto limitativo della previsione del Progetto, richiamava l'obiettivo da prefigurare, ovvero «quello di garantire la sicurezza sanitaria della popolazione su una base di solidarietà. [...] In questo articolo si parla di cure gratuite agli indigenti. Ma quali cure? La Costituzione francese è più coraggiosa. Parla infatti di "tutte le cure che la scienza offre". E anche noi dovremmo avere questo coraggio, e garantire ai lavoratori la protezione della loro salute con tutti i mezzi messi a disposizione della scienza. Non si può continuare soltanto con la

Nella stessa traiettoria, volta a amplificare la funzione e la portata dell'art. 26, si poneva la proposta emendativa del repubblicano Camangi che, nel suo intervento, sottolineava la necessità di «stabilire il principio che l'assistenza sanitaria, intesa nel senso più completo, quindi medici, medicine, analisi ospedali ecc. deve essere una funzione dello Stato, dei suoi organi centrali e periferici, e deve essere una prestazione alla quale devono aver diritto tutti i cittadini, indipendentemente dalle loro condizioni economiche»<sup>83</sup>.

Si tratta di posizioni che, seppure non si siano concretate nella lettera della Costituzione, rappresentano comunque elementi tali da suffragare una interpretazione evolutiva del testo costituzionale<sup>84</sup>, ponendo altresì in evidenza il ritardo con cui il legislatore ordinario ha saputo dar seguito alle aspirazioni ideali dei costituenti<sup>85</sup>.

Vi è infatti da notare che il dibattito profilatosi in sede di Assemblea costituente abbia fatto emergere le due contrapposte opzioni che avrebbero connotato il "governo" della salute nel nostro ordinamento: da un lato, coloro che ritenevano che l'intervento pubblico nel settore avrebbe dovuto mantenere un ruolo integrativo rispetto all'iniziativa privata e, dall'altro, chi, al contrario, sosteneva che l'aver prefigurato la salute come una condizione necessaria per il pieno sviluppo della persona umana comportasse un'estensione dell'intervento pubblico nel settore diretto a garantirne la soddisfazione in termini universalistici, a prescindere quindi da condizioni personali di indigenza. Sicché l'adozione di «tale prospettiva [veniva ad influire] anche sulla riformulazione del ruolo dell'intervento pubblico rispetto a quello della società, attraverso l'affidamento a questo di un compito non più episodico o integrativo, ma di garanzia nella tutela di un fondamentale diritto personale»<sup>86</sup>.

Anche se il dibattito, dando per scontato il carattere sociale del diritto alla salute, non ebbe a chiarire le ricadute della qualificazione dello stesso come diritto fondamentale della persona, da ricondurre nel novero dei diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2 Cost., si deve rilevare peraltro come l'idea di un modello universalistico che avrebbe dovuto connotare il sistema sanitario pubblico, fosse innovati-

---

somministrazione delle solite medicine a base di calcio o coi soliti sciroppi di poligala; l'assistenza sanitaria non può conoscere la relatività e la sperequazione: si deve dare tutto e a tutti in eguale misura». Cfr. A.M. Cavallotti, seduta del 22 aprile 1947, Assemblea costituente.

<sup>83</sup> L. Camangi, seduta del 24 aprile 1947, Assemblea costituente; nello stesso senso M. Merighi, *ibidem*.

<sup>84</sup> Così per S. BARTOLE, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, IV, Torino, 1989, 317 «la necessità di muovere dalle prime interpretazioni della costituzione è ineludibile, perché ogni interpretazione che a quella si affianca, si raccorda o si sovrappone, non può non tener conto dei punti di partenza, deve ad essi rapportarsi non per meramente ribadirli acriticamente, ma anche per qualificarli, ridimensionarli, eventualmente rifiutarli, sempre però nella logica di un discorso che non conosce cesure e mantiene, sul breve come sul lungo periodo, una sua coerenza e continuità». Specialmente nel diritto costituzionale «l'interpretazione del testo va a depositarsi su un tessuto articolato di istituzioni, prassi e orientamenti operativi e di valore con il quale deve necessariamente fare i conti. Ogni atto interpretativo della costituzione va a collocarsi non già in uno spazio vuoto, ma in una trama fitta e composita, ai cui condizionamenti non riesce a sfuggire, se non altro ai fini della sua stessa implementazione».

<sup>85</sup> Il richiamo ai lavori dell'Assemblea costituente rende interessante e importante sapere cosa intesero dire non tanto «i padri da celebrare», ma «i protagonisti concreti dei conflitti che l'hanno determinata», non potendosi da questo punto di partenza – se non di arrivo – prescindere, in quanto «la storia costituzionale è parte integrante del diritto costituzionale positivo». Cfr. M. DOGLIANI, *La concezione della costituzione in Togliatti*, in C. FRANCESCHINI, S. GUERRIERI, G. MONNINA (a cura di), *Le idee costituzionali della Resistenza*, Atti del convegno di studi tenutosi a Roma nei giorni 19-21 Ottobre 1995, Roma, 1997, 382 ss.

<sup>86</sup> M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998, 37.

vamente già sottesa alla virtuosa crasi che delinea la salute quale diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività<sup>87</sup>. La Carta costituzionale, dando fondamento ad un sistema istituzionale idoneo a perseguire forme di eguaglianza sostanziale, implica necessariamente che la pretesa del cittadino assuma la natura di diritto soggettivo a declinazione complessa, superando quelle concezioni che ne svuotavano la consistenza attraverso un richiamo strumentale alla nozione di diritto sociale, e, al contempo, pretende che il sistema di governo della salute si configuri in conformità a criteri ser-venti e funzionali al modo di essere della pretesa soggettiva.

Non si può altresì trascurare come, nello stesso dibattito<sup>88</sup>, emergesse la torsione "previdenziale" che connotava i discorsi intorno al tema della salute e che lo sospingeva in una sorta di dipendenza gerarchica rispetto all'art. 38, 2° co., Cost., facendone dunque un diritto (dei lavoratori) all'assistenza sanitaria pubblica<sup>89</sup>. Ciò era il portato di un dato strutturale, di un limite storico che ha visto la concretizzazione di forme diffuse di assistenza sanitaria, a cavallo tra otto e novecento, attraverso il sistema mutualistico sorto dal legame solidaristico tra i lavoratori<sup>90</sup>. Tale impostazione del diritto alla salute si rifletteva dunque in un approccio produttivistico a giustificazione dell'intervento pubblico in materia sanitaria, venendo quindi a limitare la posizione giuridica soggettiva vantata dal cittadino – necessariamente lavoratore – verso lo Stato e confermando, indirettamente, la natura paternalistica dell'intervento pubblico rivolto ai soli indigenti<sup>91</sup>.

Non meno rilevante appare, anche in termini di politica del diritto, il confronto sull'introduzione di un organo centrale ed autonomo in grado di coordinare l'attività sanitaria e assistenziale delle diverse istituzioni competenti in materia<sup>92</sup>. Si trattava di superare un sistema policentrico e disperso, suddiviso in tre comparti, quello statale, delle mutue e delle opere pie, ermeticamente separati sul piano

<sup>87</sup> M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 38 ss.

<sup>88</sup> A. Spallici, seduta del 21 aprile 1947, Assemblea costituente; A.M. Cavallotti, cit.

<sup>89</sup> Così espressamente D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 11 ss.; anche G. AMATO, *Regioni e assistenza sanitaria: aspetti costituzionali*, in *Problemi di sicurezza sociale*, 1969, 551 che ne notava polemicamente la deriva "assicurativo-corporativa".

<sup>90</sup> Sul quadro storico M. ZANELLA, *L'assistenza sanitaria direttamente erogata dagli enti mutualistici attraverso propri ospedali e ambulatori*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 220 ss.

<sup>91</sup> Secondo L. MONTUSCHI, *Art. 32, 1° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Rapporti etico-sociali*. Artt. 29-34, Bologna-Roma, 1976, 147-148 la filosofia assicurativo-corporativa è stata la causa dell'arresto nella crescita dell'art. 32 Cost., in tali termini «la connessione con il c.d. ordinamento previdenziale è stata, infatti, deliberatamente esagerata fino a ritenerla quasi esaustiva [...] Il diritto alla salute per molti, troppi anni è stato ridotto nei limiti angusti di un problema assicurativo: la tutela che pur sui pretende dallo Stato come "dovuta" ha coinciso in larga misura, così nella prassi come nelle impostazioni dottrinali, con quella consegnata dallo Stato moderno del corporativismo».

<sup>92</sup> G. Caronia, cit.; L. Camangi, cit. che mette in luce il costo derivante dalla dispersione dell'assistenza tra una molteplicità di enti; ancora Intervento Merighi, cit. nel quale si auspicava «non un centro soffocatore di tutte le energie, ma soltanto un centro coordinatore, un centro tecnico che sappia dare soprattutto un unico indirizzo in cui sia armonicamente fusa l'assistenza e la previdenza. Istituto per la previdenza sociale, Mutua malattie dei lavoratori, Istituto nazionale per gli infortuni sul lavoro: sono tre organismi diversi e distinti. E sapete voi come uno scrittore che si occupa di questi argomenti li ha qualificati? Le tre lupe che, dopo il pasto, hanno "più fame che pria". Noi sappiamo infatti che questi istituti spendono il 75 per cento delle loro rendite per le sole funzioni amministrative. Ecco quindi, la necessità di coordinare, mediante un organo tecnico che sopprima quella infinità di bardature che vanno a tutto danno dell'assistenza».

istituzionale e finanziario<sup>93</sup>. Al contempo era necessario abbandonare l'impostazione – propria dello Stato liberale e poi del fascismo – che considerava la tutela della salute funzionale alla tutela dell'ordine pubblico<sup>94</sup>, riflettendosi, sul piano dell'organizzazione amministrativa preposta alle funzioni sanitarie, nella subordinazione del settore, a livello centrale, al controllo del Ministero dell'interno, mentre a livello periferico a quello dei prefetti<sup>95</sup>.

Quelle formulate dal gruppo parlamentare dei sanitari erano quindi indubbiamente proposte coraggiose ed innovative, che peccavano tuttavia di ingenuità nella misura in cui non tenevano conto dello stretto legame tra riforma del settore sanitario e riordino dell'amministrazione dello Stato e dei numerosi enti parastatali autonomi, sorti sotto il fascismo. In questi termini, le varie istanze di riforma degli enti previdenziali e delle casse mutue, da un lato, e la domanda di semplificazione e decentramento degli apparati ministeriali si scontrava con la sottovalutazione dell'importanza della riforma dell'ordinamento della pubblica amministrazione, la cui immobilità fu favorita dalla sostanziale continuità degli apparati e delle istituzioni dallo Stato fascista a quello repubblicano<sup>96</sup>.

Tornando infine al dibattito intorno alla formulazione del secondo comma dell'art. 32 Cost., nelle pieghe di quella discussione emerge prepotente il tema del potere e dei suoi limiti che, proprio perché annodato alla dimensione corporea e vitale, non si riduce alla verticalità del rapporto Stato/individuo, ma fa affiorare la disseminazione delle influenze, il ruolo attivo dei nodi plurali della rete sociale i quali imprimono specifiche direzioni all'agire conforme dell'individuo.

In questi termini quell'insistente negazione, propria di altre disposizioni costituzionali volte ad interdire il ritorno al passato<sup>97</sup>, si traduce in affermazione di libertà, ovvero nella prescrizione circa «se e quali limiti incontri nel vigente ordinamento italiano la libertà del singolo individuo di rifiutare un determinato trattamento sanitario»<sup>98</sup>.

Come osservato in sede di Assemblea costituente, quello dei limiti ai trattamenti sanitari obbligatori è sempre stato «un problema di libertà individuale che non può non essere garantito dalla Costituzione [...] impedendo, per conseguenza, che disposizioni del genere possano essere prese dall'autorità senza l'intervento della legge»<sup>99</sup>. Sicché la regola generale della volontarietà può incon-

<sup>93</sup> Sul sistema sanitario nell'immediato dopo-guerra P. SANTINELLO, *Sanità pubblica*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, 547-549; R. FERRARA, P.M. VIPIANA, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 1999, 63 ss.; F. TARONI, *La non nascita del SSN: occasione perduta o strada non presa? Continuità e cesure nelle politiche sanitarie e nella legislazione sociale del secondo dopoguerra in Italia*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, 377 ss.

<sup>94</sup> R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, 514-516; L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, 36 ss.

<sup>95</sup> Così prevedeva il Testo unico sulle leggi sanitarie del 1934 (RD. 27 luglio 1934, n. 1265).

<sup>96</sup> G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana, 1861-1993*, Bologna, 1996.

<sup>97</sup> Si pensi all'art. 13, 4 co. che punisce le violenze fisiche e morali sulle persone detenute; l'art. 22 che vieta di privare l'individuo della capacità giuridica, cittadinanza e nome per motivi politici; l'art. 25 che vieta di distogliere dal giudice naturale precostituito per legge.

<sup>98</sup> V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e Società*, 1982, 557.

<sup>99</sup> A. Moro, seduta del 28 gennaio 1947, cit. Si vedano le osservazioni critiche di U. Nobile e G. Grassi, seduta del 28 gennaio 1947, Assemblea costituente, in particolare quest'ultimo notava «il significato delle parole "lesive della dignità umana" è molto generico [...] alcune pratiche sanitarie, che potrebbero essere classificate tra quelle lesive della dignità umana, costituiscono invece una necessità per determinate persone, conclude affer-

trare la sola eccezione nei casi in cui la legge disponga l'obbligatorietà del trattamento al fine di tutelare un interesse della collettività attinente al bene-salute<sup>100</sup>. In tale prospettiva Moro rilevava che, con la disposizione in discussione, «non si v[oleva] escludere il consenso del singolo a determinate pratiche sanitarie che si rendessero necessarie in seguito alle sue condizioni di salute; si vuol soltanto vietare che la legge, per considerazioni di carattere generale e di male intesa tutela degli interessi collettivi, disponga un trattamento del genere. I casi invece di carattere generale da applicarsi a tutti i cittadini devono essere disposti per legge entro quei determinati limiti di rispetto della dignità umana»<sup>101</sup>.

L'ingresso di tali principi si giustifica anche in funzione del necessario bilanciamento tra diritto individuale ed interesse collettivo che è alla base dell'adozione del trattamento: i diritti fondamentali della persona umana, ancorché primari o espressione di principi supremi, sono soggetti alla relativizzazione derivante dal bilanciamento con altri diritti o interessi di rango costituzionale, incidenti sulla peculiare fisionomia della realtà nella quale sono chiamati a operare. I limiti o la compressione di un diritto o di un interesse costituzionale devono essere "proporzionati" in relazione alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile che, in ogni caso, non può mai essere tale da annullarne il contenuto essenziale. Entro questi binari i diritti e gli interessi costituzionali sono suscettibili di essere bilanciati secondo plurime soluzioni, nelle quali, tuttavia, c'è sempre una graduazione secondo il valore dei beni in conflitto.

Per consolidare ulteriormente le garanzie previste in un settore così delicato venne introdotta una riserva di legge, peraltro rinforzata nei contenuti, nella misura in cui la disciplina della natura, forme e modalità dei trattamenti sanitari obbligatori non deve violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Si tratta di un limite funzionale all'attività legislativa, tale da giustificare ed orientare la tipologia, il grado di incidenza, le modalità dei trattamenti obbligatori<sup>102</sup>.

Sebbene l'intenzione originale dei costituenti fosse quella di bandire quei trattamenti degradanti, quali la sterilizzazione eugenetica o la sperimentazione sugli esseri umani<sup>103</sup>, che avevano drammati-

---

mando che porre una limitazione assoluta in materia costituirebbe un fatto grave ed una norma del genere inserita nella Costituente sarebbe inutile o assurda». Sul dibattito in Assemblea costituente V. POCAR, *Sessant'anni dopo. L'art. 32 della Costituzione e il diritto all'autodeterminazione*, in *Sociologia del diritto*, 3, 2009, 159 ss.

<sup>100</sup> L. CARLASSARE, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 109; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, 782 ss.

<sup>101</sup> A. Moro, seduta del 28 gennaio 1947, cit. che non convinse U. Nobile, seduta del 28 gennaio 1947, cit. secondo cui «non è possibile porre un limite rigoroso al legislatore; e che occorre ammettere possibilità di deroga. Bisogna, ad esempio, considerare se nel caso di gravi forme di pazzia ereditaria, le legge non abbia il dovere di prevedere misure sanitarie atte ad impedire che siano messi al mondo degli infelici destinati con certezza al terribile male».

<sup>102</sup> C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1, 1961, 1, ora in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 442; anche S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, 104 ss. e 254 ss.

<sup>103</sup> In tal senso G. CARONIA, seduta 24 aprile 1947, Assemblea costituente per cui «è ovvia la sua opportunità e crediamo che da tutti esso venga accettato, perché rispondente al sacrosanto principio della libertà e del rispetto della personalità umana [...] non vogliamo pensare che possano mai affermarsi nel nostro Paese pratiche che comunque possano ledere la personalità umana, quali la sterilizzazione obbligatoria, l'obbligo della visita prematrimoniale e simili aberrazioni».

camente segnato la prima parte del «secolo breve», si deve constatare come la formula del rispetto della persona umana, già di per sé elastica e “assorbente”, si sia caricata di significati ulteriori volti a tutelare l’integrità della persona. Il “rischio” di una interpretazione evolutiva del limite sancito dall’ultimo alinea dell’art. 32 Cost. fu sottolineata dal liberale Martino che, intervenendo in senso critico rispetto alla disposizione, si domandava «cosa vuol dire “pratiche sanitarie lesive della dignità umana”? [...] Si tratterebbe della “sterilizzazione e di altri problemi accessori”. Ma quale sterilizzazione? Sterilizzazione terapeutica, sterilizzazione profilattica sterilizzazione eugenica? Questo non si è detto da nessuno finora. [...] Io non intendo discutere qui la questione né dal punto di vista della Chiesa né dal punto di vista della deontologia clinica perché, a parer mio, si tratta di uno di quei problemi che ognuno deve risolvere secondo la propria coscienza. [...] Però un quesito mi propongo e vi sottopongo: questa Costituzione ha da servire soltanto ai credenti, anzi agli eroi della religione, o anche ai credenti tiepidi, ai non credenti, ai miscredenti, ai non cattolici? Ecco il problema. Mi direte: ma i proponenti di questa norma non intendevano considerare tutti questi casi; essi intendevano piuttosto riferirsi alla sterilizzazione eugenica. Ma allora bisogna dirlo chiaramente. Bisogna dire: “È vietata la sterilizzazione eugenica”. Altrimenti domani chi dovrà interpretare il nostro pensiero quando noi non saremo più qui [...] si potrà pensare che noi ci si volesse riferire alla sterilizzazione profilattica e problemi accessori»<sup>104</sup>.

Se dunque la regola è quella della volontarietà dei trattamenti e l’eccezione si rinviene nell’obbligatorietà degli stessi, imposti solamente per legge, ovvero con un atto sovrano, allora il limite del rispetto della persona umana ha una naturale propensione evolutiva, caratterizzandosi come dispositivo antimaggioritario che costituisce non solo l’espressione di un’auto-limitazione del potere sovrano, ma anche il segno dell’indirizzo complessivo del sistema dei valori costituzionali<sup>105</sup>.

Il limite del «rispetto della persona umana»<sup>106</sup> rappresenta pertanto una scelta di valore, in quanto curarsi o non curarsi è essenzialmente un problema di libertà, essendo dovuto a ciascuno lo stesso diritto, che si rivendica per sé, «a vivere e fiorire secondo il proprio cuore e la propria fede»<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> G. Martino, seduta del 24 aprile 1947, Assemblea costituente.

<sup>105</sup> Come risulta evidente in R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, 396-397 nella cui concezione solo i diritti e non gli interessi collettivi sono ragioni escludenti rispetto alle “preferenze esterne” (cioè relative al valore degli altrui desideri e piani di vita) in chiave antiutilitarista ed antimaggioritaria.

<sup>106</sup> Si veda F. Maffi, seduta del 24 aprile 1947, Assemblea costituente che giustifica il superamento del riferimento al limite della dignità umana, nonché del «rispetto della personalità umana, frase che, per accordo unanime, abbiamo creduto di sopprimere, perché sappiamo a quante sfumature di interpretazione, fra cui molte pericolosissime, potrebbe prestarsi una simile dizione. Potrebbero entrare in giuoco elementi razzisti ed elementi chiesastici, in un senso o nell’altro, il pietismo ed una specie di persecuzione razziale, con atteggiamenti diversi, ma altrettanto dannosi».

<sup>107</sup> R. DE MONTICELLI, *La libertà di divenire se stessi*, in D. MONTI (a cura di), *Che cosa vuol dire morire*, Torino, 2010, 92. In dottrina A. D’ALOIA, *Eutanasia*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, V, Torino, 2012, 317 ss. C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2008, 545 ss.; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32, comma 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto pubblico*, 1, 2008, 89 ss. Diversamente negano il principio di autonomia rispetto alle cure come specificazione di un più generale principio di libertà sancito in Costituzione S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2, 2009, 258 ss; L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in

Concludendo, al di là delle critiche a singoli aspetti, la Costituzione italiana rappresenta l'architrave del riconoscimento di rilievo costituzionale agli interessi connessi alla tutela della salute dei cittadini, offrendone una disciplina compiuta<sup>108</sup>. Una disciplina compiuta ma aperta all'evoluzione e alle istanze individuali e sociali espresse entro la mappa dei principi che si è cercato di ripercorrere, sicché – con le parole di Piero Calamandrei – si potrebbe paragonare metaforicamente l'opera dei costituenti a quella degli «architetti [che], nel costruir l'ala di un edificio che dovrà esser compiuto nell'avvenire, lasciano nella parete destinata a servire d'appoggio certe pietre sporgenti che essi chiamano “ammorzature”, così è concepibile che nella Costituzione italiana siano inserite [...] cosiffatte ammorzature giuridiche»<sup>109</sup> per consentire il completamento e ampliamento dell'edificio costituzionale.

Special Issue

---

F. D'AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Milano, 2012, 11 ss.; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 27 ss.

<sup>108</sup> M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991, 5 ss.

<sup>109</sup> P. CALAMADREI, *Opere giuridiche. Diritto e processo costituzionale*, Firenze, 1968, 212.





# Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione

Paolo Veronesi\*

PHYSIOGNOMY AND LIMITS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SELF-DETERMINATION

ABSTRACT: The article reconstructs how the right / principle of self-determination has been defined and used in constitutional jurisprudence (and not only). It emerges that it is sometimes used as an independent right, while - in other cases - it is just assumed as a prerogative of rights already recognized. In any case, its use always poses the problem of defining its extension and, consequently, its limits. Analyzing some exemplary cases it is thus evident that the right to self-determination constantly changes its appearance and also changes the perception of the legitimacy of the limits placed on its extension. In principle, the constitutional order generally tends to favor this prerogative: in this sense, the constant application of personalist and pluralist principles is essential.

KEYWORDS: Self-determination; pluralism; reasonableness; constitutional Court; fundamental rights

SOMMARIO: 1. Autodeterminazione: un diritto fondamentale che c'è – 2. Le “spinte” all'emersione di un diritto all'autodeterminazione – 3. Il problema dei “limiti” all'autodeterminazione – 4. I “fili rossi” del principio personalista e del principio pluralista – 5. Interpretazione adeguatrice e interpretazione aggiornata delle norme costituzionali: quale autodeterminazione per i transessuali? – 5.1. Segue: il consenso informato e il diritto alla salute – 5.2. Segue: l'autodeterminazione alla fine della vita (ovvero, sul “diritto a farla finita”) – 6. Autodeterminazione, bilanciamenti e giudizi di uguaglianza-ragionevolezza – 7. (Segue) La legge sulla procreazione assistita: un work in progress – 8. Una digressione? Il “caso vaccini” tra interessi individuali e collettivi – 9. Conclusioni e alcuni casi aperti

## 1. Autodeterminazione: un diritto fondamentale che c'è

Il diritto all'autodeterminazione individuale viene abitualmente identificato nel diritto della persona di divenire «il centro decisionale sovrano delle scelte che riguardano la sua esistenza», dovendosi in ogni caso stabilire «fin dove è tollerabile che essa si spinga»<sup>1</sup>. Tale prerogativa non è menzionata nella Carta costituzionale e neppure nella Convenzione Edu: la Corte costituzionale – come vedremo – l'ha tuttavia spesso chiamata in causa<sup>2</sup>, mentre la giurisprudenza della Corte

\* Professore ordinario di Diritto Costituzionale, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Ferrara. Mail: [pao-lo.veronesi@unife.it](mailto:pao-lo.veronesi@unife.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

<sup>1</sup> V. MARZOCCO, *Il diritto ad autodeterminarsi e il “governo di sé”*. La “vita materiale” tra proprietà e personalità, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli 2012, 33 e 36.

<sup>2</sup> La Corte ragiona indifferentemente di un diritto o di un principio di autodeterminazione: in quest'ultimo senso si v. l'ord. n. 49/2009; per il primo si rinvia invece alle pronunce che si citeranno di seguito nel testo.

di Strasburgo l'ha più volte estrapolata dall'art. 8 Cedu<sup>3</sup>. Com'è peraltro noto, le Costituzioni (e le varie Carte) non sempre elencano tutti i diritti pur ricavabili – prima o poi – tra le loro pagine<sup>4</sup>.

L'autorevole conferma che l'autodeterminazione costituisce un diritto fondamentale a sé proviene del resto dal giudice delle leggi. Nella sent. n. 438/2008 si legge pertanto che «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto» ex artt. 2, 13 e 32 Cost. La Corte precisa inoltre che esso svolge una «funzione di *sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute*»<sup>5</sup>. Di recente – richiamando le medesime norme costituzionali e lo stesso passaggio testuale – la Corte ha inoltre ragionato di una «*libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze*»<sup>6</sup>. In questi esempi l'autodeterminazione viene dunque assunta quale un diritto a tutto tondo, evidentemente ricavabile (anch'esso) tra le pieghe degli artt. 2, 13 e 32 Cost.; essa costituisce poi il “mattoncino decisivo” per dare corpo anche a un altro diritto fondamentale, quando non a confondersi *tout court* – e settorialmente – con esso (il consenso informato).

Nella sent. n. 162/2014 – affrontando il ben diverso tema della c.d. fecondazione eterologa – la Corte aggiunge poi che «la scelta di [...] coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce *espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi*, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è *riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.*», concernendo «la sfera privata e familiare»<sup>7</sup>.

Per la Consulta pare dunque assodata l'esistenza di un “fondamentale e alquanto generale” diritto all'autodeterminazione, estraibile – *volta per volta* – da una serie parzialmente variabile di previsioni costituzionali. Negli esempi di cui sopra erano infatti coinvolti, in un caso, i diritti alla libertà personale e alla salute (artt. 2, 13 e 32 Cost.), nonché, nell'altro, il diritto di formare una famiglia con figli

<sup>3</sup> Si v., ad esempio, la sent. 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli c. Italia, ric. n. 25358/12, *Considerando* n. 159. Per S. RODOTÀ, *Relazione introduttiva*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 103 ss., tale diritto ha assunto un vero protagonismo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

<sup>4</sup> Nella Costituzione italiana, ad esempio, non v'è alcun richiamo esplicito al diritto alla vita e ai principi di legalità, di separazione dei poteri e di laicità, né – ovviamente – si possono ritrovare in essa richiami testuali a quei “nuovi diritti” pur scaturiti dalla sua interpretazione.

<sup>5</sup> Ciò «proprio al fine di garantire la *libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale*, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione» (punti 3 e 4 del *Considerato in diritto*). Si v. anche la successiva sent. n. 253/2009, punto 2 del *Considerato in diritto* e la sistematizzazione del rapporto qui instaurato tra consenso informato e autodeterminazione svolta da A. CARMINATI, *Libertà di cura e autonomia del medico. Profili costituzionali*, Bari, 2018, spec. 31 ss. Un ulteriore richiamo all'essenzialità del consenso informato è ribadito nelle sentt. n. 151/2009 e n. 96/2015, in materia di procreazione medicalmente assistita. All'autodeterminazione della donna la Corte costituzionale ha inoltre fatto cenno – come si dirà – tra le pieghe della sua giurisprudenza in materia di aborto: G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria di gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 815 ss.

<sup>6</sup> Così nell'ord. n. 207/2018, poi ribadita dalla sent. n. 242/2019 sul caso Cappato – dj Fabo.

<sup>7</sup> Nella precedente sent. n. 332/2000 la Corte aveva sostenuto che il divieto di avere prole, ai fini del reclutamento nelle forze armate e nella Guardia di Finanza, era da ritenersi «in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 della Costituzione l'integrità della sfera personale della stessa e la sua *libertà di autodeterminarsi nella vita privata*».

(artt. 2, 30 e 31 Cost.): se ne evince tuttavia che anche altre potrebbero essere le combinazioni possibili<sup>8</sup>.

Contemporaneamente, il diritto in esame pare tuttavia (e paradossalmente) essere talvolta configurato non già come un diritto a sé bensì come un “modo d’essere” di quegli stessi diritti (vecchi o nuovi) che sembrerebbero generarlo (costituendo, in realtà, una loro “componente essenziale”)<sup>9</sup>.

Molto spesso – come vedremo – evocare l’autodeterminazione individuale come diritto a sé, serve altresì per troncane risolutivamente il discorso, ossia per sintetizzare il frutto di complesse interpretazioni coinvolgenti più di una prerogativa<sup>10</sup>.

E ad arricchire un simile quadro di per sé già complesso intervengono poi – come sempre – le “finestre sul mondo” di cui agli artt. 11 e 117 Cost., le quali certamente incidono anche su tale versante<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Ad esempio, potrebbe essere coinvolto il diritto a non subire “degradazioni giuridiche” che impediscano il libero esplicarsi della libertà personale. Si pensi alla sent. n. 11/1956 (sull’ammonizione) nonché a tutte le pronunce che hanno censurato le coercizioni finalizzate a impedire l’autodeterminazione individuale in una serie di libertà: D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 130 ss. Un saggio del *test* che la Corte applica in questi casi è precisato nell’ord. n. 49/2009: decidendo la manifesta infondatezza della *quaestio* sulla norma del codice della strada che impone l’uso delle cinture di sicurezza – così come, con la sent. n. 180/1994, essa aveva salvato l’obbligo di usare il casco per i motociclisti – la Corte afferma quindi che la salute del singolo, essendo altresì un interesse della collettività, ammette «una trascurabile limitazione della libertà personale, [...] che non costituisce in alcun modo costrizione (che deve essere fisicamente apprezzabile e duratura), giacché non impedisce il raggiungimento dello scopo per cui è concepito l’uso dell’autovettura, e cioè quella del trasferimento da un luogo ad un altro». Analogo è il tono delle pronunce che, in senso inverso, riscontrano incidenze non trascurabili sulla persona (e la sua libertà di autodeterminarsi) pur in assenza di coazioni fisiche (come nel citato caso dell’“ammonizione”).

<sup>9</sup> Solo per proporre qualche esempio, si pensi al diritto ad autodeterminarsi nel rapporto con il coniuge (sent. n. 42/1972), a esprimere la propria natura omosessuale (sent. n. 138/2010), la propria opzione di coscienza (sentt. n. 470/1989, n. 467/1991 e n. 43/1997), di ammettere qualcuno al proprio domicilio, di avvalersi o no dell’insegnamento religioso nella scuola (sent. n. 203/1989). Di un’autodeterminazione delle popolazioni interessate la Corte ragiona – *ex art.* 133 Cost. – a proposito della modifica delle circoscrizioni comunali (ad es. sent. n. 21/2018); di un diritto all’autodeterminazione nell’esercizio della libertà sessuale ragiona invece, *ex multis*, nelle sentt. n. 561/1987 e n. 325/2005. Nella sua giurisprudenza non mancano inoltre riferimenti espliciti all’autodeterminazione del P.M., dell’imputato e delle Università (in questi casi evidentemente evocata quale mero principio). Per S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2009, quella indicata nel testo sarebbe l’unica, autentica caratteristica del diritto all’autodeterminazione. A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, Padova, 2003, 169 ss., 180 ss., estrapola invece una «libertà di autodeterminazione in ordine alle proprie azioni» dall’art. 23 Cost.

<sup>10</sup> Come avviene spesso allorché ci si riferisce al concetto di dignità, o quando si fonda un nuovo diritto sul solo art. 2 Cost. (benché si potesse giungere al medesimo risultato mediante un accorto utilizzo dell’interpretazione sistematica).

<sup>11</sup> Sul fatto che «il principio dell’autodeterminazione o dell’autonomia personale, rappresent[ ] un elemento costitutivo della giurisprudenza della Corte Edu», soprattutto a partire dal noto caso *Pretty c. Regno Unito* 29 aprile 2002, n. 2346/02 (in materia di suicidio assistito) e del caso *Goodwin c. Regno Unito* 11 luglio 2002, n. 28957/95 (sul transessualismo), v. ancora S. RODOTÀ, *Relazione introduttiva*, cit., 103. In materia incidono inoltre – come segnalato dalla stessa Corte costituzionale – la Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (ratificata con legge 27 maggio 1991, n. 176), la Convenzione sui diritti dell’uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata dall’Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 (sebbene ancora non sia stato depositato lo strumento di ratifica), e così pure la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000. Andrebbero peraltro citati tutti i numerosissimi trattati riguardanti i diritti della persona.



Stante ciò, il vero problema giuridico consiste quindi nel definire gli esatti contorni e gli immancabili limiti di un tale diritto che – come si è accennato – presenta “più facce”, interpreta più “parti in commedia” e potrebbe potenzialmente assumere, se “lasciato a sé stesso”, effetti incontrollati e dirimpenti<sup>12</sup>.

## 2. Le “spinte” all’emersione di un diritto all’autodeterminazione

Un vigoroso impulso nel plasmare i tratti del diritto all’autodeterminazione, è certamente scaturito da una sempre più matura riflessione giuridica sul “problema del corpo”<sup>13</sup>. Decisivo rilievo ha assunto poi il diffondersi dei vari Movimenti per il riconoscimento dei diritti civili (si pensi, in particolare, al femminismo e alle lotte per la libertà sessuale e di genere), oltre che il continuo ridisegno delle coordinate religiose e familiari delle società occidentali<sup>14</sup>. In contemporanea, un ruolo altrettanto fondamentale è stato assolto dal rapidissimo progredire delle innovazioni scientifiche applicate alla medicina.

Più di recente – in pieno contesto globalista e tecnologicamente informatizzato – è stata la percezione della possibilità di superare tutte le distanze, i confini e le mediazioni storiche o fisiche ad aver disinnescato non pochi freni inibitori e comunitari all’autodeterminazione dei singoli<sup>15</sup>.

Tutto ciò ha dunque sempre più calcato l’accento sulle scelte adottabili dai diretti interessati nei diversi contesti in cui essi operano, facendo altresì sorgere desideri o dilemmi giuridici ed esistenziali laddove, un tempo, questi non si sarebbero potuti neppure concepire.

Tali fattori sociali – spesso sconosciuti dai costituenti – hanno quindi “pressato” e continuano a interrogare il diritto e l’interpretazione costituzionale, incrementando sensibilmente il ventaglio delle idee con le quali approcciare la Carta<sup>16</sup>. Nel tempo, ciò ha dunque stimolato una corposa serie di letture evolutive dei diritti più tradizionali, favorendo altresì il sorgere di prerogative del tutto “nuove”, assieme all’inevitabile problema del loro giusto contenimento: anche l’emergere del diritto all’autodeterminazione come prerogativa a sé (o come *input* o “porzione” di altri diritti) si colloca in questo scenario costantemente evolutivo<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Sul costante problema dei limiti al diritto di autodeterminarsi, inteso come diritto a disporre del proprio corpo, v. A. BARBERA, *Un moderno “Habeas Corpus”?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 27 giugno 2013.

<sup>13</sup> J.P. BAUD, *Il caso della mano rubata*, Milano, 2003, 50.

<sup>14</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 6 ss. Per un esempio in cui il mutamento della “coscienza sociale” ha determinato la ridefinizione di vicende che muovono dall’“uso” del “corpo coniugale” si v. la notissima successione tra la sent. n. 64/1961, e la n. 126/1968 (sulla repressione penale dell’adulterio femminile).

<sup>15</sup> Per un’acuta ricostruzione di tale vera e propria “mutazione antropologica” si rinvia ad A. BARICCO, *The Game*, Torino, 2018, 214 *ma passim*.

<sup>16</sup> R. ROMBOLI, *La “relatività” dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Politica del diritto*, 1991, 567.

<sup>17</sup> R. BIN, *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per una costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici*, in AA.VV. (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993, 10.

### 3. Il problema dei “limiti” all'autodeterminazione

Più che stabilirne in astratto gli specifici contenuti, spesso pare quindi decisamente più istruttivo affrontare il diritto all'autodeterminazione seguendo una diversa traiettoria logico-giuridica: individuare cioè gli eventuali limiti opponibili al suo pieno dispiegarsi<sup>18</sup>. Se è infatti sempre possibile accordarsi circa l'esistenza e la formulazione di una libertà, i problemi sorgono allorché essa vada applicata in concreto<sup>19</sup>: ciò vale specie quando si abbia a che fare con un diritto potenzialmente incontrollabile come quello *de quo*, il quale potrebbe cioè puntare verso derive narcisistiche e isolazioniste non prive di venature persino psicotiche<sup>20</sup>.

I limiti al diritto all'autodeterminazione – lo si intenda come una prerogativa a sé, come la somma di più libertà o come l'ingrediente tipico di altri diritti – dovranno quindi rilevare e prevalere in quanto si aggancino ad altri diritti costituzionali degni di privilegiata considerazione. In esito, cioè, di motivati giudizi di bilanciamento, di uguaglianza e di ragionevolezza, innescati dalle singole fattispecie<sup>21</sup>. Così, la stessa Consulta ha di recente contestato la possibilità di «desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un *generico diritto all'autodeterminazione individuale*», invocando, invece, una più attenta valutazione degli interessi coinvolti nella fattispecie (lasciando comunque intendere che, in taluni casi, la Costituzione imponga di ammetterlo)<sup>22</sup>.

Né va mai escluso che le prerogative sottese a ogni diritto implicante dosi di autodeterminazione possano incappare in limiti più o meno consistenti a seconda che se ne prendano partitamente in considerazione i risvolti “negativi” o “positivi”: si pensi all'ormai consolidato diritto a rifiutare le cure salvavita di contro alla ben diversa (e più dilacerante) richiesta d'interventi eutanasi attivi<sup>23</sup>.

### 4. I “fili rossi” del principio personalista e del principio pluralista

Anche la più perfezionata comprensione dei principi personalista e pluralista ha acquistato un ruolo centrale in materia di autodeterminazione<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 59.

<sup>19</sup> C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2009, 80 ss.

<sup>20</sup> Si v. G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo*, Venezia, 2018, 52 ss.

<sup>21</sup> R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 60.

<sup>22</sup> Si v. ancora l'ord. n. 207/2018, punto 6 del *Considerato in diritto*, ora ribadita dalla recentissima sent. n. 242/2019 (pubblicata mentre si andava in stampa).

<sup>23</sup> Così, se la libertà di accettare/rifiutare le cure presuppone il consenso informato e il diritto all'autodeterminazione terapeutica, la pretesa apparentemente speculare di rivolgersi a trattamenti sanitari alternativi e inefficaci non può certo obbligare il circuito sanitario ad assecondare simili richieste: v. C. PICIOCCHI, *La libertà terapeutica come diritto culturale*, Padova, 2006, 145 ss., 157 ss. Si pensi al c.d. “caso Stamina”: v. il mio *Al crocevia del “caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali”*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 2015, 91 ss. e A. SANTOSUOSSO, *Un altro caso Di Bella?*, in *Minorigiustizia*, 2, 2013, 250.

<sup>24</sup> Una conferma della connessione tra principio personalista e pluralista si evince dalla sent. cost. n. 13/1994, sul «diritto all'identità personale», inteso come «diritto ad essere se stesso, ... con le acquisizioni..., con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano l'individuo» (punto 5.1 del *Considerato in diritto*). Sulla centralità del principio pluralista nel biodiritto v. C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, 2006, 14 ss., 26 ss. e L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, XVI ss.



Il primo stabilisce l'assoluta "centralità della persona", ponendo lo Stato al servizio della prima<sup>25</sup>: come si legge nella sent. n. 364/1998, il nostro ordinamento «pone [infatti] al vertice della scala dei valori la *persona umana* (che *non può*, dunque, neppure a fine di prevenzione generale, *essere strumentalizzata*)». Insomma – come precisa la sent. n. 219/2008 – «il fine ultimo dell'organizzazione sociale [...] è lo *sviluppo della persona umana*, il cui valore si pone al centro dell'ordinamento costituzionale».

Contemporaneamente, «la Costituzione è pluralista» perché non traccia (sempre) «la sintesi immodificabile tra interessi e principi diversi e spesso opposti», limitandosi più spesso a riconoscerli e rinviando la soluzione del loro contemperamento a momenti successivi<sup>26</sup>.

La proficua interazione tra i principi personalista e pluralista legittima quindi l'«obiettivo della massima estensione possibile della sfera di autodeterminazione degli individui»; le limitazioni vanno invece circoscritte alle sole ipotesi in cui altri beni fondamentali (dello stesso o di altri soggetti) si ritengano ragionevolmente destinati a prevalere<sup>27</sup>. Da ciò muove, ad esempio, la nota sent. n. 471/1990: il «valore costituzionale della inviolabilità della persona» – nel suo aspetto "attivo" – va «costruito [...] come libertà, nella quale è postulata la sfera di esplicazione del *potere della persona di disporre del proprio corpo*»<sup>28</sup>, sin quando, però, altri diritti o principi non giungano a limitarla (anche in riferimento alla medesima persona)<sup>29</sup>. La nostra Carta aderisce infatti a un modello certamente "antipaternalista" ma ciò non comporta che l'autodeterminazione dei singoli possa esplicarsi senza alcun argine o regime<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Rinvio al mio *La dimensione costituzionale della persona*, in A. PUGIOTTO (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, 2013, 525 ss.

<sup>26</sup> R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 25.

<sup>27</sup> F. RIMOLI, voce *Laicità (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, Roma, 1995, 3. È solo motivando circa l'esistenza di questi interessi ulteriori che possono, ad esempio, giustificarsi le discipline restrittive in materia di prostituzione (v. ora la sent. n. 141/2019): per l'opportunità di distinguere i diversi casi v. invece G. MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, 2007, 221 ss. Lo stesso vale per il consumo di sostanze stupefacenti (*contra* v. A. PACE, *Diritti fondamentali al di là della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1993, 9), di eutanasia (v. però le distinzioni proposte da C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Torino, 2004) e degli spettacoli francesi di "lancio del nano" (vietati dal Conseil d'Etat, Ass. 27 ottobre 1995). In molti di tali casi – come si dirà per il fine-vita – le più aggiornate concezioni del diritto all'autodeterminazione esigerebbero spesso la formulazione di attenti distinguo e non già la scorciatoia di divieti assoluti.

<sup>28</sup> Punto 3 del *Considerato in diritto*. Già MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in ID., *Raccolta di scritti*, III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 437 s., affermava che, per la Costituzione, senza la volontà della persona è «vietata ogni violazione del diritto alla disponibilità del proprio corpo».

<sup>29</sup> Tra i tanti cfr. R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, in *Foro italiano*, 1991, I, c. 17 e c. 19, e G. CAMPANELLI, *Linee giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte di cassazione in tema di atti di disposizione del corpo*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 202.

<sup>30</sup> G. GEMMA, *Paternalismo, Antipaternalismo e Costituzione*, in *Diritto e società*, 2016, 633 ss. Analogamente v. A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, 333. Si tratta tuttavia di un concetto che la Corte costituzionale ha specificato più volte (nella citata sent. n. 162/2014, ma, prima ancora, nelle notissime sentt. n. 1/1956 e n. 36/1958, in cui essa notoriamente afferma che «ogni diritto nasce limitato»).

## 5. Interpretazione adeguatrice e interpretazione aggiornata delle norme costituzionali: quale autodeterminazione per i transessuali?

Quanto appena delineato trova sbocco in una notevole serie di vicende.

Uno dei primi casi in cui si ebbe conferma che il “campo da gioco” del principio di autodeterminazione andava acquistando uno spazio sempre più ampio si ebbe con la sent. n. 161/1985. In quella circostanza la Corte respinse i rilievi d'illegittimità promossi avverso la legge n. 164/1982, sancendo che il diritto alla salute della persona transessuale impone di assicurare «l'esigenza fondamentale» di «far coincidere» il suo «soma con la psiche» anche mediante «il ricorso all'operazione chirurgica». La Corte sottolineava come solo in tal modo si potesse garantire ai transessuali «l'affermazione della loro personalità», aiutandoli «a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione» e dando voce a «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 e anomale».

La Corte non fondava quindi il proprio responso chiamando in causa il diritto all'autodeterminazione degli interessati, concentrando invece la sua attenzione su una più “rotonda” e comprensiva idea del loro diritto alla salute: ciò comunque presupponeva che gli interessati si “autodeterminassero” a trattamenti così invasivi.

Più di recente, la stessa Consulta ha finalmente respinto l'idea che l'intervento chirurgico sia imprescindibile<sup>31</sup>. L'aggiornata lettura della Carta – sulla scia di non poche esperienze straniere – ha infatti consentito un'opportuna “interpretazione conforme” delle disposizioni legislative, riconoscendo all'autodeterminazione individuale un “peso” ben più decisivo rispetto al passato<sup>32</sup>.

Se, nel 1985, la Corte aveva infatti calcato l'accento sul diritto alla salute *tout court* – pur con l'implicito rilievo attribuito alle scelte dell'interessato<sup>33</sup> – oggi il quadro dei diritti fondamentali applicabili nella fattispecie viene ulteriormente arricchito da più evidenti richiami al diritto ad autodeterminarsi. Il «riconoscimento del *diritto all'identità di genere*» viene quindi assunto «quale elemento costitutivo del *diritto all'identità personale*, rientrando a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU)». Da ciò discende l'affermata «esclusione del carattere necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica», rimettendo «al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione»<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Sent. n. 221/2015.

<sup>32</sup> Non a caso la Corte adotta una “semplice” pronuncia interpretativa di rigetto: v. A. LORENZETTI, *IL cambiamento di sesso secondo la Corte costituzionale: due nuove pronunce (nn. 180 e 185 del 2017)*, in *Studium Iuris*, 2018, 446 ss.

<sup>33</sup> Benché affermasse – quasi a giustificarsi – che costui, «più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce a un'esigenza incoercibile».

<sup>34</sup> Per la tesi che l'autodeterminazione evocata dalla Corte nella sent. n. 221 renderebbe l'intervento chirurgico meramente eventuale v. A. SCHUSTER, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 13 luglio 2017; A. LORENZETTI, *Corte costituzionale e transessualismo: ammesso il cambiamento di sesso senza intervento chirurgico ma spetta al giudice la valutazione*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 1006 ss., sottolinea, invece, come la Corte esiga l'ineludibilità di un «rigoroso» accertamento dei giudici, ai quali spetta pertanto la parola definitiva.

L'autodeterminazione del soggetto pare così certamente sottolineata e potenziata alla luce del suo diritto a perseguire la propria identità personale, sessuale e di genere<sup>35</sup>: lo si coglie altresì dai “toni” della successiva giurisprudenza (anche di merito) sul tema<sup>36</sup>.

Che i tempi fossero peraltro maturi per questo passo in avanti – da tempo invocato dalla dottrina ma avversato dalla giurisprudenza<sup>37</sup> – lo si comprese nella di poco precedente sentenza della Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138. Innovando al diritto vivente – e “brandendo” con decisione i principi costituzionali – la Cassazione affermava infatti che la scelta di sottoporsi alla modifica dei tratti sessuali dev'essere sempre l'esito di «un *processo di autodeterminazione* verso l'obiettivo del mutamento di sesso».

Le pronunce costituzionali successive alla citata sent. n. 221/2015 meglio calibrano questi approdi. Nella sent. n. 180/2017 la Consulta ribadisce pertanto che l'intervento chirurgico “risolutivo” non è (più) indispensabile ma «*va escluso che il solo elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione*»<sup>38</sup>. L'autodeterminazione (assunta in sé o come profilo immanente ai vari diritti coinvolti) viene insomma portata sempre più nitidamente allo scoperto: come di consueto, ciò non significa tuttavia che essa possa annichilire gli altri interessi in gioco (anche dell'interessato), tutelati dalla ribadita necessità del coinvolgimento di un giudice.

### 5.1. Segue: il consenso informato e il diritto alla salute

Una vicenda in cui il diritto all'autodeterminazione individuale è andato assumendo un rilievo sempre più visibile e pregnante concerne, come già detto, il consenso informato<sup>39</sup>.

Per la Corte, la «regola di fondo», in materia di salute prevede infatti che debba essere il medico – con l'immane assenso del paziente – a operare le più opportune scelte terapeutiche calibrate sul caso e sulle più aggiornate acquisizioni scientifiche e sperimentali<sup>40</sup>. *Ex art. 32, comma 2, Cost.*, può invece imporsi un trattamento sanitario obbligatorio solo in casi limite: quando sia in pericolo non solo la salute del singolo sul quale s'interviene ma anche di altre persone<sup>41</sup>.

La centralità assunta dal consenso informato (sotto il profilo del diritto all'autodeterminazione) ha progressivamente evidenziato come esso non coincida affatto con il diritto alla salute. In altri termini,

<sup>35</sup> Sul diritto all'identità personale come «diritto a essere se stessi» si rinvia alla sent. n. 13/1994.

<sup>36</sup> Si v. la sent. n. 185/2017 e l'ord. n. 187/2017, nonché la sentenza del Trib. di Trento 21 marzo 2018, nella quale si afferma risolutamente che l'intervento sui genitali «costituisce – per l'attore – una mera facoltà e non certo un obbligo».

<sup>37</sup> Si v. A. LORENZETTI, *Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e suoi prossimi sviluppi*, in *Genlus*, 1, 2015, 175 ss.

<sup>38</sup> Punto 5.2 del *Considerato in diritto*. Cfr. altresì l'ord. n. 185/2017. Sulla giurisprudenza della Corte Edu in materia – la quale pare esaltare «il profilo del diritto all'autodeterminazione, essendo la persona [...] che deve decidere quali sono le modifiche fisiche che ritiene adeguate per soddisfare la propria aspirazione e il proprio benessere fisico-psichico» – v. S. PATTI, *Il transessualismo tra legge e giurisprudenza della Corte Edu (e delle Corti costituzionali)*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, 145.

<sup>39</sup> Cfr. le citate sentt. n. 438/2008 e n. 253/2009.

<sup>40</sup> Cfr. la sent. n. 282/2002.

<sup>41</sup> V., da ultimo, A.A. NEGRONI, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 1 novembre 2017.

l'autodeterminazione del paziente – essenza del primo diritto – si riferisce a interessi diversi da quelli tutelati dal secondo.

Vi può quindi essere un *vulnus* al diritto all'autodeterminazione se il paziente non sia stato adeguatamente informato o non sia stato messo in condizione di scegliere oculatamente quale strada percorrere. Non vi sarà invece alcuna lesione di tale diritto se la successiva azione medica, rivolta al paziente del tutto "informato", non venga svolta in modo adeguato: sarebbe invece intaccato, in questa eventualità, il suo diritto alla salute.

A sua volta, il diritto alla salute non viene violato ove l'intervento terapeutico risulti perfettamente riuscito; il difetto del consenso determinerebbe però la certa lesione del diritto del malato ad autodeterminarsi, imponendosi un suo adeguato risarcimento<sup>42</sup>.

La più piena (e graduale) comprensione dei margini del diritto all'autodeterminazione ha così consentito di scindere (e rendere sempre più autonomo) il consenso informato dal diritto alla salute *tout court*<sup>43</sup>. Anche da questo assunto scaturiscono le affermazioni della Corte costituzionale rammentate in apertura.

## 5.2. Segue: l'autodeterminazione alla fine della vita (ovvero, sul "diritto a farla finita")

Tutto ciò ha certamente inciso anche sulla giurisprudenza in materia di autodeterminazione nelle vicende del "fine vita".

A tal proposito, occorre prendere le mosse dalla nota vicenda Welby<sup>44</sup>, in cui i giudici – dopo molte titubanze – hanno infine escluso che il rifiuto delle terapie salvavita, espresso da un paziente capace e consapevole, esponga i medici che lo assecondino alle ipotesi di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) o di aiuto al suicidio (580 c.p.). Il loro comportamento risulterebbe infatti scriminato ai sensi dell'art. 51 c.p., interpretato alla luce dell'art. 32 Cost.: l'autodeterminazione del paziente priva insomma di anti-giuridicità le azioni mediche indirettamente tese ad abbreviargli la vita lasciando libero corso alla patologia mortale<sup>45</sup>.

Un approdo più consono al rilievo da assegnarsi all'autodeterminazione *tout court* è poi rinvenibile nell'identico (e più recente) "caso Piludu"<sup>46</sup>. Abbandonando le più contorte argomentazioni praticate dal G.u.p. romano<sup>47</sup>, si sancisce qui che i principi del consenso informato e dell'autodeterminazione

<sup>42</sup> Si v., da ultimo, Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2854; 27 novembre 2015, n. 24220; 23 marzo 2018, n. 7248; 20 aprile 2018, n. 9807; 22 agosto 2018, n. 20885.

<sup>43</sup> C. CASONATO, *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, in *Il Mulino*, 2017, 602.

<sup>44</sup> V., tra gli altri, M. AZZALINI, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 7-8, 2007, pt. II, 313 ss. e U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano 2018, 44 ss.

<sup>45</sup> Gup di Roma 23 luglio - 17 ottobre 2007, n. 2049: l'attività di spegnimento del respiratore artificiale è insomma una condotta doverosa del medico, funzionale a realizzare il diritto del paziente a interrompere un trattamento sanitario.

<sup>46</sup> Trib. di Cagliari 16 luglio 2016.

<sup>47</sup> Escludendosi che (come affiorava dalla decisione sul caso Welby) l'attività del medico sia da ritenersi in sé illecita, necessitando di opportune "cause di giustificazione" desumibili dal codice penale.

terapeutica, ricavabili dall'art. 32 Cost., più semplicemente assorbono anche il diritto a rifiutare o d'interrompere qualunque trattamento essenziale<sup>48</sup>.

A un tale approdo ha certamente giovato quanto precedentemente sancito dalla Cassazione nell'assai diverso "caso Englaro"<sup>49</sup>, il quale ha rappresentato un vero «punto di non ritorno» nel dibattito in materia<sup>50</sup>.

Chiarissimi erano i tratti distintivi delle due fattispecie qui evocate: nel caso Englaro mancava del tutto l'"attualità" della richiesta della paziente in stato vegetativo d'interrompere la nutrizione/idratazione artificiale che la manteneva in vita. I principi costituzionali in rilievo nella circostanza venivano però manovrati dalla Cassazione al fine di adottare una più consona interpretazione dei materiali normativi applicabili anche in questo caso. Essi infatti impediscono – come scrive la Suprema Corte – di strumentalizzare la persona «per alcun fine eteronomo e assorbente». Anche in tali situazioni occorre dunque perseguire a tutto tondo il "rispetto della persona" evocato dall'art. 32 Cost<sup>51</sup>.

La Cassazione ha così escluso che «il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio [...] della vita». In queste eventualità «c'è spazio [...] per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico»<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> A. D'ALOIA, *Il caso Piludu e il diritto a rifiutare le cure (anche life-sustaining)*, in *Studium Iuris*, 2017, 1462 ss. e F.G. PIZZETTI, *Considerazioni a margine del caso Piludu: fra principi costituzionali e pronunce giurisdizionali in materia di rifiuto di trattamenti sanitari salvavita*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2017, 219 ss. Gli stessi concetti sono stati ribaditi – spesso con smagliature – anche nella giurisprudenza sul rifiuto di trasfusioni salvavita invocato da Testimoni di Geova. In Cass. civ., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, si precisa quindi che, *di norma*, il dissenso a tali terapie deve essere attuale, ovvero seguire e non precedere la rappresentazione di un pericolo di vita. Di recente, a fronte di pronunce di segno contrario, la Corte d'Appello di Milano 19 agosto 2011, n. 2359 (nel c.d. "caso Lessi") – confermando Trib. di Milano, sez. V, 16 dicembre 2008, n. 14883 – ha invece riconosciuto che il diritto all'autodeterminazione del paziente ex art. 32 Cost. comprende anche il rifiuto di tali terapie (seppur potrebbero mantenerlo in vita). Da qui la condanna al risarcimento del danno nei confronti dell'Azienda Ospedaliera e dei medici che avevano sottoposto a una trasfusione di sangue coattiva il paziente che l'aveva rifiutata ed era poi deceduto.

<sup>49</sup> Cass. civ., sez. I, 4-16 ottobre 2007, n. 21748, sulla quale v. C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, spec. 557 ss.; E. MALFATTI, *Nella "Babele delle lingue", una logica di inclusione porta con fatica alla composizione giudiziaria del caso Englaro*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, III, *Dei diritti e dell'uguaglianza*, Napoli, 2009, 1073 ss. e C. SALAZAR, *Riflessioni sul caso Englaro*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 13 febbraio 2009.

<sup>50</sup> U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 48.

<sup>51</sup> *Contra v.*, tra gli altri, A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 29 marzo 2011; nonché ID., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), ove si afferma l'esistenza, in Costituzione, di un dovere «di prendersi cura di sé, fino in fondo [...] Tenersi in vita con dignità è un diritto ed un dovere fondamentale allo stesso tempo».

<sup>52</sup> Al diritto all'autodeterminazione terapeutica fa ripetutamente riferimento anche la successiva decisione del Consiglio di Stato sul medesimo caso: sez. III, 21 giugno 2017, n. 305.

La stessa Cassazione stabilisce peraltro che, al fine di procedere all'interruzione dei trattamenti salvavita in situazioni simili a quelle in cui versava Eluana Englaro, occorrono peculiari presupposti. In primo luogo, si deve accertare che il paziente versi in uno *stato vegetativo irreversibile*, ovvero che, secondo gli *standard scientifici* riconosciuti a livello internazionale, non si possa supporre la possibilità di un qualche recupero della sua coscienza. In aggiunta, devono sussistere *elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della volontà del paziente d'interrompere le terapie*<sup>53</sup>.

Di conseguenza, la Corte d'Appello di Milano ha effettuato sia l'accertamento delle volontà a suo tempo manifestate dalla donna (raccolta di sue dichiarazioni, testimonianze di persone a lei vicine, parere del tutore e del curatore speciale nominato *ad hoc*), sia ulteriori verifiche incentrate sulla sua personalità e sulla sua "filosofia di vita", giungendo alla conclusione che da ciò si potesse ricostruire la sua volontà d'interrompere i trattamenti<sup>54</sup>. Essa ha inoltre sancito che lo stesso principio d'uguaglianza impone che i pazienti incapaci siano messi in condizione di esercitare il loro «diritto alla autodeterminazione terapeutica» anche quando si tratti di mettere in conto l'interruzione di trattamenti essenziali<sup>55</sup>. La Corte Edu ha poi confermato che tali accertamenti sono effettivamente consistiti nell'esame di un vasto materiale probatorio, senza pregiudicare la diversa volontà di altri pazienti<sup>56</sup>.

La conferma che questi approdi sono da ritenersi ormai consolidati è giunta dalle successive pronunce che, sulla medesima vicenda, hanno adottato il T.A.R. Lombardia, il Consiglio di Stato e la Corte costituzionale<sup>57</sup>.

Da ultimo, la legge n. 219/2017 si è quindi "accodata" e ha razionalizzato quanto già ampiamente sancito dalla giurisprudenza, recando una disciplina più nitida di almeno alcune fondamentali questioni e procedure relative alla delicata fase del fine-vita<sup>58</sup>.

Va però rimarcato che altre ipotesi riguardanti il diritto di autodeterminarsi in questi delicati frangenti rimangono tuttora vietate e punite: è il caso dell'eutanasia pietosa di pazienti che chiedano di porre fine alla loro esistenza resa ormai intollerabile dalle patologie. In tali casi l'ordinamento continua insomma a imporre all'interessato volontà da lui nient'affatto condivise<sup>59</sup>.

Sul terreno dell'aiuto al suicidio, *ex art. 580 c.p.*, si è tuttavia svolta l'ultima "puntata" di questo intricato "romanzo": il riferimento è al caso Cappato-dj Fabo, dapprima "provvisoriamente" deciso dalla

<sup>53</sup> Volontà tratta dalle sue precedenti dichiarazioni, dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona.

<sup>54</sup> Corte d'Appello di Milano, sez. I civ., 25 giugno - 9 luglio 2008. *Contra v. G.U. RESCIGNO, Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto pubblico*, 2008, 97 ss., per il quale solo il legislatore potrebbe assegnare «il potere a qualcuno di decidere, al posto dell'interessato non in grado di decidere, la esclusione o la interruzione di un determinato trattamento».

<sup>55</sup> Critiche in C. TRIPODINA, *A chi spettando le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del caso Englaro)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 4089.

<sup>56</sup> Corte Edu, sez. II, 16 dicembre 2008, *Ada Rossi et al c. Italia*, n. 55185 ecc./2008.

<sup>57</sup> U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 55. Per quanto riguarda la Corte costituzionale, si v. l'ord. n. 334/2008.

<sup>58</sup> Per un commento v., il *Forum* apparso su *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2018; nonché G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2018, 97 ss.

<sup>59</sup> C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2018, 12.

Corte costituzionale con la sua ord. n. 207/2018 e ora definito dalla recentissima sent. 242/2019 (pubblicata quando già si era in stampa). Al di là degli interessanti risvolti procedurali di questa originale pronuncia d'incostituzionalità differita<sup>60</sup>, ciò che più interessa in questa sede sono peraltro i suoi profili di merito (e ciò che la Consulta comunque sancisce con riguardo a essi).

La Corte afferma infatti che l'art. 580 c.p. conserva ancora una sua ragion d'essere. Pur se interpretato alla luce della Costituzione, esso continua infatti a non consentire l'apertura a qualsiasi ipotesi di aiuto al suicidio derivante «da un *generico diritto all'autodeterminazione individuale*, riferibile anche al bene della vita». La previsione ha insomma il legittimo scopo di tutelare le persone più deboli e vulnerabili, plagiabili e influenzabili; ammettere il contrario significherebbe appoggiare dunque «una *concezione astratta dell'autonomia individuale*», ignorando «le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite».

Ciò detto, quanto vietato e punito dalla prescrizione codicistica deve comunque fare i conti con ciò che è reso ormai possibile da una serie di progressi medico-tecnologici inimmaginabili al tempo in cui l'art. 580 c.p. è stato concepito. Ipotesi in cui – come nel caso da cui ha preso le mosse la *quaestio* – l'aspirante suicida sia affetto da una patologia irreversibile che provochi sofferenze fisiche e psicologiche da lui repute intollerabili, ma sia tenuto in vita mediante trattamenti di sostegno vitale di nuovo conio, rimanendo peraltro del tutto in grado di prendere decisioni libere e consapevoli relative (anche) al suo fine-vita. In tali circostanze – afferma la Corte – l'assistenza di terzi nel porre fine alla vita del malato che autonomamente lo richieda pare «l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento in vita non più voluto e che egli ha diritto di rifiutare in base all'art. 32, comma 2, Cost.». «Il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la *libertà di autodeterminazione* del malato alla scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost.». In queste vicende, l'aiuto al suicidio finirebbe insomma per coincidere con l'ormai consolidato diritto del paziente ad accettare o rifiutare taluni trattamenti essenziali per la sua vita, costituendo un'ulteriore propaggine della sua libertà di autodeterminarsi.

Quanto sancito in questa ordinanza costituiva dunque un nitidissimo accertamento d'incostituzionalità, oltre che un ulteriore passo in avanti sul difficile terreno delle scelte individuali relative al fine vita. La Corte ha però evitato di pronunciarsi con una qualsiasi pronuncia d'accoglimento, rinviando l'udienza al successivo 24 settembre 2019 e rimanendo in “leale” e “collaborativa” attesa di un intervento del nostro legislatore. In assenza di tutto ciò essa non ha quindi esitato a ribadire i suoi assunti nella sent. n. 242/2019.

<sup>60</sup> Si v., in particolare, A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 3, 2018, 568 ss.; Id., *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 208 sul caso Cappato)*, *ivi*, 571 ss.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018; U. ADAMO, *La Corte è “attendista”... «facendo leva sui suoi poteri di gestione del processo costituzionale»*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 23 novembre 2018.

## 6. Autodeterminazione, bilanciamenti e giudizi di uguaglianza-ragionevolezza

Come in altri casi, la Consulta non ha affrontato il tema dell'aborto ragionando direttamente dell'autodeterminazione delle gestanti, preferendo rifarsi invece al più "neutrale" diritto alla loro salute: è stato così sin dalla sua storica sentenza n. 27/1975. Tale suo argomentare ha incontrato non pochi dissensi<sup>61</sup>, contestandosi che si sia così «lasciato del tutto in ombra l'aspetto dell'autonomia della donna» e della sua «autodeterminazione... nelle scelte procreative»<sup>62</sup>: è un'obiezione fondata, restando peraltro vero che – come già detto – non può darsi alcun esercizio del diritto alla salute senza tener conto (anche) delle inevitabili scelte individuali che esso comporta.

*Prima facie*, l'aborto è quindi affrontato dalla Consulta come un tipico problema di bilanciamento tra il diritto alla salute della donna e quello alla vita dell'aspirante nascituro (per il quale la Corte ragiona di un meno intenso «interesse costituzionalmente protetto»): da questa impostazione discendono, appunto, la procedura e i limiti disegnati dalla legge n. 194/1978.

Quest'ultima identifica tuttavia nella donna l'unica vera responsabile della consapevole decisione di abortire: la Corte lo afferma in modo esplicito nella sent. n. 26/1981 e nell'ord. n. 389/1988, benché, poi, essa non abbia sempre valorizzato questa sua impostazione<sup>63</sup>. Da un simile assunto deriva comunque la norma – avallata dalla Corte – per cui il padre del potenziale nascituro non deve essere obbligatoriamente sentito<sup>64</sup>; con riguardo alla minore, ciò comporta inoltre che non sia affatto ineluttabile l'assenso dei genitori, senza dire del sempre ribadito divieto di obiezione di coscienza imposto ai giudici tutelari<sup>65</sup>.

Accanto a questi profili, la Costituzione e la legge impongono tuttavia di proteggere anche la vita nascente: le prerogative della gestante si annulleranno dunque allorché il feto risulterà capace di vita autonoma<sup>66</sup>. A partire da quest'istante l'unica autodeterminazione legalmente consentita si tradurrà nel diritto all'anonimato della madre<sup>67</sup>.

Al contempo – a tutela del *pluralismo* – la legge ovviamente consente, a chi lo voglia, di ritenere e trattare il feto come se fosse già una persona: similmente a quanto accade nel fine-vita, anche queste opzioni ricadono dunque entro gli spazi di autodeterminazione dei diretti interessati.

<sup>61</sup> V., ad esempio, L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2, 2006 e S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza n. 27/1975 in materia di aborto*, in AA.VV. (a cura di), *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 568 ss.

<sup>62</sup> G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 826 ss.

<sup>63</sup> Una "pietrificazione" del bilanciamento operato dalla legge n. 194/1978 è operato dalla menzionata sent. n. 35/1997, nella quale tale provvedimento è definito «a contenuto costituzionalmente vincolato», così impedendo, *pro futuro*, le modifiche che mirassero a dare maggiore rilievo all'autodeterminazione femminile: v. ancora G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 831.

<sup>64</sup> Ord. n. 389/1998.

<sup>65</sup> *Ex multis*, sent. n. 197/1987 e ordd. n. 126 e 196/2012.

<sup>66</sup> Art. 7, legge n. 194/1978.

<sup>67</sup> V. la sent. n. 278/2013, che innova alla n. 425/2005 (dopo la sentenza della Corte Edu, sez. II, 25 settembre 2012, n. 33783/2009, *Godelli c. Italia*).

## 7. (Segue) La legge sulla procreazione assistita: un *work in progress*

Sin da subito, la legge n. 40/2004 è parsa (ai più attenti commentatori) platealmente illegittima. Non sorprende quindi che la Consulta ne abbia riscritto tutti gli snodi fondamentali, offrendo il giusto rilievo all'autodeterminazione e alla salute delle persone interessate, così meglio calibrando i numerosi diritti coinvolti da questa particolare disciplina<sup>68</sup>.

Nella sent. n. 151/2009 la Corte sancisce pertanto l'illegittimità sia dell'originario obbligo di un unico e contemporaneo impianto di un numero di embrioni non superiore a tre – irrazionalmente imposto dalla legge – sia il conseguente divieto di crioconservazione degli embrioni sovrannumerari prodotti durante il trattamento. Citando espressamente i suoi precedenti<sup>69</sup>, la Corte contesta la violazione dei tassativi limiti assegnati alla discrezionalità legislativa «in materia di pratica terapeutica», ribadendo che «la regola di fondo», in tali contesti, «deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il *consenso del paziente*, opera le necessarie scelte professionali», adeguandole al caso.

Nella successiva sent. n. 162/2014 la Corte ha quindi demolito l'originario divieto di procedere alla c.d. fecondazione eterologa<sup>70</sup>. In questa decisione – più ancora che nella precedente – il riferimento all'autodeterminazione acquista un peso separato e decisivo. Citando espressamente la già menzionata sent. n. 332/2000, la Corte conferma infatti che la scelta di una coppia sterile o infertile di dar vita a una famiglia con figli «costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» ai sensi degli artt. 2, 3 e 31 Cost.<sup>71</sup>. «La determinazione di avere o meno figlio [...] concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, [...] anche quando sia esercitata mediante una procreazione di tipo eterologo». Va poi da sé che «la libertà e la volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia [...] di sicuro non implica che la libertà in esame non possa esplicitarsi senza limiti»<sup>72</sup>.

La sequenza di decisioni “demolitorie” adottate in materia si conclude idealmente con la sent. n. 96/2015<sup>73</sup>, già anticipata da un *corpus* di coraggiose interpretazioni adeguate<sup>74</sup> e da una decisiva pronuncia della Corte Edu<sup>75</sup>. In tale sentenza la Corte dichiara pertanto l'illegittimità della norma che

<sup>68</sup> Esemplare, in tal senso, quanto proposto nel *Dossier: come è cambiata la legge n. 40 (2004-2017)*, al sito [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org).

<sup>69</sup> Le già *supra* menzionate sentt. n. 282/2002 e n. 338/2003.

<sup>70</sup> Si v. il mio *La legge sulla procreazione assistita per un altro pilastro: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1, 2015, 5 ss. (e in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)).

<sup>71</sup> Punto 6 del *Considerato in diritto*.

<sup>72</sup> Punti 6 e 11.1 del *Considerato in diritto*. G. FERRANDO, *La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 167, sostiene che la Corte, in questa pronuncia, mira a valorizzare l'autodeterminazione degli interessati (titolari di un diritto fondamentale). Essa non crea affatto un «diritto ad avere figli» (così, ad es., C. TRIPODINA, *Il diritto a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra Costituzione e giudici*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 1, 2014, 81), bensì soltanto un «diritto ad essere liberi di tentare di averlo» (S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012, 239 ss.).

<sup>73</sup> Poi ribadita dall'ord. n. 54/2016 e dalla sent. n. 229/2015. Un'altra significativa decisione è la n. 84/2016, sulla donazione di embrioni a fini di ricerca, che però rinvia alla discrezionalità del legislatore.

<sup>74</sup> V. Trib. di Cagliari 24 settembre 2007 e Trib. di Firenze 19 dicembre 2007.

<sup>75</sup> Si v. la sentenza 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*.

impediva ai portatori di malattie genetiche trasmissibili di accedere alle tecniche di procreazione assistita. Ciò determinava infatti «un grave pericolo per la salute della donna», impedendole irrazionalmente di «acquisire “prima” [...] una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute». Né quest'assurda limitazione del suo diritto all'autodeterminazione poteva far effettivamente prevalere gli interessi del nascituro, «il quale sarebbe [stato] comunque esposto all'aborto»<sup>76</sup>.

In questa scansione di pronunce è evidente come il diritto all'autodeterminazione individuale (da solo o in aggancio con il diritto alla salute o con il diritto a diventare genitori) sia andato via via ad acquistare gli spazi a esso sottratti dalla sortita del legislatore, determinando, di fatto, le inevitabili dichiarazioni d'illegittimità.

### 8. Una digressione?: il “caso vaccini” tra interessi individuali e collettivi

La recente adozione della sent. n. 5/2018, in materia di vaccinazione obbligatorie, consente di inquadrare come e quando l'autodeterminazione individuale possa essere limitata allorché siano contemporaneamente chiamati in causa preminenti interessi di rango costituzionale.

In passato, si è notoriamente avuta una progressiva erosione del principio dell'“obbligatorietà” delle vaccinazioni, cedendosi il passo a forme di adesione consapevole alle stesse<sup>77</sup>. Una svolta è però intervenuta con il recente d.l. n. 73/2017: al fine di migliorare i livelli di salute collettiva, messi a rischio da un sensibile calo delle vaccinazioni volontarie, si è così ampliato l'obbligo vaccinale in vista dell'iscrizione alle scuole.

Chiamata in causa, la Corte costituzionale non ha tuttavia ritenuto che il provvedimento fosse illegittimo: essa ha affermato quindi che il legislatore non ha irragionevolmente sacrificato il diritto all'autodeterminazione individuale, posta la necessità di tutelare altri beni costituzionali.

La giurisprudenza costituzionale è del resto assai salda nell'affermare che «l'art. 32 Cost. postula il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività..., nonché, nel caso di vaccinazioni obbligatorie, con l'interesse del bambino [...]». Questi principi «debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»<sup>78</sup>. In tali casi, posto «il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività», «in nome [...] della solidarietà verso gli altri», «ciascuno» può «essere obbligato, restando così *legittimamente limitata la sua autodeterminazione*, a un dato trattamento sanitario»<sup>79</sup>.

Nessun *vulnus* è stato dunque operato sul diritto all'autodeterminazione individuale, anche perché, a ben vedere, esso non è qui propriamente in gioco: rileva invece «il potere-dovere dei genitori di adottare le misure idonee a evitare pregiudizi o concreti pericoli alla salute» della prole, «non poten-

<sup>76</sup> Punto 9 del *Considerato in diritto*.

<sup>77</sup> M. TOMASI, *Lo stato dell'arte sugli obblighi vaccinali all'indomani della sentenza n. 5 del 2018*, in *Studium Iuris*, 2018, 820 ss.

<sup>78</sup> Punto 8.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>79</sup> Sent. n. 307/1990, punto 2 del *Considerato in diritto*.

dosi ammettere una totale libertà dei genitori di effettuare anche scelte che potrebbero essere gravemente pregiudizievoli al figlio»<sup>80</sup> (o ad altri).

Per la Corte, la proporzionalità degli interventi adottati dal legislatore è riscontrabile anche in riferimento al “tempo”. Nulla insomma esclude che, mutata la situazione, tale scelta non possa essere riconsiderata: si è infatti «opportunamente introdotto in sede di conversione un sistema di monitoraggio periodico» che potrà «sfociare nella cessazione della obbligatorietà di alcuni vaccini». La Consulta sollecita anzi l'estensione di tale «strumento di flessibilizzazione» anche ad altri obblighi, evidenziando come gli spazi concessi all'autodeterminazione possano sempre variare (in più o in meno) al mutare delle condizioni fattuali nelle quali essa è chiamata a operare.

### 9. Conclusioni e alcuni casi aperti

L'*excursus* sull'utilizzo del principio/diritto di autodeterminazione consente di rimarcare alcuni profili davvero peculiari.

Può intanto affermarsi che l'esistenza autonoma di questo “diritto fondamentale” costituisce un dato ormai certo: la Consulta l'ha più volte ribadita, rinvenendone, di volta in volta, gli elementi costitutivi in una serie (parzialmente variabile) di articoli e principi<sup>81</sup>. In altre ipotesi, la Corte ha anzi dato per scontata l'esistenza di questo diritto per giustificare il conio di ulteriori prerogative che da (anche) esso scaturiscono (si pensi alla nota vicenda del consenso informato)<sup>82</sup>.

Tale diritto trova terreno alquanto fertile soprattutto nel sempre più vasto campo del biodiritto, ma conosce – in realtà – moltissime altre implementazioni, progressivamente evidenziate dalla giurisprudenza. Queste affiorano, in genere, nei momenti “di svolta”: allorché occorra cioè certificare nuove conquiste o consumare “rotture” con la tradizione<sup>83</sup>.

Talvolta, l'autonoma invocazione del diritto in discorso pare tuttavia servire da mera scorciatoia argomentativa per bypassare l'illustrazione delle ben più complesse interpretazioni sistematiche che potrebbero condurre al medesimo risultato finale.

In molte altre circostanze, il diritto all'autodeterminazione viene invece assunto quale un “ingrediente” tipico e necessario di molti altri diritti testualmente previsti nella Carta<sup>84</sup>. In questo senso, è davvero esemplare il suo automatico abbinarsi alle varie declinazioni della libertà personale, del diritto alla propria vita familiare o del diritto alla salute.

Dunque, non solo il diritto all'autodeterminazione sembra talvolta fiorire dall'originale “messa a sistema” di una serie di previsioni costituzionali “classiche” – variabile nei diversi casi – ma, al contempo, esso è in certi casi utilizzato come un diritto autonomo, mentre anche l'esercizio di ciascun diritto fondamentale chiama sostanzialmente in causa questa prerogativa (e i suoi limiti), essendo essa immanente a ogni diritto costituzionale: in diverso grado, una simile polivalenza del diritto all'autodeterminazione emerge dal complesso degli esempi sopra riportati.

<sup>80</sup> V., ad esempio, la sent. n. 132/1992 e l'ord. n. 262/2004.

<sup>81</sup> V. *supra* § 1.

<sup>82</sup> V. *supra* §§ 1 e 5.1.

<sup>83</sup> V. *supra* §1.

<sup>84</sup> Per alcuni esempi v. ancora *supra* § 1.

Resta che – come ha più volte ribadito la Consulta – mai l'autodeterminazione (assunta come diritto a sé), così come gli altri diritti dai quali essa scaturisce o ai quali si aggancia, vanno ritenuti privi di limiti. Questo è anzi il vero problema. Perché se lo Stato liberale di diritto conia vincoli per lo stesso titolare della sovranità, esso deve analogamente ammettere eccezioni alla regola altrimenti incontenibile per cui l'autodeterminazione consisterebbe nella sovranità assoluta della persona su sé stessa (e così, inevitabilmente, sugli altri)<sup>85</sup>. È questa la sfida immanente a tutte le vicende giuridiche appena menzionate, ossia l'esigenza d'individuare in esse un esatto (quanto spesso provvisorio) dosaggio tra autodeterminazione individuale e suoi vincoli (solidaristici e no)<sup>86</sup>. Senza dire che sempre vi saranno "vecchie" situazioni da rileggere aggiornando i contenuti da attribuire al diritto di autodeterminarsi degli interessati<sup>87</sup>; così come sempre sorgeranno questioni del tutto originali da affrontare manovrando oculatamente le leve di questo principio o dei diritti che lo evocano. Si pensi al recente dibattito sugli interventi chirurgici assurdamente praticati su molti neonati intersessuali<sup>88</sup>, a quello (assai delicato) della c.d. surrogazione di maternità<sup>89</sup>, al tentativo di rivisitare la classificazione di alcune forme di prostituzione volontaria<sup>90</sup>, all'eterna questione relativa all'assunzione di stupefacenti e al tema – tutto da approfondire – delle possibili applicazioni dell'intelligenza artificiale.

Dalle vicende *supra* evocate emerge altresì che il tasso d'implementazione di tale principio – indifferentemente assunto come diritto a sé ovvero come frutto o elemento costitutivo di altri diritti – non è necessariamente uniforme: esso conosce, cioè, vari gradi d'attuazione in ragione delle specifiche fattispecie alle quali viene applicato e della "percezione" che di quelle singole vicende matura la coscienza giuridica del momento. Non esiste insomma un "tasso" di autodeterminazione omogeneo per ogni circostanza, per ogni diritto e per ogni ordinamento: anche in questo tale principio "polimorfo" e "trasversale" – assunto come prodotto in sé oppure quale "carburante" di tanti altri diritti – rivela la sua peculiare natura.

<sup>85</sup> C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza*, cit., 23.

<sup>86</sup> Si pensi alla disciplina dell'eutanasia in Belgio, Olanda, Lussemburgo o a quella dell'aiuto al suicidio in altri Paesi occidentali. Sull'articolata procedura che l'ordinamento belga prescrive nel controverso caso dell'eutanasia dei minori v. C. CASONATO, *Il primo caso di eutanasia minorile in Belgio*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 3, 2016, 5 ss.

<sup>87</sup> E non è detto che ciò comporti sempre un incremento degli spazi di autodeterminazione: si pensi al già citato obbligo di indossare il casco allorché s'inforca un motociclo o la cintura di sicurezza in auto.

<sup>88</sup> I neonati che presentano genitali non ben definiti sono quindi spesso sottoposti a una loro immediata correzione chirurgica, con conseguenze alquanto negative sulla loro salute e sulla loro futura vita personale e sociale. Ciò avviene senza valutare la possibilità di attendere che sia lo stesso interessato a decidere su questioni così intime: si v. B. PEZZINI, *La condizione intersessuale in Italia: ripensare la frontiera del corpo e del diritto*, in *Responsabilità medica - Diritto e pratica clinica*, 2017, 443 ss. e A. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2015, 109 ss. Cfr. altresì il *focus* apparso sul n. 1/2018 di *Genlus*.

<sup>89</sup> Si v. la sent. n. 272/2017, in cui la Corte costituzionale assume una posizione assai negativa sul tema. Cfr., ad esempio, le variegate tesi emergenti dal dibattito pubblicato su *Genlus* 2017, fasc. 2, e in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017.

<sup>90</sup> Rigettato dalla Corte con la sent. n. 141/2019. A favore di un diverso approccio al problema v. A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e rimedi interpretativa ipotizzabili*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 marzo 2018.



## Persona e identità personale\*

Alessandro Morelli\*\*

### PERSON AND PERSONAL IDENTITY

**ABSTRACT:** The paper analyzes the relations between the personalist principle and the right to personal identity. This right reflects the recognition of the centrality of the human person into the Italian legal system. After examining the main contents of the right to personal identity, the Author focuses on the right of self-determination in end-of-life issues. Such last aspect is analyzed through the perspective of judgement n. 242 of 2019 of the Constitutional Court, about the «Cappato case».

**KEYWORDS:** Personal identity, personalist principle, end-of-life, biological truth, sexual identity

**SOMMARIO:** 1. Premessa: i concetti di persona e di identità – 2. Il principio personalista nella Costituzione repubblicana – 3. Il carattere “pluridimensionale” del diritto all’identità personale: la corretta rappresentazione della propria personalità, il diritto al nome e la protezione dei dati personali – 4. Identità sessuale e «verità biologica» (il complesso bilanciamento tra *favor veritatis* e interesse del minore) – 5. Identità personale e principio personalista nel fine-vita – 6. Principio personalista, identità personale e dignità umana: qualche conclusione

### 1. Premessa: i concetti di persona e di identità

**Q**uelli di persona e identità sono da tempo concetti-chiave nel dibattito pubblico. Nel testo della Carta repubblicana, tuttavia, mentre il primo termine e i suoi derivati compaiono ripetutamente, il secondo è del tutto assente<sup>1</sup>.

\* Il presente testo è destinato agli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, in corso di pubblicazione.

\*\* *Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università Magna Græcia di Catanzaro. Mail: [alessandro.morelli@unicz.it](mailto:alessandro.morelli@unicz.it). Contributo sottoposto a referaggio.*

<sup>1</sup> L’art. 2 Cost., com’è noto, prevede il riconoscimento e la garanzia dei «diritti inviolabili dell’uomo» anche all’interno delle formazioni sociali ove si svolge la sua «personalità»; l’art. 3, al primo comma, annovera, tra le situazioni di discriminazione inammissibili, le «condizioni personali» e, al secondo, attribuisce alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il «pieno sviluppo della persona umana»; l’art. 13 tutela la «libertà personale», definendola, al primo comma, «inviolabile»; l’art. 23 prescrive che sia la legge a imporre le «prestazioni personali» (oltre a quelle «patrimoniali»); l’art. 27, al primo comma, sancisce che la responsabilità penale è «personale»; l’art. 32, al secondo comma, stabilisce che la legge che prevede trattamenti sanitari obbligatori «non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»; l’art. 48, al secondo comma, qualifica il voto come «personale». Altre declinazioni del concetto si ritrovano negli artt. 68, comma 2 (ove, a proposito delle gaurentigie parlamentari, si parla di «perquisizione personale» e ancora di «libertà personale»); 111, commi 3 e 6 (il primo prevede una serie di garanzie processuali per la «persona accusata di un reato»); il secondo stabilisce che «contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge»; 119, comma 4 (ove si prescrive che lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua

La circostanza che la parola «identità» non ricorra in Costituzione non può certo sorprendere: il peso dell'esperienza autoritaria, che rappresentò, in negativo, un punto di riferimento costante per i Costituenti sia per l'elaborazione della parte della Carta relativa ai diritti sia per quella concernente i poteri, evidentemente dissuase gli autori del testo dall'introdurre riferimenti espliciti all'idea di un'identità collettiva. Un'idea che, tuttavia, permane nei richiami alla «nazione» (contenuti, ad esempio, negli artt. 9, 67, 87, comma 1, 98, comma 1), che, se da un lato presuppongono un'entità «storicamente preesistente, ed in questo senso, dunque, concettualmente distinguibile dallo Stato»<sup>2</sup>, dall'altro lato esprimono un'istanza di unificazione politico-culturale che, nella prospettiva dell'ordinamento repubblicano, si basa sul principio solidarista riconosciuto dall'art. 2 Cost.<sup>3</sup>. Un'unificazione che, in una prospettiva dinamica ed evolutiva, dovrebbe far leva più sulla condivisione volontaria dei valori positivizzati nel testo costituzionale che sugli elementi tradizionali di una nazionalità etnico-culturale, considerato, oltretutto, che la «dignità sociale» dei cittadini e la loro eguaglianza davanti alla legge non presuppongono, anzi escludono espressamente, secondo quanto prevede il primo comma dell'art. 3 Cost., distinzioni basate, tra l'altro, su sesso, razza, lingua e religione.

Detto incidentalmente, peraltro, riferimenti a identità collettive sono presenti, a livello sovranazionale, nell'art. 4, par. 2, del Trattato sull'Unione europea, laddove si prevede che «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali», e nell'art. 17, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ove si precisa che «l'Unione mantiene un dialogo aperto, trasparente e regolare» con le chiese e le organizzazioni filosofiche e non confessionali, «riconoscendone l'identità e il contributo specifico».

Non si riscontrano, d'altro canto, in Costituzione neanche riferimenti alla parola «identità» associata ad attributi come «individuale» o «personale»; il riconoscimento del diritto all'identità personale ha una matrice giurisprudenziale, anche se, come si dirà, si tratta di un concetto presente *in nuce* nel testo costituzionale, risultando, nella peculiare connotazione correntemente attribuita dalla giurisprudenza ordinaria e da quella costituzionale, una proiezione del principio personalista.

Entrambi i termini oggetto della presente riflessione, invero, si caratterizzano per una notevole ricchezza semantica.

Da un lato, il vocabolo «persona» denota l'individuo, considerato anche, e soprattutto, nella dimensione dei rapporti che egli intrattiene nella vita sociale. Tale concetto evoca innanzitutto la prospettiva personalista di matrice cattolica, debitrice del pensiero di Emmanuel Mounier e di Jacques Maritain<sup>4</sup>,

---

interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni anche al fine di «favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona»).

<sup>2</sup> Così V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, *Nazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, 1977, 805.

<sup>3</sup> In tema, per una più ampia trattazione, sia consentito rinviare ai miei *Prime note in tema d'identità nazionale e identità costituzionale*, in A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Napoli, 2011, 41 ss. e *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, 2018, spec. 82 ss. Con specifico riguardo al ruolo del principio solidarista nell'ordinamento repubblicano, se si vuole, cfr. anche i miei *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, 7 ss. e *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in L. VENTURA, A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Milano, 2015, 305 ss.

<sup>4</sup> Cfr. rispettivamente E. MOUNIER, *Il personalismo* (1964), trad. it., Roma, 1999, e J. MARITAIN, *Cristianesimo e democrazia* (1943), trad. it., Bagno a Ripoli (Firenze), 2007; ID., *L'uomo e lo Stato* (1951), trad. it., Genova-Milano, 2003.

che durante i lavori preparatori del testo costituzionale trovò il suo più convinto sostenitore in Giorgio La Pira, ma che, alla fine, fu declinato in una prospettiva laica, idonea a raccogliere il consenso anche degli esponenti delle sinistre e delle altre forze politiche presenti in Assemblea costituente<sup>5</sup>.

Dall'altro lato, com'è stato scritto, all'espressione «identità personale» possono essere attribuiti vari significati, tutti ruotanti intorno all'unico denominatore costituito dall'idea che tale formula riassume «ciò che rende una persona ciò che essa è», definizione che, tuttavia, apre più problemi di quanti non ne risolva, poiché non è certo semplice chiarire né cosa rende sé stessa una persona, né cosa ne mantenga l'identità nel corso del tempo<sup>6</sup>.

## 2. Il principio personalista nella Costituzione repubblicana

Il principio personalista, ricavabile dagli artt. 2, 3 e 13 Cost., ma in ultimo dall'intera trama normativa della Carta repubblicana, pone, secondo le parole della Corte costituzionale, «come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana»<sup>7</sup>. Una definizione evocativa, quest'ultima, che dà il senso della natura pervasiva che tale principio mostra in relazione all'intero ordinamento vigente.

Non è certo agevole individuare una precisa collocazione del principio personalista nell'ordinamento, data l'ampiezza del suo contenuto semantico e della sua portata normativa. Ha scritto, in merito, Antonio Ruggieri, riprendendo, con i necessari adattamenti, una nota formula di Emilio Betti<sup>8</sup>, che il principio personalista esprimerebbe «una naturale "eccedenza assiologica" rispetto agli stessi principi fondamentali restanti, debordando dunque dai confini, pure in modo assai largo, segnati dall'enunciato costituzionale che si ritiene farvi menzione e distendendosi senza limitazione alcuna per l'intero dettato costituzionale, per quindi da esso discendere ai gradi sottostanti e coprire tutto l'ordinamento e l'esperienza sulla sua base formatasi»<sup>9</sup>. Il contenuto di valore del principio in esame sarebbe, dunque, più vasto e pervasivo di quello degli altri principi fondamentali riconosciuti in Costituzione, ai quali esso sarebbe legato, peraltro, da una fitta rete di rapporti.

Ruggieri individua cinque piani principali sui quali si possono cogliere le proiezioni del principio personalista: quello della teoria dei diritti fondamentali, sul quale il pieno riconoscimento della centralità della persona umana, implicante la garanzia della stessa «*ut sic*», comporterebbe l'impossibilità

<sup>5</sup> Sul punto cfr. ora, anche per ulteriori riferimenti, G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano, 2018, 97 ss.

<sup>6</sup> Così G. PINO, *L'identità personale*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 297. Dello stesso A. cfr. *amplius* già *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003. Cfr. anche V. ZENO-ZENCOVICH, *Identità personale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IX, 1993, 294 ss.; L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004; C. HONORATI (a cura di), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, 2010; E. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 26 gennaio 2010.

<sup>7</sup> Così Corte cost., sent. n. 167 del 1999, punto 6 del cons. in dir.

<sup>8</sup> Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, II ed. riveduta a cura di G. CRIFÒ, Milano, 1971, 152 ss.

<sup>9</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in L. VENTURA, A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, cit., 168.

d'intendere come chiuso il numero dei diritti inviolabili richiamati dall'art. 2 Cost.<sup>10</sup>; il piano della teoria delle fonti e dei rapporti tra gli ordinamenti, ove il principio personalista, esigendo l'attuazione dei valori positivizzati nel testo costituzionale, comporterebbe una «deformalizzazione» del sistema delle fonti, che lascerebbe così il posto a un sistema delle norme, nel quale la posizione di ciascun elemento dipenderebbe dalla sua prossimità ai valori costituzionali in gioco (ciò valendo anche nei rapporti tra le fonti interne e le Carte internazionali dei diritti)<sup>11</sup>; il piano della giustizia costituzionale e della giurisdizione in genere, sul quale si svolgono i bilanciamenti tra valori costituzionali, dai quali dipende, in concreto, la stessa salvaguardia del principio personalista<sup>12</sup>; quello della forma di Stato e della forma di governo, sul quale si avverte come il principio in discussione sia stato posto «a base delle opzioni di fondo fatte alla Costituente in sede di rifacimento dell'intera impalcatura istituzionale dello Stato», secondo un disegno che conferisce all'ordinamento repubblicano i tratti di una «democrazia personalista»<sup>13</sup>; infine, il piano della teoria della Costituzione, anch'essa definibile «personalista», avendo il suo «cuore pulsante» nella persona umana intesa quale valore<sup>14</sup>.

Al di là delle specifiche implicazioni che l'autorevole dottrina appena richiamata trae dal principio personalista, sembra potersi concludere che quest'ultimo non è semplicemente il frutto di un astratto costruttivismo interpretativo, risultando molteplici gli elementi normativi e istituzionali sulla base dei quali si può affermare che la centralità della persona umana è un connotato essenziale dell'ordinamento repubblicano. Come si è già provato ad argomentare in altra sede, il principio personalista non implica ovviamente che gli interessi dell'individuo debbano sempre prevalere su quelli della collettività (il che porterebbe, peraltro, allo stesso disfacimento dell'organizzazione sociale), ma che non tutti gli interessi socialmente e giuridicamente rilevanti stanno sullo stesso piano, non potendo questi ultimi essere bilanciati in condizioni di parità con le declinazioni costituzionalmente riconosciute della persona umana e, tra queste, innanzitutto i diritti fondamentali<sup>15</sup>. Tale principio, inoltre, fa sistema con quello pluralista, poiché la molteplicità e la varietà delle espressioni della personalità umana, colte nella loro dimensione sociale, legittimano il riconoscimento del valore delle diverse formazioni intermedie entro cui, per usare le parole dell'art. 2 Cost., si svolge la stessa personalità.

Non è possibile, in questa sede, tornare sulle difficoltà che, nell'attuale momento storico, sta vivendo l'ispirazione personalista dell'ordinamento repubblicano. Si può solo incidentalmente notare come ripetuti appaiano i tentativi di torsione in senso riduzionista dei suoi principi e delle sue istituzioni, così come diffusa è la promozione di letture populiste della Carta costituzionale, orientate da visioni monistiche della legittimazione democratica del potere e da interpretazioni «identitarie» delle disposizioni costituzionali relative ai diritti fondamentali<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> *Ivi*, 169 ss.

<sup>11</sup> *Ivi*, 179 ss.

<sup>12</sup> *Ivi*, 183 ss.

<sup>13</sup> *Ivi*, 191.

<sup>14</sup> *Ivi*, 196.

<sup>15</sup> Sia consentito rinviare, al riguardo, al mio *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), II, 2019, 359 ss.

<sup>16</sup> Sulla pluralità di forme di legittimazione del potere nella democrazia costituzionale cfr. soprattutto A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994; ID., *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. Il contributo della giustizia*

Quel che si intende fare nel presente contributo è illustrare come la “scoperta” giurisprudenziale dell’identità personale, pur nelle sue tante, diverse implicazioni, appaia coerente con l’ispirazione personalista della nostra forma di Stato e come i rischi di un’eccessiva valorizzazione delle stesse espressioni dell’identità personale vadano comunque colti e affrontati nella specifica dimensione di un ordinamento caratterizzato dal riconoscimento della centralità della persona umana.

L’identità personale è oggi minacciata su diversi fronti e da molteplici fattori, soprattutto in conseguenza dell’avanzamento inarrestabile, in tutti i campi, del progresso tecnologico. I rischi di manipolazioni genetiche e i problemi legati alla sopravvivenza, anche in condizioni non repute dignitose, di soggetti mantenuti da trattamenti di sostegno vitale, pongono complessi problemi bioetici e giuridici, che giudici e legislatori affrontano con notevoli difficoltà. Su altro fronte, le potenzialità di internet pongono questioni inedite relative alla protezione dei dati personali e amplificano oltremisura i rischi di attentati alla corretta rappresentazione della stessa identità personale<sup>17</sup>. Soprattutto in questi ambiti si misura oggi la capacità dell’ordinamento di mantenersi fedele alla propria ispirazione personalista, rispondendo alle tante, e sempre più complesse, esigenze di salvaguardia della dignità umana.

### 3. Il carattere “pluridimensionale” del diritto all’identità personale: la corretta rappresentazione della propria personalità, il diritto al nome e la protezione dei dati personali

Sembra costituire ormai un dato acquisito, quantomeno nell’ambito degli studi di psicologia e di antropologia, il carattere in gran parte “costruito” dell’identità<sup>18</sup>. Il che ovviamente si può affermare anche in riferimento alla dimensione giuridica, nella quale, com’è stato detto<sup>19</sup>, si possono distinguere due profili fondamentali dell’identità personale: il primo corrisponde a una nozione «estrinseca», «esteriore», che rinvia alle esigenze d’identificabilità degli individui da parte dei pubblici poteri (rilevano, da tale punto di vista, ad esempio, scopi securitari e tributari); il secondo attiene a una declinazione «sostanziale» dell’identità personale, la quale, da quest’altro punto di vista, si tradurrebbe, per usare ancora le parole della Corte costituzionale, nel «diritto ad essere sé stesso, inteso come rispetto dell’immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l’individuo». In tale prospettiva, l’identità personale è vista come un bene in sé, meritevole di tutela «indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata»<sup>20</sup>.

---

*costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, Torino, 2005, 569 ss.; in tema v. anche L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 271 ss. Contro le declinazioni identitarie del costituzionalismo cfr., per tutti, G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, spec. 114 ss., ma *passim*.

<sup>17</sup> Per un quadro dell’impatto di Internet sull’esercizio dei diritti di libertà della persona si rinvia a T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017.

<sup>18</sup> Così, tra gli altri, F. REMOTTI, *Contro l’identità*, Roma-Bari, 2007, 3 ss.; U.E.M. FABIETTI, *L’identità etnica. Storia e critica di un concetto equivoco*, Roma, 2013, spec. 21 ss.

<sup>19</sup> Cfr. G. PINO, *L’identità personale*, cit., 300 ss.

<sup>20</sup> Corte cost., sent. n. 13 del 1994, punto 5.1 del cons. in dir.

Nell'evoluzione giurisprudenziale e in quella legislativa, il diritto all'identità personale ha via via assunto una connotazione "pluridimensionale". Dapprima, a partire dalla metà degli anni Settanta, esso è stato tradotto dalla giurisprudenza nell'interesse giuridicamente fondato e garantito alla corretta rappresentazione sociale della propria personalità, nei casi in cui quest'ultima sia stata lesa dall'attribuzione, operata da terzi (in genere, dai mass-media), di notizie non veritiere o dall'omissione di qualità, caratteri o comportamenti realmente posseduti dal soggetto. Dopo il primo riconoscimento giurisprudenziale di tale diritto, contenuto nella sentenza della Pretura di Roma del 6 maggio 1974, emblematico fu, al riguardo, il «caso Veronesi», vertente su una causa per risarcimento danni intentata dal direttore dell'Istituto Nazionale dei Tumori, che aveva reso un'intervista ad un settimanale, dalla quale era stata estrapolata, e poi riprodotta in un inserto pubblicitario, un'affermazione sulla minore nocività delle sigarette leggere. Nell'occasione, la Corte di Cassazione ebbe modo di riconoscere che «nell'ordinamento italiano sussiste, in quanto riconducibile all'art. 2 Cost. e deducibile, per analogia, dalla disciplina prevista per il diritto al nome, il diritto all'identità personale, quale interesse, giuridicamente meritevole di tutela, a non veder travisato o alterato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale ecc.»<sup>21</sup>.

Il riconoscimento di tale diritto è stato affiancato dalla precisazione che esso incontra limiti di pari rango costituzionale, posti dai diritti di critica, di cronaca e di creazione artistica (riconducibili alla comune matrice dell'art. 21 Cost.), i cui conflitti con le esigenze di tutela dell'identità personale devono essere risolti con «il contemperamento e l'equo bilanciamento delle libertà antagoniste, per modo che la tutela dell'una non sia esclusiva di quella dell'altra»<sup>22</sup>. Con particolare riguardo al caso di collisione tra il diritto all'identità personale e quello di cronaca, il conflitto è stato risolto riconoscendo il libero esercizio di quest'ultimo e la sua prevalenza sul primo qualora ricorrano le condizioni dell'utilità sociale della notizia, della verità dei fatti divulgati e della «forma civile» dell'esposizione dei fatti medesimi e della loro valutazione, «non eccedente rispetto allo scopo informativo ed improntata a serena obiettività, con esclusione di ogni preconcetto intento denigratorio»<sup>23</sup>. In tale declinazione, il diritto alla (corretta rappresentazione) della propria identità personale è stato rivendicato, in un'ampia e variegata casistica giurisprudenziale, in riferimento a diverse ipotesi di deformazione dell'«immagine sociale» della persona, fino a comprendere il «diritto all'oblio», inteso come pretesa, giuridicamente protetta, alla non reiterata pubblicazione di notizie che riguardino il soggetto<sup>24</sup>. Tale declinazione del diritto all'identità personale si trova, poi, oggi ad affrontare minacce di formidabile portata nella dimensione di Internet, nella quale le «fake news» possono diffondersi con estrema facilità e rapidità e i rimedi giuridici, per risultare efficaci, non posso prescindere da un'attenta considerazione degli aspetti tecnici che caratterizzano il mezzo di diffusione delle informazioni<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Cass. civ., 22 giugno 1985, n. 3769.

<sup>22</sup> Cass. civ., 7 febbraio 1996, n. 978.

<sup>23</sup> Ancora Cass. civ., 7 febbraio 1996, n. 978; ma v. già Cass. civ., 18 ottobre 1984, n. 5259.

<sup>24</sup> Per un quadro della giurisprudenza in materia si rinvia agli scritti già citati in nota 6. Sul diritto all'oblio cfr., per tutti, M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009; F. PIZZETTI (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013; T.E. FROSINI, *La tutela dei dati e il diritto all'oblio*, in *Rassegna parlamentare*, 3, 2018, 497 ss.

<sup>25</sup> Cfr., in tema, G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017.

Una proiezione diretta del diritto all'identità personale, inteso in questa accezione, si riscontra anche in quei casi in cui oggetto della controversia sia il diritto al nome di soggetti che, in conseguenza della meccanica applicazione di previsioni legislative, siano stati privati del nome stesso dopo che essi lo abbiano mantenuto per un considerevole periodo di tempo. Il nome, infatti, tra le sue funzioni, ha anche quella di evocare la personalità dell'individuo che lo porta, con l'insieme delle sue esperienze e convinzioni<sup>26</sup>.

Una tutela legislativa dell'identità personale si ritrova poi nella protezione relativa al trattamento dei dati personali, assicurata dalla legge n. 675 del 1996, successivamente trasfusa nel decreto legislativo n. 196 del 2003, recante il "Codice in materia di protezione dei dati personali", ora modificato dal decreto legislativo n. 101 del 2018, che ha adeguato la normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento generale per la protezione dei dati personali n. 2016/679 dell'Unione europea (GDPR). Quest'ultima fonte, a sua volta, ha inteso uniformare le normative europee sulla *privacy*, introducendo una disciplina ispirata a una concezione non più statica, improntata su una tutela meramente negativa della sfera privata del soggetto, ma dinamica del trattamento dei dati personali<sup>27</sup>. Come ha rilevato Stefano Rodotà, l'evoluzione della tutela si coglie già nelle previsioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in cui il «diritto alla protezione dei dati personali» è riconosciuto nell'art. 8 autonomamente rispetto a quello «al rispetto della propria vita privata e familiare», previsto dall'art. 7. Se con la salvaguardia di quest'ultimo, infatti, «si manifesta soprattutto il momento individualistico», esaurendosi il potere esclusivamente nell'impedire interferenze altrui, la protezione dei dati, al contrario, «fissa regole ineludibili sulle modalità del loro trattamento, si concretizza in poteri d'intervento: la tutela è dinamica, segue i dati nella loro circolazione». Inoltre, i poteri di controllo vengono attribuiti non soltanto ai diretti interessati, ma anche a un'autorità indipendente, coinvolgendo una determinata responsabilità pubblica e comportando una «redistribuzione di poteri sociali e giuridici»<sup>28</sup>.

La disciplina sulla protezione dei dati personali offre una tutela diretta della stessa identità personale, che, nella dimensione delle nuove tecnologie digitali, richiede forme di protezione più avanzate ed efficaci di quelle idonee ad assicurare una garanzia meramente statica e negativa.

La tutela prevista dalla normativa vigente è, poi, particolarmente intensa per quelli che il Codice in materia di protezione dei dati personali definiva «dati sensibili» e che ora l'art. 9 del DGPR colloca nelle «categorie particolari di dati personali». Si tratta dei dati che rivelano «l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale», di quelli genetici, dei «dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica», dei dati relativi alla salute, alla vita sessuale e all'orientamento sessuale della persona. La disciplina vigente ne vieta il trattamento, a meno che non vi sia il consenso esplicito dell'interessato e negli altri casi indicati dal par. 2 del medesimo art. 9.

Com'è evidente, la protezione dei dati personali ha notevoli implicazioni anche negli ambiti di interesse del biodiritto: si pensi, ad esempio, alla disciplina contenuta nel Regolamento n. 265 del 2016, recante

<sup>26</sup> Cfr. G. PINO, *L'identità personale*, cit., 306. In tema cfr. anche M.A. LIVI, *Il diritto al nome nel prisma dell'identità personale*, Torino, 2012.

<sup>27</sup> Cfr., in tal senso, C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 22, 2018, 4 ss.

<sup>28</sup> Così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 397 ss.

norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004, in base alle quale, tra gli elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato in caso di richiesta di accesso alla procreazione medicalmente assistita, rientra anche l'informativa dei dati personali raccolti (art. 1, comma 1, lett. v) e comma 2).

#### 4. Identità sessuale e «verità biologica» (il complesso bilanciamento tra *favor veritatis* e interesse del minore)

Un contenuto essenziale del diritto all'identità personale è quello relativo alla sfera sessuale del soggetto, anche se talora si è discusso di due distinti e autonomi diritti<sup>29</sup>. In materia, il percorso giurisprudenziale è stato lungo e non lineare: inizialmente la Corte costituzionale negò il diritto a vedersi riconosciuta la propria caratterizzazione sessuale, facendo salve le norme dell'ordinamento civile che non riconoscevano il diritto alla rettificazione dell'atto di nascita e all'attribuzione del sesso femminile in caso di «modificazioni artificiali di un sesso» che facessero perdere ad un individuo le «caratteristiche peculiari maschili ed acquistare quelle femminili esterne»<sup>30</sup>. A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 1982, recante «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso», che consente che tale rettificazione abbia luogo a seguito di «interventive modificazioni dei caratteri sessuali», la Corte costituzionale ha adottato un'interpretazione di tale disciplina che ne estende l'ambito applicativo anche ai casi di transessualismo, nei quali si riscontri una «dichiarata psicosessualità in contrasto con la presenza di organi dell'altro sesso, si intervenga con operazioni demolitorie e ricostruttive ad alterare gli organi esistenti per conferire al soggetto la mera apparenza del sesso opposto»<sup>31</sup>. Il Giudice delle leggi ha rilevato, nell'occasione, che il legislatore italiano ha accolto, con l'introduzione della predetta disciplina, «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero “naturalmente” evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale. Presupposto della normativa impugnata è, dunque, la concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori dominanti»<sup>32</sup>. Nella medesima prospettiva, più di recente la Corte ha precisato che la mancanza, nella disciplina legislativa, «di un riferimento testuale alle modalità (chirurgiche, ormonali, ovvero conseguenti ad una situazione congenita), attraverso le quali si realizzi la modificazione, porta ad escludere la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, del trattamento

<sup>29</sup> Cfr., ad esempio, C. LA FARINA, *Alcune osservazioni riguardo alla legge sul mutamento di sesso*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1983, 824; sul punto v. anche E. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, cit., 14.

<sup>30</sup> Corte cost., sent. n. 98 del 1979.

<sup>31</sup> Corte cost., sent. n. 161 del 1985, punto 2 del cons. in dir.

<sup>32</sup> Corte cost., sent. n. 161 del 1985, punto 4 del cons. in dir.

chirurgico, il quale costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali»<sup>33</sup>.

Il diritto all'identità personale è stato declinato, poi, anche come pretesa rivolta al passato, ossia come diritto alla ricostruzione delle proprie origini biologiche, non quindi ad essere sé stessi ma a sapere chi si è<sup>34</sup>. Nell'evoluzione giurisprudenziale, la pretesa alla ricostruzione della «verità biologica» è certamente ritenuta un contenuto essenziale del diritto all'identità personale, che, tuttavia, deve essere bilanciato con altri beni di pari rango e meritevoli di altrettanta considerazione, tra cui soprattutto l'interesse del minore, un bene che, peraltro, finisce per tradursi nella serena formazione della stessa identità di quest'ultimo. Al riguardo, si è riscontrato, di recente, un mutamento di paradigma nella considerazione degli interessi coinvolti dall'esercizio del diritto alla ricerca della «verità biologica»; com'è stato sottolineato, infatti, soprattutto nei casi in cui il soggetto, essendo stato cresciuto e accudito da chi non è il suo genitore biologico, viva una situazione di «frattura» tra la «verità genetica» e quella «sociale e giuridica», si è riconosciuto come il bilanciamento tra gli interessi in gioco debba necessariamente tenere conto delle ripercussioni che la ricostruzione della «verità biologica» potrebbe avere sull'identità dell'interessato nella sua dimensione sociale<sup>35</sup>.

Nella sent. n. 278 del 2013, con cui la Corte costituzionale<sup>36</sup> ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 28, comma 7, della legge sull'adozione n. 184 del 1983, nella parte in cui non prevedeva la possibilità per il giudice d'interpellare la madre che avesse dichiarato di non voler essere nominata, ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione, si è affermato 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»<sup>37</sup>. Si tratta di un'esigenza che, tuttavia, va collocata nel quadro degli interessi costituzionalmente rilevanti che incidono nella specifica situazione.

E così, più di recente, il Giudice delle leggi, nella sent. n. 272 del 2017, ha chiarito che, «pur dovendosi riconoscere un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione, va escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento»<sup>38</sup>. La questione di costituzionalità aveva tratto origine, nel caso di specie, da un giudizio d'impugnazione di una pronuncia con cui il Tribunale di Milano, in accoglimento della domanda proposta dal curatore speciale di un minore, nominato dal Tribunale per i minorenni, aveva dichiarato che lo stesso minore, nato attraverso surrogazione di maternità realizzata attraverso ovodonazione, non era figlio della donna che lo aveva riconosciuto. La Corte d'appello di Milano aveva così sollevato questione di

<sup>33</sup> Corte cost., sent. n. 221 del 2015, punto 4.1 del cons. in dir.; ma v. già Corte di cassazione, Sez. I civ., 20 luglio 2015, n. 15138.

<sup>34</sup> G. PINO, *L'identità personale*, cit., 307.

<sup>35</sup> Cfr. G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 15 febbraio 2018, 11.

<sup>36</sup> ... operando un significativo mutamento d'indirizzo rispetto alla precedente decisione n. 425 del 2005.

<sup>37</sup> Corte cost., sent. n. 278 del 2013, punto 4 del cons. in dir.

<sup>38</sup> Corte cost., sent. n. 272 del 2017, punto 4.1 del cons. in dir.

legittimità costituzionale relativamente all'art. 263 cod. civ., che disciplina l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, nella parte in cui non prevede che tale azione possa essere accolta soltanto quando sia rispondente all'interesse del minore.

La Corte costituzionale, nel dichiarare infondata la questione, ha precisato che la considerazione dell'interesse del minore è già presupposta dalla normativa vigente e che, davanti all'azione di cui all'art. 263 cod. civ. (ovviamente fatta eccezione per quella proposta dal figlio stesso), il giudice deve svolgere una complessa valutazione, nell'ambito della quale l'interesse del minore può anche risultare recessivo rispetto ad altri, pure rilevanti nel caso di volta in volta in esame. Le variabili di cui deve tenere conto il giudice, afferma ancora la Corte, sono «molto più complesse della rigida alternativa vero o falso. Tra queste, oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione e, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela»<sup>39</sup>. Da un lato, dunque, la garanzia dell'identità personale del minore non presenta, come del resto nessun altro principio costituzionale, i caratteri dell'assolutezza (il che conferirebbe a tale bene una fisionomia «tirannica», incompatibile con i caratteri propri di una democrazia pluralista<sup>40</sup>); dall'altro lato, la considerazione di quale sia il *best interest* per il minore stesso, nella prospettiva di una serena formazione della sua identità, implica una valutazione complessa che non può che spettare al giudice del caso concreto, laddove non sia stato il legislatore ad effettuare una comparazione tra gli interessi in gioco (come nel caso del divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa ex art. 9 della legge n. 40 del 2004).

## 5. Identità personale e principio personalista nel fine-vita

Un'altra fondamentale declinazione del diritto all'identità personale si ha nel momento finale della vita umana, nel quale, soprattutto nei casi in cui il soggetto, pur mantenendo le proprie capacità cognitive, non sia nelle condizioni materiali di autodeterminarsi in merito alle modalità e ai tempi di cessazione della sua stessa esistenza. Tema che, com'è noto, coinvolge complesse questioni bioetiche e giuridiche, in primo luogo quella relativa alla possibilità di configurare la vigenza, nel nostro ordinamento, di un «diritto a morire», al quale si è talora contrapposto, sulla base di una concezione forte del principio solidarista, una sorta di «dovere di vivere»<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Corte cost., sent. n. 272 del 2017, punto 4.3 del cons. in dir.

<sup>40</sup> L'espressione richiama ovviamente quella di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* (1979), trad. it., Brescia, 2008. Come ha efficacemente chiarito la Corte costituzionale nella sent. n. 85 del 2013, «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (punto 9 del cons. in dir.).

<sup>41</sup> Cfr., in tal senso, A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1, 2011, 12, il quale afferma che, «con riguardo ai soggetti che versano in uno stato di particolare sofferenza, la solidarietà è, in primo luogo, della

La questione ha suscitato, com'è noto, un ampio e acceso dibattito pubblico, soprattutto in riferimento ai casi in cui l'interessato fosse affetto da patologie irreversibili, che gli causavano sofferenze intollerabili, ed era mantenuto da trattamenti di sostegno vitale, restando comunque capace di prendere decisioni libere e consapevoli (ma ovviamente non di portarle a compimento in totale autonomia). La legge n. 219 del 2017, recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", recependo gli esiti cui era giunta precedentemente la giurisprudenza a partire dai casi Welby<sup>42</sup> ed Englaro<sup>43</sup>, ha introdotto una serie di previsioni normative che consentono, di fatto, al malato, di raggiungere la morte attraverso la richiesta, vincolante per i terzi, d'interrompere i trattamenti di sostegno vitale in atto e di essere sottoposto a sedazione profonda continua<sup>44</sup>. In particolare, l'art. 1, comma 5, di tale legge prevede che ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, «in tutto o in parte», con le forme previste dalla medesima legge per il recepimento e la documentazione del consenso informato, «qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso» ed ha, altresì, il diritto di revocare in qualsiasi momento il consenso, con le stesse forme con cui lo ha prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Il comma 6 del medesimo articolo stabilisce, inoltre, che il medico «è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale». Il paziente, di contro, non può esigere «trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali». Tale normativa non consente, quindi, al medico di mettere a disposizione dell'interessato trattamenti volti a provocarne direttamente il decesso, sicché, fino a poco tempo fa, nei casi in cui la morte non sopravvenisse in tempi rapidi, non erano consentiti interventi utili ad accelerarla, con la possibilità che la cessazione della vita del paziente si poteva risolvere in un lungo processo, doloroso soprattutto per i cari che assistevano il diretto interessato. Sulla questione è ora intervenuta la Corte costituzionale con la sent. n. 242 del 2019, che ha fatto seguito all'ord. n. 207 del 2018.

La questione originava dal processo penale intentato nei confronti di Marco Cappato, per violazione dell'art. 580 del codice penale (che sanziona l'istigazione o l'aiuto al suicidio) per aver egli aiutato Fabiano Antoniani (noto come Dj Fabo) a raggiungere una struttura specializzata in Svizzera al fine di ottenere assistenza alla morte volontaria. Antoniani, a seguito di un incidente stradale, era rimasto tetraplegico e affetto da cecità ed era mantenuto da trattamenti di sostegno vitale, ma conservava

---

società verso il malato ma è pure – per quanto possa esser duro da digerire – dello stesso malato verso la società, ove si convenga a riguardo del fatto che tenersi in vita concorre – come si diceva – al progresso spirituale della società».

<sup>42</sup> Cfr. la sentenza del G.U.P. del Tribunale ordinario di Roma n. 2049 del 23 luglio-17 ottobre 2007.

<sup>43</sup> Cfr. Corte di cassazione, Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748.

<sup>44</sup> Per una puntuale analisi di tale disciplina cfr. U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018, spec. 81 ss.; in tema cfr. anche L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, t. II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012.

intatte le facoltà intellettive e aveva ripetutamente e convintamente manifestato la volontà di ricorrere alla morte assistita<sup>45</sup>.

Con l'ord. n. 207 del 2018, adottando una soluzione processuale inedita, almeno per l'organo di giustizia costituzionale italiano (e molto discussa in dottrina<sup>46</sup>), la Corte costituzionale, dopo aver dato

<sup>45</sup> Per una più puntuale ricostruzione della vicenda e dei diversi profili giuridici della stessa si rinvia, per tutti, a C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12, 2019, 33 ss.

<sup>46</sup> Tra i tantissimi commenti, si segnalano U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 23 novembre 2018; ID., *La Corte è "attendista" ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 23 novembre 2018; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 19 novembre 2018; P.F. BRESCIANI, *Termini di giustificabilità del reato di aiuto al suicidio e diritti dei malati irreversibili, sofferenti, non autonomi, ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli* (Nota a Corte cost., ord. n. 207/2018), in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 14 dicembre 2018; C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 dicembre 2018; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 1 dicembre 2018; M. PICCHI, «Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 3, 2018, 1 ss.; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 153 ss.; A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, per lo meno per ora... (A margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), III, 2018, 568 ss.; ID., *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, *ivi*, 571 ss.; ID., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, *ivi*, I, 2019, 92 ss.; ID., *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 27 maggio 2019; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 139 ss.; R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 8 aprile 2019; F.P. BISCEGLIA, *Un possibile principio di risposta legislativa alle domande concernenti la dignità nella fase finale della vita*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 marzo 2019; S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 marzo 2019; F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 5 giugno 2019; L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 marzo 2019; E. FURNO, *Il "caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2, 2019, 138 ss. C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall'ordinanza Cappato*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 1, 2019, 1 ss.; A. GRAGNANI, *Garanzia costituzionale della «libertà reale» e controllo accentratore di costituzionalità (in margine all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale)*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2, 2019, 1 ss.; F. LAZZERI, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato"*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 aprile 2019; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" e le pratiche di suicidio assistito: tra libertà di autodeterminazione e tutela della vita*, in [www.giustiziansieme.it](http://www.giustiziansieme.it), 7 maggio 2019; C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 6, 2019, 1 ss.; C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 7 giugno 2019; A. PUGIOTTO, *L'altra quaestio del "caso Cappato": la pena draconiana dell'art. 580 c.p.*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 4 giugno 2019; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 1, 2019, 1 ss.; ID., *Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, *ivi*, 2, 2019; ID., *Le discutibili asserzioni dell'ordinanza Cappato e alcuni enormi macigni*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 9 giugno

alcune indicazioni sui profili d'incostituzionalità della norma impugnata, ha ritenuto di dover far leva sui suoi «poteri di gestione del processo costituzionale» e ha rinviato la trattazione della questione di un anno, all'udienza del 24 settembre 2019. La decisione è stata motivata, per un verso, sulla base dell'esigenza di evitare che la norma impugnata potesse trovare applicazione *medio tempore* nella sua formulazione parzialmente incostituzionale e, per altro verso, in considerazione della necessità di lasciare al Parlamento «la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità»<sup>47</sup>.

Il periodo lasciato al legislatore, tuttavia, non è bastato e, riscontrata la perdurante inerzia dello stesso, la Corte ha ritenuto di dover dichiarare l'illegittimità dell'art. 580 del cod. pen. Con la sent. n. 242 del 2019, l'incostituzionalità della norma è stata pronunciata nella parte in cui essa non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017, «agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»<sup>48</sup>. Poiché tali condizioni non erano conosciute e prevedibili anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 219 del 2017 e alla pubblicazione della sentenza, il Giudice delle leggi ha precisato che ai medesimi esiti si deve pervenire, relativamente ai fatti anteriori alla pubblicazione della pronuncia, qualora le condotte in esame si siano svolte con modalità equivalenti a quelle previste dalla disciplina del 2017. Seguendo il percorso argomentativo già tracciato nell'ordinanza del 2018, la Corte è giunta a tale conclusione escludendo, in premessa, che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio sia di per sé in contrasto con la Costituzione, reputando la *ratio* dell'art. 580 cod. pen. compatibile con il quadro dei principi costituzionali. La norma, infatti, troverebbe giustificazione nella tutela del diritto alla vita delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intenderebbe proteggere da una scelta estrema e irreversibile, come appunto quella del suicidio, ponendole al riparo da deleterie interferenze esterne. Residuava, tuttavia, una «circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa», corrispondente ai casi in cui l'aspirante suicida si identificasse in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli»<sup>49</sup>. Proprio in riferimento a tale area, la Corte ha pronunciato

---

2019; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2, 2019, 644 ss.; A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nella ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 maggio 2019; G. SORRENTI, *Intervento al Seminario 2019 di "Quaderni costituzionali"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 8 giugno 2019; nonché i contributi pubblicati in F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, e in M. RONCO (a cura di), *Il "diritto" di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, Torino, 2019.

<sup>47</sup> Corte cost., ord. n. 207 del 2018, punto 11 del cons. in dir.

<sup>48</sup> Corte cost., sent. n. 242 del 2019, punto 8 del cons. in dir.

<sup>49</sup> Corte cost., sent. n. 242 del 2019, punto 2.3 del cons. in dir., ma v. già ord. n. 207 del 2018, punto 8 del cons. in dir.

l'illegittimità della norma impugnata, superando il limite della discrezionalità del legislatore. Affermando di seguire la medesima logica ispiratrice del meccanismo della «doppia pronuncia» (che si ha allorché a una sentenza d'inammissibilità «con monito» si fa seguire, in caso di mancato recepimento di quest'ultimo, una declaratoria d'incostituzionalità), il Giudice delle leggi ha deciso di garantire egualmente la legalità costituzionale attraverso una pronuncia di accoglimento, non potendosi tollerare il permanere di un *vulnus* a diritti fondamentali e di una zona franca immune dal sindacato di costituzionalità.

Una soluzione, quest'ultima, che è stata criticata perché avrebbe finito con il riconoscere ai ruoli istituzionali di Corte e legislatore una forza meramente «*persuasiva*», anziché «*prescrittiva*», sancendo così «*definitivamente il primato della politica, anche quella dei massimi garanti del sistema, sul primato della Costituzione*»<sup>50</sup>. È innegabile, in effetti, che con la decisione in questione, il Giudice delle leggi abbia bilanciato due principi eterogenei: quello della separazione dei poteri con quello personalista, declinato sotto forma di autodeterminazione nella fase finale dell'esistenza umana.

## 6. Principio personalista, identità personale e dignità umana: qualche conclusione

La rassegna qui svolta dei principali luoghi di emersione del diritto all'identità personale mostra, per un verso, come tale situazione giuridica soggettiva, nei suoi diversi ambiti di applicazione, traduca nel modo più immediato i principali contenuti del principio personalista e, per altro verso, come il carattere pluridimensionale assunto dalla stessa tutela dell'identità rifletta una concezione evolutiva della personalità umana, che l'ordinamento pretende di garantire in tutta la sua complessità. Da questo punto di vista, anche nell'affrontare la questione della natura, oggettiva o soggettiva, della dignità umana, dovrebbe tenersi conto maggiormente della complessità dei processi di produzione dell'identità personale, che risulta sempre in parte autodeterminata e in parte eterodeterminata<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Così ancora A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 24 novembre 2019, 2. Su tale decisione, tra i diversi commenti, cfr., oltre al già richiamato C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, cit., 33 ss., anche L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in [www.cortisupremeesalute.it](http://www.cortisupremeesalute.it), 2, 2019; A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in [www.cortisupremeesalute.it](http://www.cortisupremeesalute.it), 2, 2019; C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in [www.cortisupremeesalute.it](http://www.cortisupremeesalute.it), 2, 2019.

<sup>51</sup> È stato evidenziato, in particolare (da C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, cit., 46), come, mentre nella sent. n. 242 del 2019, ma ancor più nella precedente ord. n. 207 del 2018, la Corte abbia promosso una concezione *soggettiva* della dignità, nella sent. n. 141 del 2019, in materia di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, essa abbia invece fatto propria una concezione più marcatamente *oggettiva* della stessa, affermando che, riguardo alla «finalità di tutela della dignità umana, è incontestabile che, nella cornice della previsione dell'art. 41, secondo comma, Cost., il concetto di "dignità" vada inteso in senso oggettivo: non si tratta, di certo, della "dignità soggettiva", quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore. È, dunque, il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente» (punto 6.1 del cons. in dir.). In tema, criticamente cfr. R. BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 1 ss.; inoltre, in prospettiva comparata, G. POGGESCHI, *La dignità*

Sembra doversi convenire, peraltro, con quella dottrina che da tempo sostiene il carattere non bilanciabile della stessa dignità umana<sup>52</sup>, non già perché essa integri il contenuto di un principio costituzionale superiore agli altri, ma perché diversa (e, nei termini che subito si diranno, strumentale) è la sua natura. La dignità, *l'essere degno*, denota, infatti, una sorta di unità di misura del bilanciamento tra interessi di volta in volta in campo: *dignitosa* è la decisione dei pubblici poteri che non sacrifichi l'ispirazione personalista dell'ordinamento, che comunque, a prescindere dagli esiti della stessa, consideri kantianamente la persona come fine e non come mezzo. Se così è, il bilanciamento – tanto che sia stato codificato dal legislatore quanto che venga svolto, in concreto, dal giudice – deve sempre risultare *dignitoso*, ossia accettabile in rapporto al paradigma personalista.

Non ci si nasconde, d'altro canto, il carattere ampiamente discrezionale che l'uso di tale criterio comporta, anche se i costi della discrezionalità di chi decide sono contenuti e in parte compensati dalla rivedibilità di quasi tutte le decisioni dei pubblici poteri, nonché dalle coordinate delineate dagli orientamenti giurisprudenziali e dai precedenti con cui la Corte e gli altri organi di garanzia chiamati, a vario titolo, ad effettuare bilanciamenti, devono comunque fare i conti.

Il principio personalista, del quale si è visto il carattere fortemente pervasivo, assicura un orientamento di senso all'intera trama normativa e istituzionale dell'ordinamento repubblicano, condizionando l'attività di produzione del diritto in tutte le sue forme.

Se non si vuole riconoscere all'asserzione della centralità della persona umana una valenza del tutto astratta e priva di effettività, tale principio merita di trovare seguito non soltanto nella dimensione dei diritti, ma anche in quella dei poteri (non potendosi riscontrare, peraltro, una netta cesura tra la prima e la seconda). In tale prospettiva, la soluzione adottata dalla Corte costituzionale nella sent. 242 del 2019, di ritenere prevalente il principio personalista, in una sua specifica declinazione, su quello di separazione dei poteri, conferma l'ispirazione più profonda dell'ordinamento, ma pone problemi di non poco conto, soprattutto se ad essa non si riconosca una connotazione episodica ed emergenziale. Il primo di tali problemi, com'è stato messo in luce, è quello della legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale, che – occorre certo rammentarlo –, nel contesto di un sistema istituzionale affetto ormai da patologie croniche, tende a dismettere sempre più i panni del giudice per assumere quelli del legislatore, anzi di un legislatore anomalo, che non può decidere sull'*an* del suo intervento, dovendo comunque essere attivato da terzi nelle forme rituali. Un legislatore, quindi, che oltre a non trarre la giustificazione del proprio potere dai circuiti democratico-elettorali, non può che dar luogo a soluzioni episodiche relative ai casi che, si consenta il gioco di parole, *casualmente* gli vengano sottoposti. Un

dell'uomo: *l'ultima Thule o l'isola che non c'è?*, in C. BERGONZINI, A. COSSIRI, G. DI COSIMO, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS, *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 744 ss.

<sup>52</sup> Cfr., in tal senso, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, in [www.archivio.rivistaaic.it](http://www.archivio.rivistaaic.it), §2; Id., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 85 ss.; Id., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in L. VENTURA, A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, cit., spec. 56 ss.; A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, cit., 183 ss.; ma contra M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Napoli, 2009, 1060 ss. e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica del diritto*, 1, 2011, spec. 69 ss.

*legislatore per caso*, insomma, che non può materialmente, anche volendo, farsi portatore di alcun indirizzo politico.

Un secondo problema attiene, poi, ai limiti strutturali propri del rimedio giurisdizionale (anche di quello offerto dall'organo di giustizia costituzionale), il quale non è in sé idoneo ad assicurare quella tutela generale che solo un intervento legislativo organico può garantire<sup>53</sup>. La disciplina legislativa, la cui introduzione è sempre auspicata dalla Corte costituzionale anche nelle sue pronunce più creative, allo scopo di offrire una tutela più ampia e adeguata, rimane, allo stato, la sola in grado di assicurare a tutti la protezione dei diritti in condizioni di eguaglianza, almeno in un ordinamento come il nostro che, pur essendo soggetto a importanti processi evolutivi, riconosce ancora un ruolo dominante al diritto legislativo.

Se nella contestuale attuazione dei principi di libertà e di eguaglianza si traduce, com'è stato detto, l'ispirazione ideale della democrazia pluralista<sup>54</sup>, la tutela e la promozione dei diritti fondamentali deve essere tendenzialmente garantita a tutti, indipendentemente dalle possibilità (anche economiche) di ciascuno di ricorrere ai rimedi giurisdizionali. In tale prospettiva, il principio personalista esige che tutti gli attori istituzionali si assumano la responsabilità di assicurare risposte adeguate alle tante domande di tutela e promozione della libertà e dell'eguaglianza che provengono dalla collettività.

---

<sup>53</sup> Sul punto sia consentito rinviare al mio *I diritti senza legge*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Torino, 2016, 1452 ss.

<sup>54</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., 43 ss. e 85 ss.; nonché A. RUGGERI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia ed effettività*, in [www.rivistaoidu.it](http://www.rivistaoidu.it), marzo 2018, spec. 23 ss.; ID., *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2, 2018, 17 ss., il quale, a proposito dei principi di libertà ed eguaglianza riconosciuti dagli artt. 2 e 3 Cost., discorre di «coppia assiologica fondamentale».

# La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico.

## Linee ricostruttive

Salvatore Prisco\*

DIGNITY IN THE BIO-LEGAL AND BIOPOLITICAL DEBATE. RECONSTRUCTIVE LINES

ABSTRACT: The essay summarizes the historical and philosophical debate about “dignity”, its constitutional receptions, strong points and ambiguities related to its normative use into biolaw and biopolitics.

KEYWORDS: Dignity; biolaw and biopolitics; historical and philosophical debate; constitutional receptions; jurisprudence

SOMMARIO: 1. Premessa: piano dell’esposizione e avvertenza metodologica – 2. Dignità e filosofia. Un percorso idealtipico – 3. L’approdo della dignità nelle Carte sovranazionali e nelle Costituzioni, tra usi sostanziali e argomentazioni giurisprudenziali, come effetto del costituzionalismo fondato sui valori – 4. Corpo, diritti, dignità: uno sguardo a un panorama in chiaroscuro

### 1. Premessa: piano dell’esposizione e avvertenza metodologica

**V**i sono parole che hanno nutrito nei secoli il dibattito filosofico e filologico, denotandone valori-pietre miliari, indicandone «concetti strategici della tradizione etica e politica», o anche «eulogici», come sono stati definiti, i quali si sono quindi tradotti, nella complessità mai troppo ridicibile della loro articolazione semantica, anche in princîpi giuridici, ormai solitamente enunciati in testi costituzionali.

È ad esempio questo il caso di termini come “laicità”, “giustizia”, o di quelli che compongono il classico trionfo della Rivoluzione Francese, “libertà”, “uguaglianza”, “fraternità” (ovvero – come variante invero non del tutto identica nel senso e nelle fonti ispiratrici ideali di quest’ultima – “solidarietà”) e appunto del lemma “dignità”, del quale verranno di seguito delineati i lineamenti basilari della storia concettuale (§ 2), per poi accennare alle sue principali direzioni di recezione da parte dei documenti costituzionali, storici e contemporanei (§ 3) e concentrarsi infine sull’impiego argomentativo che se ne è dato nel biodiritto e nella biopolitica e sulla ambivalente funzione svolta in tali campi (§ 4).

I limiti dello spazio assegnato alla stesura e la richiesta di strutturarla come una “voce” riepilogativa di enciclopedia hanno impedito un esame del tema che eccedesse dette linee essenziali e per la medesima ragione anche l’apparato bibliografico usato per segnalare le tappe del cammino intrapreso rinvia preferibilmente (salvo eccezioni motivate dal loro rilievo) ad opere monografiche recenti e in lingua italiana, cui occorrerà riferirsi per trarne informazioni ulteriori, senza che questo scritto abbia potuto consentirsi di discuterle analiticamente.

\* *Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Giurisprudenza nell’Università di Napoli Federico II.*  
Mail: [salvatore\\_prisco@virgilio.it](mailto:salvatore_prisco@virgilio.it). Contributo sottoposto a referaggio.

## 2. Dignità e filosofia. Un percorso idealtipico<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Il presente lavoro appare anche negli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*. I riferimenti bibliografici essenziali per approfondire sono stati inseriti in rapporto a ciascuno dei paragrafi in ragione dell'inerenza all'oggetto prevalente delle relative pagine, ma in realtà le letture richiamate superano tale divisione del tutto convenzionale, per l'interconnessione non districabile tra i vari aspetti degli svolgimenti specifici, per cui scritti che toccano i profili giusfilosofici e quelli bioetici e biopolitici contengono sovente anche notevoli argomentazioni di carattere giuridico e le riflessioni degli studiosi di diritto procedono da robuste basi filosofiche generali. Tanto premesso (e senza pretesa di completezza, in una letteratura ormai impressionante per quantità e qualità), si indicano di seguito, qui relativamente al piano storico-filosofico e sociologico, in ordine alfabetico dei cognomi degli Autori consultati o dei titoli delle opere collettanee, i lavori consultati.

D. AMOROSO, G. TAMBURRINI, *Sistemi robotici ad autonomia crescente tra etica e diritto: quale ruolo per il controllo umano?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 33 ss.; F. ANTONELLI, *Dignità e azione sociale*, in *Vita e Pensiero*, 4, 2014, 379 ss.; P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, nuova ed. riv. e ampl., Brescia, 2013; B. BISOL, A. CARNEVALE, F. LUCIVERO, *Diritti umani, valori e nuove tecnologie. Il caso dell'etica della robotica in Europa*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, II, 1, 2014, 235 ss.; E. BLOCH, *Diritto naturale e dignità umana*, trad. it, Torino, 2005; R. BODEI, *La dignità non è il rango*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 gennaio 2014; R. BONITO OLIVA, *Lo spazio della dignità tra etica e diritto*, in *Iride*, 3, 2013, 581 ss.; P.C. BORI, *Pluralità delle vie. Alle origini del Discorso sulla dignità umana di Pico della Mirandola*, testo latino, versione italiana e apparato testuale a cura di S. MARCHIGNOLI, Milano, 2000; V. BUONUOMO, A. CAPECCI, *L'Europa e la dignità dell'uomo. Diritti umani e filosofia*, Roma, 2015; L. CAFAGNA, *Borghesia*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma, 1998, I, 542 ss.; N. CASABURI, *Il cammino della dignità. Peripezie, fascino, manipolazioni di una parola*, Roma, 2015; F.P. CASAVOLA, *De hominis dignitate. Scritti di bioetica*, Milano, 2019, a cura di L. CHIEFFI e F. LUCREZI; M.A. CATTANEO, *Giusnaturalismo, e dignità umana*, Napoli, 2006; A. CELOTTO, *I robot possono avere diritti?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 91 ss.; M. CHIARELLI, *Decoro e libera determinazione del compenso professionale: ordinamento francese e italiano a confronto*, in *Rassegna Forense*, 1-2, 2012, spec. 124 ss.; A. ARGIROFFI, P. BECCHI, D. ANSELMO, *Colloqui sulla dignità umana. Atti del Convegno internazionale di Palermo, ottobre 2007*, Roma, 2008; C. CROSATO, *L'uguale dignità degli uomini. Per una riconsiderazione del fondamento di una politica morale*, Assisi, 2013; ID., *Pensare la dignità oggi. Una rassegna filosofica*, in *Micromega online*, 1° agosto 2014; F.F. SEGADO, (coord.), *Dignidad de la persona, Derechos fundamentales, Justicia constitucional y otros estudios de derecho público*, Madrid, 2008, 175 ss.; M.L. DI PIETRO, D. MOLTISANTI, *Sul concetto «dignità»*, in *Vita, ragione, dialogo. Scritti in onore di Elio Sgreccia*, Siena, 2012, 135 ss.; M. FRARE, *Ancora sulla dignitas*, in *Diritto e Storia*, 9, 2010; L. GORMALLY, *La dignità umana: il punto di vista cristiano e quello laicista*, in J. DE DIOS CORREA, E. SGRECCIA (a cura di), *La cultura della vita: fondamenti e dimensioni*, Città del Vaticano, 2002, 49 ss.; W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars Interpretandi*, 12, 2007, 57 ss.; A. HELLER, *L'uomo del Rinascimento. La rivoluzione umanista*, trad. it., Roma, 2013; S. HENNETTE-VAUCHEZ, *A Human Dignitas? The Contemporary Principle of Human Dignity as a Mere Reappraisal of an Ancient Legal Concept*, EUI Working Papers, Law, 18/1008; O. HÖFFE, *Il principio dignità umana*, in *Iride*, 33, 2001, 243 ss.; R. AMMICHT-QUINN, M. JUNKER-KENNY, E. TAMEZ (a cura di), *Il dibattito sulla dignità umana*, in *Concilium*, 2, 2003; P.O. KRISTELLER, *La dignità dell'uomo*, in ID., *Concetti rinascimentali dell'uomo e altri saggi*, trad. it., Firenze 1978, 3 ss.; M. KEEN, *La cavalleria*, trad. it., Napoli, 1986; G.M. CAPPELLI (a cura di), *La dignità e la miseria dell'uomo nel pensiero europeo. Atti del Convegno internazionale di Madrid, 20-22 maggio 2004*, Roma, 2006; V. MARZOCCO (a cura di), *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, Torino, 2018; P. BECCHI, F. BELVISI, V. PACILLO, *La dignità umana, testo e contesto*, in *Ragion Pratica*, 1, 2012, 5 ss.; C. LECCARDI, P. VOLONTÉ, *L'individualismo del nuovo secolo tra privatismo e nuove forme di legame sociale*, in IDD. (a cura di), *Un nuovo individualismo? Individualizzazione, soggettività e legame sociale*, Milano, 2017, 9 ss.; N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, trad. it., Bari, 2002, spec. 98 ss.; E. MAESTRI, *Genealogie della dignità umana*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 9, 2009, 509 ss.; A. MARGALIT, *La società decente*, trad. it, Milano, 1998; G. MARINI, *Storicità del diritto e dignità dell'uomo*, Napoli, 1987; C.M. MAZZONI, *Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea*, Firenze, 2019; M. MINKOVA, *Spostamento dei concetti politici nel lessico cristiano: dignitas in Boezio*, in G. URSO (a cura di), *Popolo e potere nel mondo antico. Atti del convegno internazionale di*

Il termine latino *Dignitas* (da cui i derivati moderni nelle varie lingue romanze; ma anche l'inglese ha *dignity*) indica originariamente onore, distinzione e – sul piano della ricaduta formale – carica pubblica. Essa è cioè benemerenzza ottenuta per acquisizione di un merito, che produce estimazione sociale in ragione della capacità di chi giunge a possederla di procurare bene agli altri e ha un riflesso nell'attribuzione di cariche pubbliche, riflettendosi dunque nell'*auctoritas* (da *augere*, aumentare) del titolare e nel suo *decus*, decoro.

Si tratta di una nozione che – com'è stato rilevato – è «parte del sistema dei valori tipicamente romano, in quanto risalenti al *mos maiorum*, o provenienti dalla filosofia greca e adattati alla cultura romana» (Chiarelli).

Occorre recuperare dunque, a ritroso nel tempo, innanzitutto il modello greco – arcaico e poi classico – di uomo degno (ἀξίος ma è stato osservato che, tra gli eroi omerici, quello che ne identifica il tipo perfetto è piuttosto il più puro tra i loro avversari, ossia il troiano Ettore).

Il senso del valore (basico, come si diceva: il termine è infatti radice anche di ἀξιωμα, postulato) è nel suo essere posto lungo una sorta di scala, che come si risale si può anche discendere, attributo di azioni e solo in conseguenza di esse degli uomini che ne compiono di eccelse, tali appunto perché comunque funzionali al bene comune, ossia la dignità implica impegni verso gli altri: questa, è stato scritto, «è una prospettiva che apre alla fondazione di un'organizzazione istituzionale gerarchica, ma guidata dalla razionalità», ovvero «una gerarchia in movimento» (Vincenti). Così ad esempio la celebra in più luoghi Cicerone, intellettuale appunto grecizzante, del quale si cita qui dal *De Officiis*: «La dignità dell'uomo è violata, in quanto essere razionale, quando la persona si fa gestire dall'impulso dei sensi, mentre è promossa e tutelata quando la persona opera per il bene comune» (Libro I, XXX, trad. it., *Dei Doveri*, Bologna 1991, 109).

Nello sviluppo impresso al valore in esame dall'incontro con lo stoicismo di origine ellenistica (e la confluenza tra la concezione più antica e quest'ultima si fa appunto evidente nell'Arpinate), l'approdo rilevante è insomma quello della relazione della dignità con la razionalità (che distingue l'uomo dagli altri animali) e con la moralità, poiché tale condizione lo porta a potere agire al suo meglio, non venendo dominato dagli istinti, bensì potendo scegliere tra bene e male.

---

*Cividale del Friuli, 23 - 25 settembre 2004*, Pisa, 2005, 249 ss.; A. MUBI BRIGHENTI, *Tra onore e dignità. Per una Sociologia del rispetto*. Quaderno n. 40 del Dipartimento di Sociologia e Ricerca sociale, Università di Trento, aprile 2008; R. PILOTTI, *Dignità dell'uomo e cittadinanza globale: Kant alle origini del cosmopolitismo giuridico*, in *Lessico di Etica Pubblica*, 2, 2016, 68 ss.; U. POMARICI, *Il prisma umano della dignità nell'era delle tecnoscienze. Spunti per una discussione*, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, IV, 2015, 141 ss.; E. RIPEPE, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Torino, 2014; M. ROSEN, *Dignità: storia e significato*, trad. it., Torino, 2013; L. RUARO, *Profili dell'idea di dignità umana tra antichità ed inizi dell'età moderna*, tesi di dottorato, Facoltà di Filosofia. Università di Padova, Anno Accademico 2011 - 2012; L. SOZZI, *La dignité de l'homme hier et aujourd'hui*, in M. VACCHINA (a cura di), *Attualità dell'antico*, Aosta, 1988, 209 ss.; R. SPAEMANN, *Tre lezioni sulla dignità umana*, tr. it., Torino, 2011; A. TARANTINO, *Uomo (dignità dell')*, in *Eunomia*, 2, 2016, 195 ss.; S. TARANTO, *Le insidie della dignità umana e la sua funzione*, in *Ragion Pratica*, 1, 2017, 169 ss.; G. TURCO, *Dignità e Diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, Torino, 2017; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma - Bari, 2009; G. VASTA, *Breve storia della dignità*, in *Repubblica*, 27 ottobre 2013; F. VIOLA, voce *Dignità umana*, in *Enciclopedia Filosofica*, V, Milano, 2006, 2863 ss.; D. VON DER PFORDTEN, *Sulla dignità umana in Kant*, in *La Cultura*, 2, 2011, 209 ss.; W. WALLACH, C. ALLEN, *Moral Machines: Teaching Robots Right from Wrong*, New York, 2008, 55 ss.



V'è di più. Lo stoico Seneca scrive a Lucilio (*Epistulae morales ad L.*, Ep. 47, a cura di E. Piccolo, trad. di C. Barone Napoli, 2011, 89): «Ho sentito con piacere da persone provenienti da Siracusa che tratti familiarmente i tuoi servi: questo comportamento si confà alla tua saggezza e alla tua istruzione. “Sono schiavi”. No, sono uomini. “Sono schiavi”. No, vivono nella tua stessa casa. “Sono schiavi”. No, umili amici. “Sono schiavi”. No, compagni di schiavitù, se pensi che la sorte ha uguale potere su noi e su loro».

Se qui l'accento cade sull'*eguale* dignità di principio di ogni uomo, senza barriere sociali, che origina dalla identica sottoposizione di tutti ai mutevoli capricci della sorte, ond'è che saggezza vuole che si riconosca questa situazione per adeguarvisi, un successivo slittamento di senso apre ad un nuovo incontro culturale.

Il cristianesimo aggiunge infatti una nota differente e fa dunque virare il percorso del concetto verso un orizzonte ancora diverso: la dignità resta sì l'eguale condizione di ogni uomo, ma non è più tale perché al medesimo modo egli è sottoposto al Fato, bensì in quanto fatto “ad immagine di Dio”, quindi aperto a una speranza di salvezza oltremondana, mentre l'antica accezione di dignità come complesso di cariche pubbliche deve ormai sopportare la critica di un filosofo dell'estrema stagione pagana e tuttavia aperto al nuovo, come Severino Boezio. Egli rileva infatti come assai spesso queste siano scisse dall'effettivo merito dei rispettivi titolari e anzi trasmissibili a persone della cerchia familiare o a terzi venalmente (ciò che, secoli dopo, genererà una parte notevole del propellente rivoluzionario francese), fenomeno di cui è eco nel termine “dignitario” per indicare – sovente deprecandone la scarsa qualità personale dei beneficiati e perciò l'abuso sostanziale nella catena di successione – gli appartenenti a un ceto ad ascrizione castale.

Un ulteriore snodo ancora nella caratterizzazione della dignità umana – affianco e oltre quella che la fa derivare dalla comune radice cristiana, pur variamente declinata, dell'*homo* quale *imago Dei*, già presente fin dalla paolina Lettera ai Filippesi – si palesa (peraltro evolutivamente, ossia non con una cesura netta immediatamente percepibile, rispetto alle concettualizzazioni precedenti) nell'Umanesimo e nel Rinascimento.

Non potendosene qui seguire analiticamente le singole tappe, basterà dire che da Giannozzo Manetti a Marsilio Ficino e soprattutto in Pico della Mirandola l'uomo è rappresentato quale avente sì origine dal creatore divino, ma libero responsabilmente di se stesso. Come dice Dio ad Adamo, secondo l'ultimo: «Non ti abbiamo fatto né celeste né terreno, né mortale né immortale, perché come libero, straordinario plasmatore e scultore di te stesso, tu ti possa foggiare da te stesso nella forma che avrai prescelto. Potrai degenerare negli esseri inferiori, che sono i bruti; potrai rigenerarti, secondo la tua decisione, negli esseri superiori, che sono divini» (*Oratio de hominis dignitate*, tr. it., 103 ss. dell'ed. citata in nota): torna ancora il motivo classico della scala che può essere ascesa o discesa, affidando la decisione in proposito al libero arbitrio del singolo, guidato dal responsabile esercizio della razionalità. Con la tradizione del giusnaturalismo (emblematicabile – giacché costretti per il solito motivo dello spazio limitato ad una sola indicazione, tra tante pur possibili – in Pufendorf), ma con ancora maggiore evidenza nel sistema filosofico kantiano, acquista ancora più forza l'identificazione dell'essenza della dignità con la possibilità della scelta morale e razionale, nel che è la ribadita differenza con l'istintività dell'animale non umano.

In realtà, ogni nuovo uso semantico, anche in un contesto storico successivo, ha sempre ereditato anche le declinazioni e gli spessori di senso del passato, onde i fili delle varie concezioni in precedenza richiamate si sono sempre riproposti e talora intrecciati, talaltra no.

Così, in Hobbes era ancora presente un'attualizzazione economicistico-materialistica dell'idea relazionale dell'antichità classica, per cui la dignità è per lui il prezzo che gli altri sono disposti a pagare per servirsi del suo potere (*Leviatano*, trad. it., Scandicci, 1987, 84) – e ancora in tempi a noi contemporanei anche Luhmann recupererà la visione per cui essa dipende dal «riconoscimento sociale della persona» – mentre proprio la sottrazione a un'idea di pregevolezza che la traduca in termini di prezzo di un bene è l'opposta prospettiva di Kant.

La dignità come connotazione della scelta morale del singolo, ma in quanto proiettata ad essere legge universale, è per lui da intendersi come oggettiva: «Agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo», dirà nella *Fondazione della metafisica dei costumi* (qui citata nella trad. it. a cura di P. Chiodi, Torino 1995, 88), che precede di un triennio la *Critica della ragion pratica*.

Senonché, nel nostro tempo si palesa in proposito una difficoltà: la frammentazione etico-culturale della postmodernità, se non ci ha fatto smarrire l'idea che «la massima della tua volontà possa sempre valere, insieme, come principio di una legislazione universale» (questa la formulazione testuale dell'imperativo categorico, qui citata nella trad. it. a cura di A. M. Marietti, Milano, 2009, 163), ha reso arduo il concretarla, rafforzando invece la versione iper-individualistica – nel particolare senso della soggettivizzazione della percezione di contenuto del valore – della nozione qui indagata, insomma la convinzione che, essendo la morale un'opzione del singolo, quand'anche le relative scelte si riflettano nei comportamenti nell'adesione a un compiuto sistema organico di precetti e nel conformarsi a vincoli esterni, anche l'orizzonte e il peso assiologico della dignità varino in relazione alle valutazioni personali di ciascuno.

L'approfondimento della riflessione ha in particolare portato taluno ad asserire che essa vive nella costitutiva *relazionalità* dei consociati. Se tutti la riconoscono l'un l'altro, ma ciascuno nel rispetto di come l'interlocutore l'avverte per se stesso, si tengono assieme l'individuo con la sua percezione di sé medesimo e il fatto che tale caratteristica auto-percettiva non lo rende comunque una monade, perché in essa è altresì contenuta l'idea del concepirsi come essere solidale coi propri simili, ossia si rende palese che sussistono alla fine più idee di dignità, ma in reciproco contatto comunicativo, non ciascuna chiusa alla dialogicità (Calogero, cit. da Belvisi, in *Ragion Pratica*, 161; Hofmann, richiamato *ratione materiae ultra*, nella bibliografia del § 2). Così è fatta «la società decente», secondo una proposta filosofica (Margalit), che riprende e attualizza la nozione di decoro, di cui si diceva in precedenza.

Questo tuttavia non basta a dare un traguardo alla speculazione e a ritenerla messa in salvo, perché – appunto nella postmodernità – la dignità deve difendersi dalla sua radicale negazione, come una stella polare che contrasti le tendenze ad oscurarla che il nostro tempo ha conosciuto e conosce. Essa deve dunque combattere la corsa alla reificazione dell' "umano", portata con sé tanto dai totalitarismi (chi appartiene a popoli o "razze" ritenute "inferiori" è per i nazisti *Untermensch*, sub-umano, termine che essi derivano, tra gli altri, dallo scrittore statunitense Lothrop Stoddard, *The Revolt Against Civilization: The Menace of the Under Man*, 1922, in cui è sviluppato il motivo della lotta tra individui e popoli

“superiori” contro “inferiori” – anche su base biologica ed eugenetica – e perorata una “neoaristocrazia” da restaurare contro la “democrazia” verso la quale è appunto inesorabilmente scivolata la nostra epoca), quanto dal dominio della tecnica.

Del dibattito specificamente biogiuridico e biopolitico sul tema si dirà oltre, qui si può intanto ricordare – per gettare uno sguardo sul complessivo orizzonte futuribile – che ci si è già posti un problema di “etica della robotica” e “diritti del postumano”, con le attuali ricerche indirizzate a produrre auto che si guidano da sole, robot che effettuano operazioni chirurgiche, sistemi di intelligenza artificiale con i quali dialogare a casa o in ufficio e che sono ad esempio in grado di essere programmati anche per sfidare l’uomo a scacchi e batterlo, umanoidi, *cyborg*; appositi studi provano allora a individuare oggi canoni informatici per indurre una qualche regolazione indirizzata dall’etica e dal diritto nei sistemi di intelligenza artificiale e automatizzati, onde farne *macchine morali* (Wallace e Allen e si vedano anche Amoroso - Tamburrini, Bisol - Carnevale - Lucivero, Pisanò, Postigo Solana).

La dignità deve infine fronteggiare oggi l’attacco dell’economia capitalistica ormai trionfante, specie nella variante del suo sviluppo finanziario transazionale, produttivo di non vinto e anzi rinnovato in forme diverse (nonostante le lotte storiche per la liberazione da esso) sfruttamento del lavoro umano, per la parte non ancora svolta sostitutivamente da macchine e comunque distruttiva di legami personali e comunitari, nella misura in cui diventa esso pure “merce”, scarsa e precaria: «il termine biocapitalismo [...] consiste nella possibilità di ottenere profitto dai corpi viventi (potremmo dire dalla vita stessa) e [...] è una delle più importanti forme in cui si è trasformato il capitalismo contemporaneo» (Rosa, richiamato in bibliografia al § 3, 166).

Dal cammino concettuale fin qui (forzatamente troppo) in sintesi delineato si ricava la correttezza dell’indicazione di chi ha osservato che «la dignità umana è un caso di enantiosemia, la condizione semantica di un vocabolo che nel suo svolgimento storico ha assunto un significato opposto a quello originario: per secoli, nel corso del suo sviluppo storico, essa ha rappresentato, nell’idea di gerarchia e di rango (i dignitari di corte), una funzione *escludente*. E ha assunto un significato opposto a quello originario solo con le rivoluzioni moderne e l’illuminismo, quando le prerogative morali, di eccellenza, attribuite ai pochi sono diventate patrimonio dei molti e poi dei “tutti” nelle democrazie moderne» (Pomarici).

Dicendolo in termini diversi, la dignità trascorre nei secoli da principio eminentemente politico e che socialmente implicava doveri, era *distintivo* e identitario (la dignità del nobile e del cavaliere medievale, fondata su fedeltà al signore e onore, lo poneva in posizione differente rispetto agli altri uomini, come pure la dignità del borghese, concretata nel *Beruf* di perseguire il profitto, al confronto col resto della società e lo stesso accadeva al lavoratore federato coi compagni in organizzazioni sindacali e poi in partiti di classe, in lotta per spezzare – marxianamente – le catene di servaggio) a valore *inclusivo*, che implica o potenzia diritti, pre-politico ed etico, ma beninteso, come si osservava sopra, di un’etica che si confronta, nel tempo, con un panorama di macerie dei grandi sistemi ideali capaci di assicurare al singolo la confortevole inclusione in grandi appartenenze collettive rassicuranti, insomma in presenza di un *pluri-verso* etico, non più di un *uni-verso* assiologico.

Se allora a un lato può ritenersi assodato che «la dignità umana si pone [...] al disopra degli ordinamenti giuridici, dei sistemi politici, delle dottrine morali, poiché questi traggono da essa la loro giustificazione ultima», come si è scritto (Viola, in Argiroffi et. al., 102), non pare tuttavia più possibile ricondurne in



definitiva la percezione ad una visione unitaria, che superi ogni contesa dialettica intorno ad essa e anzi da tale constatazione nascono addirittura posizioni scettiche al riguardo, che ne negano ogni funzione pratica, quando addirittura non la dipingono come un inganno verbale, in funzione paternalistica (tra i molti, Hassemer e i tanti critici del discorso complessivo sui diritti umani come stilema retorico). Nel dibattito attuale, comunque – e al netto di queste ultime letture richiamate, radicalmente svalutative – anche chi ritiene la dignità umana, in linea di massima, una dotazione di ogni essere vivente (fornito normalmente di razionalità e questo anche se, per la natura delle cose o per avventura, non potesse ancora, come i bambini, ovvero poco o per nulla esercitarla, come i malati mentali o del morbo di Alzheimer in diverso grado e misura) mette in luce che questo dato di partenza non rimane comunque sempre uguale a se stesso, ossia che – posto il principio – la concreta e piena dignità della persona è tuttavia un traguardo che consegue all’attivazione di una dinamica emancipatoria, il risultato di un processo di incremento progressivo e riconoscimento reciproco.

Su siffatto assunto finiscono dunque e in sostanza per ritrovarsi tanto giusnaturalisti critici (dai quali ci si sarebbe potuto attendere che restassero legati al mero riconoscimento astratto e ad una configurazione immutabile del valore, come caratteristica propria dell’ “umano”), quanto filosofi liberali e marxisti, uniti dal comune ricollegamento della dignità all’effettività di un formarsi processuale e al suo riconoscimento sociale, ancorché divisi dall’individuazione del soggetto storico idoneo a realizzare un ambiente favorevole al suo dispiegamento e cioè – rispettivamente – la classe borghese e il proletariato operaio urbano e/o quello contadino, a seconda delle condizioni storiche che hanno indotto gli uomini che ne facessero parte a realizzare una rivoluzione con intenti appunto liberatori (Häberle, 36, richiamato in bibliografia al § 2). Anche la filosofia tomistica aveva del resto costruito nel Medioevo la dignità non come connotata da un’assoluta pregevolezza data una volta per tutte, ritenendola piuttosto articolata in più gradi nel vivente, a partire addirittura da quello non umano (rilievo fondamentale: anche la natura extraumana ha pertanto dignità, seppur minore, giacché comunque riflesso della creazione divina), per giungere a suoi vari stadi nell’uomo: «Tutti gli uomini possiedono l’immagine per natura, i giusti la possiedono secondo la grazia, i beati secondo la gloria e in tale ultimo stadio si realizza la piena unione con Dio», com’è stato scritto analizzando tale posizione teologica (Gormally, Pirozzoli 2012, richiamata in bibliografia al § 2, 21 ss.).

L’esito delle intavolazioni filosofiche fin qui sintetizzate – che va comunque fissato, per le implicazioni che si vedrà poi esserne derivate nei percorsi attuali, teorici e pratici, della dottrina giuridica e della giurisprudenza in biopolitica e bioetica (che è quanto è richiesto alla “voce” di illustrare) – è la divergenza tra chi, sviluppando i semi iper-individualistici che la nozione è venuta (come si diceva) assumendo, secondo l’illustrata dinamica, la porta in definitiva a coincidere con (il diritto al)l’autodeterminazione personale e al sentimento di se stessi e chi – seppure non negando tale tendenziale sviluppo della postmodernità – ne sottolinea, attualizzandola, l’antica percezione, per cui essa vive in definitiva in una dimensione comunitaria (ossia: si è degni o no agli occhi degli altri, non ai propri, o non principalmente ad essi, o comunque non è tanto essenziale a definirne l’ambito che ci si auto-percepisca tali, quanto lo è invece rispetto alla valutazione collettiva che nei confronti del soggetto che la invoca si assume) ed inoltre insiste anche sui limiti di una assunta assolutamente libera autocostruibilità delle scelte attinenti alla personalità individuale – e quindi anche e in primo luogo di quanto appunto integri

la soglia della dignità (così invece Turco) – col mettere in evidenza i condizionamenti ambientali, economici, etico-culturali e/o religiosi ricevuti dal concreto contesto vissuto e che la conformano.

In sostanza, le polarità teoriche opposte che tengono il campo sono o che la dignità della persona comporti un'autonomia di fondo nella percezione e proiezione sociale di se stessi e di un personale modello di vita, o che essa trovi argini nell'ineludibile condizionamento da parte di vincoli che originano dall'esterno del soggetto, variamente configurati, ma sostanzialmente ricondotti ad uno «sforzo per recuperare la necessaria dimensione oggettiva del soggetto», ossia a «ciò che è giusto e costitutivamente inerente alla natura umana», assunto come «svilito nella lunga parte finale della modernità» (Antonini, Di Pietro - Moltisanti).

### 3. L'approdo della dignità nelle Carte sovranazionali e nelle Costituzioni, tra usi sostanziali e argomentazioni giurisprudenziali, come effetto del costituzionalismo fondato sui valori<sup>2</sup>

L'approdo all'idea della dignità come patrimonio basilico di ogni essere umano – sia pure spesso riconosciuta solo teoricamente, onde il suo pratico invero è una conquista fatta di fatica e lotte,

<sup>2</sup> Nel presente paragrafo, la bibliografia si concentra essenzialmente sull'indicazione delle trattazioni in prevalenza giuridico-positive del tema che sono state consultate.

R. ALEXY, *Dignità umana e proporzionalità*, trad. it., in *Lo Stato*, 10, 2018, 13 ss.; C. AMIRANTE, *La dignità dell'uomo nella Legge Fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana*, Milano, 1971; L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I., Pavia, 5-7 dicembre 2009*, a cura di F. D'AGOSTINO, Milano, 2012, 16 ss.; A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Napoli, 2005; A. APOSTOLI, *Dignità della persona: superiorem non recognoscens (almeno per il costituzionalista)*, in V. ONIDA, *Idee in cammino. Il dialogo con i costituzionalisti bresciani*, Bari, 2019, 219 ss.; V. BALDINI, *Teoriche della dignità umana e loro riflessi sul diritto positivo*, in *Studi in onore di A. Loiodice*, II, Bari, 2012, 623 ss.; ID., *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2, 2013; F. BAROLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale. Saggio*, Torino, 1987; F. BERARDO, *“La dignità umana è intangibile”: il dibattito costituente sull'art. 1 del Grundgesetz*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2006, 387 ss.; P. BIASETTI, *Diritti e teorie morali. La prospettiva dei moral rights*, Napoli - Salerno, 2015; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. 127 ss.; *Biolaw Journal - Rivista di biodiritto*, 2, 2017; G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, *Ronald Dworkin: i diritti presi sul serio, l'uguaglianza e i fondamenti della moralità politica*, in *Micromega online*, 11 marzo 2013; F. BOTTINI, *C'est grave docteur? À propos du caractère «schizophrénique» de la notion de «dignité humaine»*, in *Pensar, Revista de ciência jurídica Universidade de Fortaleza*, 1, 2013, 98 ss.; C. BRIGNONE, *Aspetti della dignità umana nell'orizzonte del diritto penale*, tesi di dottorato, Università di Trento, Anno Accademico 2009 – 2010, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 dicembre 2011; Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007, 338 ss.; C. CARDIA, *Dignità e diritti umani nella prospettiva delle religioni*, in *Il diritto come “scienza di mezzo”*. Studi in onore di Mario Tedeschi, Cosenza, 2017, 413 ss.; S. CARMIGNANI CARIDI, *Dignità umana - Parte giuridica*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, IV, Napoli - Roma, 2012, 301 ss.; R. CASILLO, *Sulla difficile conciliabilità tra subordinazione e dignità*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 3, 2007, 417 ss.; ID., *La dignità nel rapporto di lavoro*, in *Rivista di Diritto Civile*, 5, 2008, 593 ss.; A. CASSESE, *Il concetto di dignità: i diritti umani come nuovo codice dell'umanità*, in *ItalianiEuropei*, 3, 2008, 186 ss.; L. CHIEFFI (a cura di), *Dialoghi sulla dignità umana*, in *Rassegna di Diritto Pubblico europeo*, 1, 2013; S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano, 2018; R. DE VANNA, *Il ruolo dei principi nelle teorie neocostituzionaliste. Un percorso interpretativo*, Modena, 2019; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze - Antella, 2010; C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in *Principi costituzionali*, a cura di L. MEZZETTI, Torino, 2011, 239 ss.; ID., *La dignità umana*, in *Diritti e Doveri*, a cura di L. MEZZETTI, Torino, 2013, 161 ss.; G. FERRARA, *La pari*

dignità sociale (*Appunti per una ricostruzione*), in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089 ss.; ID., *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006; G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, in *La Costituzione, un manuale di convivenza*, a cura di F. CARAMAZZA E P. MAZZANTI, Milano, 2018, 115 ss.; M. A. GLENDON, *La visione dignitaria dei diritti*, in *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L. ANTONINI, Soveria Mannelli, 2008, 59 ss.; P.F. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Diritto e società*, 1, 2008, 33 ss.; N. GUASCONI, *La dignità umana come fondamento e limite del sistema delle libertà*, in *Rivista Trimestrale di Scienze Amministrative*, 2, 2015, 83 ss.; P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, trad.it., Milano, 2003; H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 6, 1999, 620 ss.; L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2011, 761 ss.; M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, *Il lato oscuro dei diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014; G. FERRANTI, S. MAFFETTONE, *Introduzione alla bioetica*, Napoli, 1992; H. JOAS, *La sacralità della persona. Per una genealogia dei diritti umani*, trad. it a cura di A. Maccarini., Milano, 2014; B. JORION, *La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif*, in *Revue du droit public*, 1, 1999, 215 ss.; M. NAPOLI, *La dignità*, 2011; B. DI GIOVANNI, *La dignità della persona nella Costituzione. Saggi*, Roma, 2018; *La dignità della persona nella Costituzione, Atti del convegno di Roma, 9 ottobre 2018*, in *Notiziario INCA online*, 1, 2019; *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Roma, 30 settembre - 1° ottobre 2007, a cura di M. BELLOCCI - P. PASSAGLIA, *ad nomen auctorum*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); *La dignité*, in *Cahiers Jean Moulin*, 4, 2018; E. CECCHERINI, *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008; S. LAFORGIA, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, Napoli, 2018; J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana, working paper* del Dipartimento di politiche pubbliche e scelte collettive *Polis*, Università del Piemonte Orientale, n. 79 (ottobre 2006); B. MALVESTITI, *La dignità umana dopo la "Carta di Nizza". Un'analisi concettuale*, Napoli - Salerno, 2015; S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?* in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2 - 3, 2009, 258 ss.; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2007, 67 ss.; O. MAZZOTTA, *La dignità umana come diritto fondamentale e il sistema delle fonti*, in *Atti del Convegno nazionale "Nuovi assetti delle fonti del Diritto del Lavoro del Centro Studi" Domenico Napoletano*, a cura di C. BALDUCCI E M. L. SERRANO, Otranto, 10 - 11 Giugno 2011, online in <http://caspur-ciberpublishing.it>, 143 ss.; C. MEOLI, *La dignità nella giurisprudenza costituzionale portoghese*, in [europeanrights.eu](http://europeanrights.eu), 24 febbraio 2008; ID., *La dignità della persona nella giurisprudenza costituzionale spagnola*, *ivi*, 26 dicembre 2007; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica del Diritto*, 1, 2011, 45 ss.; S. NICCOLAI, *La socialità della giustizia nel principio costituzionale di pari dignità sociale* in *Diritto romano attuale*, 23-24, 2010, 23 ss.; ID., *Il limitato utilizzo del principio di pari dignità sociale nella giurisprudenza costituzionale. Appunti per una ricerca*, in *Studi in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, III, 2213 ss.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, 175 ss.; A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, 1, 2000, 3 ss.; C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013; G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Politica del Diritto*, 1, 2003, 45 ss.; ID., *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare in Italia*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, II, 2272 ss.; G. PINO, *Costituzione come limite, Costituzione come fondamento, Costituzione come assiologia*, in *Diritto e Società*, 1, 2017, 91 ss.; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma, 2007; ID., *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012; ID., *Dignità. Le contraddizioni*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino 2016, III, 1785 ss.; F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2011; ID., *La tutela della dignità dell'uomo quale principio fondamentale della Costituzione repubblicana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, 2261 ss.; F. PONGIGLIONE, *I diritti umani nel dibattito etico contemporaneo*, Roma, 2019; S. PRISCO, *Rigore è quando arbitro fischia? Spunti di 'ragionevole' scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione*, in *Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e Democrazia*, Napoli, 2016, 633 ss.; G. RAZZANO, *Sulla sostenibilità della dignità come autodeterminazione*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Antonio Ruggeri*; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2016, 247 ss.; F. RESCIGNO, *Eguaglianza, sesso e religione. La paradigmatica declinazione dell'articolo 3*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 1, 2015, 83 ss.; G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014; P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010,

essendo in concreto l'effetto di un percorso di suo riconoscimento da parte degli altri non scontato e per il quale occorre battersi – apre il capitolo della stretta connessione tra essa e l'uguaglianza: anche questa seconda, del resto, un valore che non si dà per così dire *in rerum natura*, ma è frutto di acquisizioni difficoltose e di solidità sempre incerta.

Dignità ed eguaglianza sono in effetti due facce della stessa medaglia, o meglio un'endiadi: la prima nozione rinvia necessariamente all'altra, di talché (posto che in partenza esse *devono essere* riconosciute, benché *di fatto* non lo siano pacificamente e anzi sono da questo punto di vista sempre a rischio), allo stesso tempo per essere piene devono ricevere – socialmente e quindi quanto a protezione e promozione legale – costante incremento.

La Carta Costituzionale italiana esemplifica molto chiaramente nell'art. 3 tale connessione, secondo un *climax* ascendente: tutti i cittadini hanno anzitutto (nel senso normativo e non descrittivo anzidetto: devono vedersi riconosciuta) «pari dignità sociale», nei termini immediatamente poi specificati, ossia devono essere ritenuti uguali «di fronte alla legge», ovvero non venire discriminati, indipendentemente da «sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali» e la Repubblica viene impegnata a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (Ferrara, Laforgia, Nicolai, Ruotolo).

Così dunque si allarga il quadro dei nessi tra valori/principi: senza lavoro e più in generale senza politiche intese alla rimozione di difficoltà economiche e sociali, i cittadini non possono cioè dirsi veramente

---

97 ss.; S. RODOTÁ, *Il diritto di avere diritti*, Roma - Bari, 2013; G. ROLLA, *Dignità*, in *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione. Dizionario*, a cura di M. Floris, Torino, 2007, I, 304 ss.; A. RUGGERI, *Appunti per una voce di enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in *Diritti fondamentali*, rivista telematica dell'Università di Cassino e del Lazio meridionale, 15 aprile 2014; ID., *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *GiurCost.org.*, II, 2018; 321 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)* in *Politica del Diritto*, 3, 1991, 343 ss.; M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, IV, 3163 ss.; F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel 'diritto costituzionale europeo'*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 583 ss.; F.F. SEGADO, *La dignità della persona come valore supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1, 2007, 31 ss.; G. SERENO, *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento normativo di diritto positivo*, Roma, 2016; D. SCHEFOLD, et al., *La dignità umana*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Padova, 2007, 53 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 1 ottobre 2007, in *Associazione dei Costituzionalisti on line*, 14 marzo 2008; ID., *La dignità umana dentro le mura del carcere, relazione al seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti "Il significato della pena"*, Roma, Casa circondariale di Rebibbia, 28 maggio 2014, in *Rivista A.I.C.*, 2, 2014; ID., *L'individuazione dei diritti della persona*, relazione al XXXII Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale Prof. G. D. Pisapia "Diritti della persona e nuove sfide del processo penale", Salerno, 25 - 27 ottobre 2018; A. SPERTI, *Una riflessione sulle ragioni del recente successo della dignità nell'argomentazione giudiziale*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2013; G. STANZIONE, *Processo penale e dignità dell'uomo. Profili di teoria generale, teoria del processo e comparazione giuridica*, in *Comparazione e diritto civile*, luglio 2018; A. TESAURO, *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 11, 2011, 885 ss.; P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2014, 315 ss.; F. VIOLA, *Lo statuto normativo della dignità umana*, in A. ABIGNENTE, F. SCAMARDELLA (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Napoli, 2013, 283 ss.

liberi e uguali, non davvero in grado di sviluppare il proprio piano di vita individuale e di partecipare alla vita comunitaria, non quindi forniti di piena dignità.

Eguaglianza e dignità si palesano in particolare assieme, all'alba del costituzionalismo, in documenti prima solo politici, poi destinati a divenire giuridicamente vincolanti, dopo un lungo e non certo controverso processo storico, all'esito del quale questi e altri valori filosofici vengono tradotti in principi di diritto non neutri, bensì intrisi di densità assiologica, necessari a orientare interpretazioni di disposizioni e a integrarle argomentativamente, ovvero all'occorrenza a derivarne regole, se per le naturali lacune di un ordinamento ne manchino di puntuali, necessarie a disciplinare casi.

In altri termini, come è stato ben scritto, richiamando Habermas, «[Q]uando... i valori vengono a confluire nelle diverse norme costituzionali, essi – di norma – si trasformano. Mutando letteralmente “pelle” – e cioè positivizzandosi e secolarizzandosi – il loro contenuto può quindi (e finalmente) assumere un rilievo giuridicamente tangibile. Allorché avviene ciò, i valori trasferiscono dunque parte del loro *contenuto teleologico* in un tessuto normativo che possiede invece una natura dichiaratamente *deontologica*» (Veronesi, 319).

Nel complesso, la chiave di lettura di questo movimento di idee va ritrovata nel diffondersi di una *koivé* culturale, nel diritto occidentale del secondo dopoguerra, per effetto dall'egemonia conquistata (anche per l'esito degli eventi bellici) dal modello del neocostituzionalismo a base liberaldemocratica, fondato sul primato della persona (emblematicamente e riassuntivamente, *ex plurimis*, Curreri, Joas, Olivetti, Pino).

Esso valorizza i nessi tra diritto e *moral rights* (Biasetti, Pongiglione), o “moralità politica” – come la definisce Dworkin – nella comunità di volta in volta osservata (Bongiovanni e Sartor), superando dunque lo stretto giuspositivismo ottocentesco e il connesso statalismo e aprendosi alla dimensione sovranazionale e internazionale, in modo da costruire così una sorta di fede laica nei diritti umani, sostitutiva dell'antico giusnaturalismo, in nome della quale dottrina e giurisprudenza dialogano da Paese a Paese, ibridando tradizioni giuridiche originariamente distanti (riassuntivamente, A. Cassese).

Non si va beninteso esenti in questo cammino anche da effetti indesiderabili, come rischi di retorizzazione dell'appello ai diritti, a fronte di una loro frequente ineffettività, tendenza a “coprire” con detto richiamo legittimante al diritto quanto è semplicemente desiderato da *élites* e quindi loro «insaziabilità» e relativo «traffico» transnazionale affermato per via giudiziaria (Antonini, Pintore), come strategia prodotta dello sforzo di minoranze “intense” di superare resistenze di maggioranze parlamentari o sordità di opinioni pubbliche moderate. Il risultato è lo sfociare in «una “giuridicizzazione della politica” e una “politicizzazione della giustizia”» (Mencarelli e altri, 13, richiamando una celebre formula critica schmittiana), con la definitiva conquista di centralità, rispetto alla corrispettiva perdita di peso dei Parlamenti, della giustizia costituzionale, attraverso il canone interpretativo-integrativo della “ragionevolezza” e il ricorso al bilanciamento tra valori/principi (sia consentito il rinvio a Prisco). Si realizza inoltre in tale modo, nel rapporto tra fonti giuridiche, anche la «prevalenza del criterio assiologico su quello gerarchico» (Curreri, 60 ss.), nell'intento della migliore protezione possibile nella situazione data, al di là appunto del livello gerarchico della tutela e della natura interna o esterna della fonte stessa.

Tornando al tema specifico di questo lavoro e provando a tracciarne, tanto premesso, una sintetica mappa ricognitiva, si è ricordato – ma è osservazione diffusa – come sia «con la fine della Seconda guerra mondiale che la dignità trova una sua legittimazione e dimensione giuridica e fa ingresso, in

posizione di fondamentale preminenza, nelle Carte internazionali ed europee e nelle Costituzioni degli ordinamenti statuali» (Apostoli, 220).

Sempre seguendo l'Autrice appena richiamata – ma, come detto, le elencazioni e le relative analisi sono ormai numerose – si possono rammentare tra le prime la *Carta delle Nazioni Unite* (1945), fin dal preambolo e, solo pochi mesi dopo, l'*Atto costitutivo dell'Unesco*, che contiene l'esplicitazione del motivo di questa prepotente emersione dell'endiadi dignità/uguaglianza nella ritrovata, generale coscienza democratica del mondo occidentale e dei suoi documenti ricognitivi e di rifondazione civile, ossia la convinzione che il loro oscuramento sia stato alla base dello scatenarsi della seconda guerra mondiale, onde occorre fare di questi valori strumenti di promozione culturale, in vista dell'obbiettivo (kantiano) della pace perpetua. La *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, di poco successiva (1948), in coerenza con la temperie ideale del periodo, ribadisce fin dall'esordio il «riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti uguali e inalienabili [...] fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo», connette nell'art. 1 libertà, eguaglianza, dignità e diritti» e specifica il rilievo del valore, quanto ai diritti economici, sociali e culturali (art. 22), nonché a quello del lavoratore ad una equa remunerazione.

Di grande peso per promuovere in questa stagione storica diritti umani e dignità è – come si vede – il ruolo dell'Onu, nell'ambito della quale si approvano nel 1966 il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e quello *sui diritti economici, sociali e culturali*, e ancora dell'Unesco, con la *Dichiarazione sulla razza e il pregiudizio razziale*, del 1978. Se, su scala europea, la *Cedu* non contiene traccia espressa del principio, non così può dirsi dei molti riferimenti motivatori ad essa della Corte che la tutela (De Sena, in *Ragion Pratica*, 511 ss.), ma soprattutto la *Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione* (2000) ne fa addirittura un autonomo titolo, che la apre e il Trattato di Lisbona, che nel 2007 la recepisce e le conferisce valore giuridico, la conferma in tale posizione.

Quanto alle singole Costituzioni, ne sarebbe ultroneo qui un censimento caso per caso. Meglio indicare la divaricazione di fondo: esistono documenti costituzionali che la premettono all'elencazione dei diritti, altri che la inseriscono in essa.

Nella Costituzione tedesca è principio anteposto, *unantastbar*, ossia intangibile, di “pesa dei diritti”, come si è detto con icastica espressione (Pirozzoli, 2012, 53 ss., cui fare rinvio per questa parte; per l'analoga immagine della bilancia Silvestri, in *AiC*, 2008. Analitiche ricostruzioni del dibattito italiano su tale cultura, a partire dalla posizione di chiara derivazione kantiana di Dürig, a lungo dominante, sulla dignità come vincolo a non reificare la persona, la cosiddetta “formula oggetto”, anche se non c'è in realtà costituzionalista di quel Paese che non si sia impegnato sul tema, sono in Amirante, Baldini, Hofmann, Politi, Ridola, Ruotolo), mentre in quelle italiana e portoghese, di intensa ispirazione lavoristica, ne viene sottolineato espressamente il verso “sociale” (nella nostra si vedano gli artt. 3, I c.; 36, I c., in senso promozionale di un salario dignitoso per il lavoratore e la sua vita familiare; 41, II c., in senso invece limitativo dell'iniziativa economica privata), presente anche in ulteriori varianti semantiche (art. 32, II c., «rispetto della persona») e senza poterne trascurare altri e diffusi richiami impliciti (ancora Pirozzoli, 2012, 85 ss.), insomma la funzione di presupposto logico ed eticizzante dei diritti che costituiscono nel complesso il patrimonio della persona. Si è anche scritto che il richiamo alla dignità *sociale* è tipico delle società statal-nazionali, quello alla dignità *umana* proprio di quelle aperte alla globalizzazione (Antonelli).

La questione essenziale che nel mondo del diritto coinvolge la dignità è in effetti quella della sua natura: ci si è chiesti se, trascorrendo dal mondo dei valori filosofici a quello dei principi giuridici, essa divenga «norma suprema non bilanciabile», “valore supercostituzionale” (Drigo, Ruggeri), una sorta di superdiritto, punto di confluenza del patrimonio complessivo dei diritti e doveri della persona (così, in una definizione dottrinale – Piciocchi – la «rappresentazione giuridica della condizione umana», che quale onorabilità è tutelabile anche *post mortem* del soggetto dai superstiti interessati, ad esempio da parte dei familiari), o sia piuttosto un “principio bilanciabile” con altri.

In effetti questo valore, calandosi quale principio normativo nel concreto della vita giuridica in specifiche situazioni soggettive (senza di che resterebbe un *flatus vocis* privo di reale operatività, confinato in una sorta di iperuranio e così sterilizzato), è sottoposto giocoforza alle vicende articolate che investono queste: il suo “spessore”, la sua “densità”, non possono insomma esaurirlo in una sola situazione, ma contribuiscono ad orientare la soluzione giurisprudenziale dei conflitti sui beni della vita di volta in volta coinvolti (per un approfondito studio dell’alternativa indicata e delle questioni implicate, Malvestiti).

Il complesso degli usi giurisprudenziali che ricorrono ad esso sul piano argomentativo è stato da tempo (Ruggeri - Spadaro), o più di recente (Drigo, Sperti, Resta, tutti con svolgimenti ad ampio spettro comparativo), ricostruito con acribia, per sottolineare come, accanto a impieghi motivatori di puro stile, distratti o decontestualizzati (come quando si è attribuita dignità non a singoli o a gruppi minoritari discriminati – sul piano ad esempio del genere, dell’orientamento sessuale, etnico, religioso – ma ad istituzioni), il richiamo alla dignità rafforzi le tutele o i limiti in specifiche fattispecie, atteggiandosi in sostanza come una sorta di clausola generale, cui nel tempo hanno attinto tutti i giuristi, dai privatisti ai lavoristi, dai penalisti ai giuspenalisti, ma l’elenco andrebbe ampliato (indicazioni sono in bibliografia; per uno sguardo complessivo Ruotolo, Stanzione).

Siccome è impieghabile tanto a rafforzare diritti fondamentali, quanto a limitarne possibili abusi – e quindi operando dal lato dei vincoli – fino ad essere tra gli argini alla revisione costituzionale (in Italia, ad esempio, implicitamente *ex art. 2*, in Germania *ex art. 79*), ossia come strumento per affermare l’autodeterminazione del soggetto, ma anche per forzarla oltre i limiti perlopiù accettati di quell’“umano” che in principio essa intende esaltare, in nome di un’assolutezza libertaria della libertà individuale, peraltro più sentita peraltro nella cultura giuridica statunitense che in quelle europee, la dignità ha in sostanza uno statuto giuridico plurivoco e invocarla per fondarvi unicamente tutele espansive può anche suscitare perplessità e restituire a tale appello un retrogusto di ambiguità (si è anche detto che è un valore «schizofrenico», così Bottini e si vedano anche – *ex plurimis* – Mangiameli, Rodotà, Resta).

Proprio il terreno della bioetica e della biopolitica dimostra in realtà quanto complessi siano gli intrecci tra la faccia, per così dire, “luminosa” del valore e il suo lato “in ombra”.

#### 4. Corpo, diritti, dignità: uno sguardo a un panorama in chiaroscuro<sup>3</sup>

Per documentare la pluralità di usi possibili e divergenti della dignità sul piano del biodiritto e della biopolitica, insomma la sua ineliminabile ambiguità, soccorre un antico mito, fondativo della letteratura occidentale, articolato su un dilemma che ci parla ancora oggi e lo farà in futuro.

<sup>3</sup> Di seguito, i lavori di ambito specificamente bioetico, biogiuridico, biopolitico che sono stati consultati. U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012, Milano 2012; E.M. AMBROSETTI, *Nuovi orizzonti per le sentenze manipolative nel diritto penale?* in *DisCrimen*, 2, 2019, 3 ss.; S. APA, *Bioetica: Diritti fondamentali e dignità umana. Profili giurisprudenziali e legislativi in prospettiva comparata*, Vicalvi, 2015; ID., *Scelte di fine vita. Il caso Lambert*, Vicalvi, 2017; G. APRILE, G. MALGIERI, *Il Corpo come limite dinamico dell'autodeterminazione. Il passaggio dal naturale al biologicamente possibile*, in *Questione Giustizia*, 2, 2016, 181 ss.; U. BECK, *Il Dio personale. La nascita della religiosità secolare*, trad. it., Roma-Bari, 2009; P. BILANCIA, *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita*, in *Federalismi.it*, 5, 2019; R. BIN, *Dignità umana e biodiritto*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2017, 3 ss. e i contributi della *call for papers* che seguono, 51 ss.; ID., *La Corte, i giudici e la dignità umana*, *ivi*, 2, 2019, 1 ss. e inoltre i contributi di commento all'ordinanza 207/2019 raccolti *ivi*, 151 ss.; ID., *"Tanto tuonò che piovve". Pubblicata finalmente la sentenza sull'aiuto al suicidio ("caso Cappato")*, ne *La Costituzione.info*, 22 novembre, 2019; *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, a cura di E. Furlan, Milano, 2009; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, Brescia, 2010; L. BUSATTA, *Il caso Cappato e la Corte costituzionale: un'incostituzionalità accertata, ma non dichiarata?* in *Rivista italiana di cure palliative*, 4, 2018, 227 ss.; A. CADOPPI, *Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, in *Archivio Penale*, 1, 2019, 1 ss.; L. CARLASSARE, *Dignità della persona e libertà di cura*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011, 567 ss.; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2012; ID., *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2018, 1 ss.; E. CASTORINA, *Concezioni bioetiche e principi costituzionali: il problema delle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2 - 3, 2009, 331 ss.; C.B. CEFFA, *Il diritto di morire con dignità. Il "caso Cappato" davanti ai giudici della Corte costituzionale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2018, 697 ss.; L. CHIEFFI, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, in *Questione Giustizia*, 2, 2016, 198 ss.; ID., *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019; COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, testi dei pareri *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana*, 14 luglio 1995; Sulla proposta di risoluzione sull'assistenza ai pazienti terminali, 30 aprile 1991; della *Mozione sull'assistenza a neonati e a bambini afflitti da patologie o da handicap ad altissima gravità e sull'eutanasia pediatrica*, 28 gennaio 2005, nonché del parere *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito, ad locum*, in *Governo.it*; CONSULTA.ORG, testo dell'ordinanza 207/2019 della Corte Costituzionale, seguito dai commenti dottrinali ripubblicati *ivi*; 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; G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008, 198 ss.; ID., *I giudici e la bioetica. Casi difficili*, Roma, 2017; I. SANNA, *Dignità umana e dibattito bioetico*, Roma, 2009; F. D'AGOSTINO, *Introduzione alla biopolitica. Dodici voci fondamentali*, Roma, 2009; A. D'ALOIA, *Eutanasia (dir.cost.)*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, agg., V, Torino, 2012, 300 ss.; ID., *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali IX*, Milano, 2016, 331 ss.; M. DI MASI, *Fine vita: vecchi e nuovi paradigmi a confronto*, in *Rivista Critica del diritto privato*, 1, 2010, 143 ss.; E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 novembre 2013; M. GALLIZIOLI, *La religione fai da te. Il fascino del sacro nel postmoderno*, Assisi, 2004; G. GEMMA, *Dignità e eutanasia; non c'è antitesi. Note in margine di un'opera recente di una costituzionalista cattolica*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, 1, 2016, 353 ss.; M. E GENNUSA, *La dignità umana vista dal Lussemburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2005, 174 ss.; G. GENTILE, *Il caso Cappato e il diritto a morire (senza soffrire)*, in *Archivio Penale*, 3, 2018; M. GROS, G. SERGES, «Prima lezione di diritto»: ordine morale, dignità umana e "neutralità" del diritto. Dal lancio del nano al comico razzista, in *Diritto*

e Società, 2, 2015, 237 ss.; G. GUIZZI, *Riflessioni sulla eutanasia (A margine della sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 580 c.p.)*, in corso di pubblicazione in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 2, 2019; L.R. KASS, *La sfida della bioetica. La vita, la libertà e la difesa della dignità umana*, trad. it., Torino, 2007; H. KÜNG, W. JENS, *Della dignità del morire. Una difesa della libera scelta*, trad. it., Milano, 1995; A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, Bologna, 2018; F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2018*, Napoli, 2019; A. D'ALOIA, *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Napoli, 2011; R. FATTIBENE, *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, Napoli, 2017; G.L. CETTO *La dignità oltre la cura. Dalla palliazione dei sintomi alla dignità della persona*, Milano, 2009; F. LOSURDO, *L'ultima scelta. Dogmatiche dell'autodeterminazione e fine vita*, in *KorEuropa*, Rivista online del Centro di Documentazione Europea dell'UKE; E. MAESTRI, *Giudizi di esistenza. Deliberare sulla vita umana nella riflessione bioetica contemporanea*, Napoli, 2009; R. MARCHISIO, *La religione nella società degli individui. Forme di individualismo e dinamiche del religioso*, Milano, 2010; C. M. MARTINI, *Io, Welby e la morte*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 gennaio 2007; P. FUNGHI, C. GIUNTA, C. PAONESSA, *Medicina bioetica e diritto. I problemi e la loro dimensione normativa*, II ed., Pisa, 2012; C. MIRABELLI, «Chiuse le porte all'eutanasia», intervista ad A. Picariello, in *Avvenire*, 23 novembre 2019; S. MORATTI, *L'eutanasia in Olanda tra etica e diritto*, Piacenza, 2010; G. PARODI, *Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente*, in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, 2018, 385 ss.; M. PALMA, *Dignità e diritti delle persone private della libertà all'alba del nuovo millennio*, in *ItalianiEuropei*, 3, 2008, 124 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016; S. PATTI, *La fine della vita e la dignità della morte*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 5, 2006, 390 ss.; M. PICCHI, «Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2018; A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, 2012; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008; E. POSTIGO SOLANA, *Transumanesimo e postumano: principi teorici e implicazioni bioetiche*, in *Medicina e Morale*, 2, 2009, 267 ss.; S. PRISCO, voce *Laicità*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, IV, Milano, 2006, 3335 ss.; ID., *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, Napoli, 2015; ID., *Legge e giustizia. Tre variazioni sul tema tra diritto e letteratura*, in G. MACRÌ, P. ANNICCHINO (a cura di), *Diritto, religione e politica nell'arena internazionale*, Soveria Mannelli, 2017, 235 ss.; ID., *Le unioni omosessuali: alcuni problemi rimasti aperti e le prospettive delle loro possibili soluzioni nell'ordinamento italiano*, in G. D'ANGELO (a cura di), *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, Torino, 2018 (a), 583 ss.; ID., *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2018 (b), 153 ss.; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014; ID., *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Torino, 2019; P. RESCIGNO, *La bioetica, in I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 2005, 483 ss.; T. CIARAMELLI, F.G. MENGA, *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto, all'etica, alla politica*, Napoli, 2017; L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, in L. PANELLA (a cura di), *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, Napoli, 2018, 292 ss.; ID., *L'incostituzionalità "differita" dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in *DisCrimen*, 1, 2019, 35 ss.; F. ROSA, *La biopolitica nell'era di internet*, in *Noema*, 6 - 2, 2015, 160 ss.; A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in *RivistaAic.it*, 1, 2011; ID., *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *Federalismi.it*, 10, 2016; P. FALZEA (a cura di), *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche di fine vita*, Napoli, 2009; G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, 755 ss.; G. SORRENTI, *Etwas Neues unter der Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore. In margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2018, 711 ss.; C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004; ID., *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale. "Casi difficili alla prova"*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, Milano, 2012, 41 ss.; ID., *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?*

Nell'*Antigone* il conflitto messo in scena si svolge attorno ai temi del potere politico e delle contrapposte pretese dei protagonisti alla decisione di ultima analisi e coinvolge – precorrendo di millenni il nostro modo di sentire il problema – la corporeità: quella di Polinice, che la sorella vuole seppellire, secondo tradizione, sfidando l'editto del re; la sua stessa, che ella è disposta a negare, fedele a un'etica dei legami di sangue che sente superiore alla sua stessa sopravvivenza fisica minacciata e intende testimoniare sino al sacrificio, dunque alla fine sconfitta, ma al tempo stesso vincente; quella del sovrano, che ha un corpo assieme fisico e simbolico (molti secoli dopo ci insegneranno a vedere questo nodo fondamentale Kantorowicz e Foucault, disponendo di categorie politiche ed elaborazioni filosofiche ancora sconosciute a Sofocle). Alla dignità si richiamano tanto Antigone – per la quale è giusta e da essa ispirata la condotta di chi, di fronte alla morte di chi si è fatto nemico, ma viene dalla propria famiglia, privilegia appunto quei vincoli – quanto Creonte, che ritiene all'opposto degno e proprio dell'uomo di governo imporre l'obbedienza alle leggi della città ed altresì Emone e il coro finale della tragedia, per i quali comportamento degno è unicamente l'ispirarsi alla temperanza nell'esercitare il potere politico (chi scrive ha discusso questi aspetti in Prisco, 2017, cui sia permesso il rinvio, anche per ulteriori, fondamentali, richiami bibliografici).

Nell'introdurre di recente una *Call for papers* su *Human Dignity* in questa *Rivista*, si è opportunamente osservato che, nel biodiritto, essa è «tratta in gioco di continuo. Ma [...] richiamarla non serve a risolvere il nodo, ma solo ad enunciarlo: è il nome con cui viene enunciato il problema, certo non la sua soluzione» (Bin, 2017). Gli risponde idealmente, poche pagine oltre, un ex Presidente della Corte costituzionale, intervistato sul tema, richiamando «una bellissima immagine di Bobbio: "compito della scienza non è quello di disseminare verità, ma è quello di disseminare dubbi"» e chiosando «può valere in un certo senso anche per la dignità» (D'Aloia - Flick, 9).

Tanto chiarito, è dunque evidente che non possa parlarsi, anche per il principio in discussione, come ad esempio per la laicità (un'argomentazione in merito, se è permesso, in Prisco, 2006, 3336) al singolare, ma al plurale. Dunque, non esiste "la", ma si devono registrare "le" dignità, ossia sue percezioni che dipendono dall'etica individuale e – se ne esiste una declinazione, per così dire, oggettiva – da (quel tanto di) oggettività che consiste nel consenso eventualmente formatosi su alcuni aspetti di essa in un determinato contesto storico-culturale e in forza dello stato del relativo dibattito in un dato momento.

La *Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, redatta in sede di Consiglio d'Europa il 4 aprile 1997 e sottoscritta non solo dagli Stati aderenti ad esso, fa della dignità, la cui tutela è coerentemente sviluppata poi nelle disposizioni successive, il suo architrave sin dal primo articolo (Furlan).

Nel panorama biogiuridico e biopolitico italiano la questione della dignità, che in sostanza si colloca dovunque lungo la direttrice problematica del bilanciamento tra autodeterminazione individuale e suoi limiti, ha risentito dell'ascrizione degli interpreti all'una o all'altra delle schiere che si sono sinora

---

*Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano d'altri"*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 153 ss.; F. VIOLA, *Natura umana e biopolitica. Uno sguardo d'insieme e un'analisi critica di una concezione particolare*, in M. SIGNORE (a cura di), *Natura ed Etica*, Lecce, 2010, 63 ss.; P. ZATTI, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 6, 2012, 377 ss.; P. ZICCHITTO, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1, 2019; F. ZINI, *Polis/bios. Nuove tensioni biopolitiche e biogiuridiche*, Roma, 2018.

confrontate nel dibattito scientifico della materia e più largamente in seno all'opinione pubblica, ossia dello svolgersi del dibattito tra bioeticisti "cattolici" e quanti sono convenzionalmente (ma non correttamente, tali essendo anche gli studiosi di siffatto orientamento, se non sono parte dell'ordine sacerdotale) definiti "laici".

I primi sono propensi a sottolineare infatti con nettezza i vincoli comportamentali che dalla dignità della persona derivano, in ragione di dati oggettivi estranei alla persona, o culturali, benché non manchino anche in coscienze orientate da motivi di fede religiosa posizioni più problematiche e dunque meno tradizionali, anche assai autorevoli (per due esempi, si vedano Küng e Martini), mentre i secondi sono perlopiù maggiormente aperti a prospettive "liberali", anche in ragione del progresso scientifico, ossia del passaggio dall'idea del "naturale", dato una volta per tutte, a quella del "biologicamente possibile": «La *natura* del giusnaturalismo ha infatti una dimensione storica, è un criterio di validità assoluto cui uniformarsi nella valutazione di merito delle norme di diritto positivo. Mentre la biologia, che pure nasce come scienza *naturale*, sta maturando una dimensione storico-sociale che è sempre più difficile ignorare. E questo non solo perché studia una realtà in costante evoluzione come la vita, ma perché si deve confrontare nel XX secolo con un elemento che amplia gradualmente la frontiera del biologicamente possibile: la tecnologia», sicché oggi «[I]l concetto di *natura* risulta quindi intrinsecamente dinamico, con un forte connotato storico-evolutivo ed è in questa accezione che *naturale* può essere sostituito più propriamente da *biologicamente possibile*» (Aprile-Malgieri, 181 s.).

Siffatta divisione ideale, seppure presente anche nel mondo statunitense – ma comunque da per tutto investita da processi di secolarizzazione e di diffusione di forme di individualizzazione del sentimento e della pratica della religione (Beck, Gallizioli, Marchisio) – si intreccia in tale cultura giuridica con un'altra, che argomenta il richiamo all'autodeterminazione come conseguenza della proprietà – e quindi disponibilità – che un soggetto ha del proprio corpo e quindi con una particolare e in quell'ambiente fondamentale accezione della *privacy* (Antonini), sostenuta – non senza opinioni dissenzienti – dalla giurisprudenza della Corte Suprema. Si pensi alla nota sentenza *Roe versus Wade* del 1973, in tema di aborto, cui aprì la strada quanto in quegli anni era accaduto a causa della diffusione terapeutica della talidomide, farmaco concepito come sedativo e anti-nausea per le donne in gravidanza, ma che aveva come frequente effetto collaterale il rischio di amelia o focomelia dei feti.

La giurisprudenza di diversi Paesi europei – si segnalano qui alcuni esempi, rispettivamente di quella amministrativa francese, nonché di quella tedesca e italiana (ma si vedano *amplius* Conti, spec. 21 ss e quindi la successiva, ricca analisi, con esemplificazioni e Cricenti, 2017) – ha invece posto, proprio in nome della dignità della persona, un deciso freno alla disponibilità del proprio corpo in ordine a pratiche come il noto caso del "lancio del nano", o quello dell'esibizione di una spogliarellista a beneficio di spettatori paganti collocati in apposite cabine trasparenti, il cosiddetto *peep show* (indicazioni in Cricenti, 2008 e in Gros - Serges), o in quella dei detenuti per terrorismo, essendocisi chiesti se la loro tortura sia legittimabile al fine di acquisire informazioni tese ad evitare conseguenze gravi sulla popolazione civile (indicazioni sul dibattito tedesco in Marzocco; si veda altresì in generale, sulla dignità delle persone private della libertà personale, Palma), o ancora in quello della prostituzione, se «volontariamente e consapevolmente esercitata», in tali termini ritenuta un diritto da parte ricorrente e da una dottrina (Cadoppi), con una tesi però smentita con stringente argomentazione da Corte Cost, 141/2019 e da altra dottrina (Razzano, 2019).

Quella comunitaria, sempre richiamando il principio, ritenne ad esempio dal suo canto, in una decisione ormai risalente, la compatibilità col diritto comunitario del divieto dell'autorità tedesca di giochi che simulavano in un'apposita struttura uccisioni umane (caso *Omega*, 2004).

Come rileva una sensibile, equilibrata dottrina (Chieffi, in *Rassegna di diritto pubblico e europeo*, 8 ss.) facendone un bilancio, sono in genere prevalse da noi – nella progettazione legislativa e nella giurisprudenza, oltre che in molta dottrina – preoccupazioni di richiamarsi al principio nella sua funzione di segnare limiti nelle questioni riguardanti le fasi della vita nascente, da quelle sulla non commerciabilità dell'embrione umano o della sua non riducibilità a materiale per sperimentazioni o comunque per interventi diagnostici, anche qui in coerenza con arresti della giurisprudenza sovranazionale e in particolare della Corte Edu (con qualche spiraglio dottrinale in ordine a quelli destinati irrimediabilmente a distruzione), a quelle che attengono all'aborto, legittimabile solo in casi circoscritti, in definitiva riconducibili ad accertate gravi malformazioni fetali o a un *serio pericolo* per la salute fisio-psichica della gestante (sia permesso rinviare, riassuntivamente e comparativamente, a Prisco, 2015, 1 s.) e alla gestazione per terzi, anche qui con possibili aperture nei casi in cui detta pratica fosse endofamiliare e oblativa (sia ancora consentito il rinvio a Prisco, 2018 a e già in Fattibene, 49 ss.).

In altri casi occorsi in Italia, l'argomentazione sorretta dal principio qui in discussione ha invece operato – come documenta il medesimo studio – nel senso di consentire aperture: così nella vicenda giurisprudenziale relativa alla fecondazione assistita, omologa e poi eterologa, disciplinata dalla L. 40/2004, praticamente riscritta nel tempo dalla Corte Costituzionale (si vedano con divergenti impostazioni, *ex plurimis*, Dolcini e Ruggeri), per non parlare – ma qui si è ormai al di fuori della sfera della natalità – del transessualismo (Ferraro, in *Rassegna di diritto pubblico e europeo*, 13 ss.) e della progressiva legittimazione di unioni civili omosessuali, con inoltre un cauto e circoscritto via libera giurisprudenziale a ipotesi di omogenitorialità, anche adottiva, attraverso il riconoscimento degli effetti di situazioni legittimamente prodottesi all'estero, in Paesi le cui legislazioni consentono il cosiddetto «matrimonio paritario» (ancora Prisco, 2014, 69 ss. e 2018 a).

La giurisprudenza ha comunque pressoché sempre precorso la soluzione legislativa, indirizzandone opzioni e razionalizzazioni a partire dai casi da essa incontrati: particolarmente – anche se non solo – in tema di biodiritto e biopolitica, il ruolo di primo impatto del giudice di merito ha indicato regolarmente la via al legislatore, quindi confermato o corretto, a seconda delle questioni, dalla giurisprudenza costituzionale (molto, ad esempio e come si è detto, nel caso della fecondazione assistita e del transessualismo).

Questo dato costante, se non smentisce l'assunto di una dottrina (Patroni Griffi) che quelle in materia siano leggi «costituzionalmente necessarie», induce a relativizzarlo, giacché l'operato del giudice interviene *ex post* a garantire una copertura giuridica al già vissuto che chiede protezione, laddove l'intervento del legislatore, aprendo una via normativa e quindi generale - astratta, contiene in sé e per tale ragione il merito di dare ordine preventivo (e quindi egualitario) rispetto ai fatti del futuro, ma anche il rischio di imboccare «pendii scivolosi», che si sentano autorizzati da una praticabilità legale di taluni comportamenti a sorvolare su interrogativi etici al riguardo, cioè come esentati dal porsi siffatta prospettiva di valutazione.

Se, quanto alle problematiche di fine vita, la legge sulle cure palliative (L. 38/2010) e quella finalmente introdotta – dopo annoso dibattito e notissime vicende dolorose che hanno appassionato e diviso il

Paese, come i casi Welby ed Englaro in primo luogo – sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento, in vista di non più possibili autodeterminazioni del malato divenuto incapace di assumerle (L. 219/2017) hanno rappresentato approdi davvero imprescindibili e positivi per valorizzare la dignità in circostanze di estremo avvilimento e di fragilità esistenziale, molta maggiore cautela deve esprimersi rispetto alla questione sulla quale ha richiamato l'impegno del Parlamento (e riservato in mancanza a se stessa una decisione, com'è in effetti poi accaduto) un'insolita e discussa ordinanza "orientativa" della Corte Costituzionale (la n. 207/2018), in quello noto come "il caso Cappato", restando ovviamente in disparte il discorso – pur logicamente connesso ad esso – sulla legittimazione dell'eutanasia (per divergenti valutazioni, ma completi esami, anche comparativi con le aperture permissive belga, olandese e svizzera, Adamo, D'Aloia 2012; per un commento di chi scrive alla pronuncia citata Prisco, 2018 b).

È un peccato che il ricco dibattito dottrinale che l'ordinanza ha suscitato tra gli studiosi in ogni università, in seno ad associazioni culturali e di bioeticisti, ad organi di rilievo costituzionale come il Consiglio Superiore della Magistratura, che ha promosso un seminario e al Comitato Nazionale di Bioetica, che ha licenziato il 30 luglio 2019 un parere, doveroso in ragione delle sue attribuzioni tecnico-consultive, ma interlocutorio nel merito (essendosi in esso registrate le diverse valutazioni tra i suoi componenti, sia pure facendole confluire in indicazioni comuni, che pure in tale situazione sono state possibili), abbia trovato l'opinione pubblica non "addetta ai lavori" e il mondo politico – distratto da un'intensa conflittualità, diretta però su altri temi – sordi alla sfida, che avrebbe invece opportunamente consentito a ciascuna coscienza personale un approfondimento di conoscenza e un'assunzione di responsabilità innanzitutto etica sul come trattare l'istigazione e l'aiuto al suicidio, fattispecie ora equiparate dalla medesima sanzione penale, a tenore dell'art. 580 c. p.

La sentenza della Corte Costituzionale 242/2019, pubblicata ad oltre due mesi di distanza dall'udienza di discussione – il che è particolare rilevante, giacché sottolinea la laboriosità occorsa a stenderla, per il carattere obiettivamente tormentoso del problema che le era stato sottoposto – si atteggia come una decisione additiva, ma non di mero principio, o "a dispositivo indeterminato" (Parodi), bensì di un frammento dispositivo, che sviluppa coerentemente – nel contenuto – la posizione prefigurata nell'ordinanza richiamata (Bin, 2019) che peraltro non si saprebbe definire imposta, o "a rime obbligate".

Ribadito che, in situazioni di estrema fragilità, la vita umana va – proprio per questo e a maggior ragione – specialmente protetta, essa dispone tuttavia l'accoglimento della questione incidentale di legittimità costituzionale precedentemente sollevata, quindi la decriminalizzazione dell'aiuto al suicidio, peraltro con riferimento alla sola parte in cui il testo della disposizione indubbiata «non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione – agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente» (così il *dispositivo*).

Al di là dell'annoso problema del rapporto sempre controverso e problematico dell'ammissibilità di decisioni additive in presenza del principio di legalità di reati e pene (Silvestri e da ultimo, anche per altri riferimenti, Ambrosetti), in attesa di un futuro ed eventuale – ossia non necessario, come si è notato da taluno (si veda subito oltre) – intervento del legislatore, la Corte si è preoccupata perfino di dettare una disciplina per i casi analoghi a quello oggetto della sua pronuncia pendenti in fatto alla data della pubblicazione e si è fatta carico – per considerare il problema, ma anche per escluderne il rilievo in senso tecnico – anche del possibile riconoscimento dell'obiezione di coscienza per chi intenda sollevarla («la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato»: *Considerato in diritto*, n. 6). Tra i primi commenti, questo aspetto di non obbligo del medico a cooperare al suicidio assistito è stato valorizzato da un giurista cattolico, come indicazione che allo Stato – attraverso il servizio sanitario nazionale – spetti solo un compito di garanzia sulla corretta applicazione del diritto oggettivo riscritto dalla sentenza; del pari, si è messo in rilievo il richiamo della sentenza alla necessità di rafforzare e diffondere cure palliative e se ne è desunta l'autoapplicatività dell'equilibrio dettato, nel timore che una successiva legge apra una deriva eutanasica (Mirabelli; per fini osservazioni analogamente orientate, Guizzi).

La percorribilità della (limitata ed estrema) soluzione accolta viene dalla Corte derivata dalla necessità di ricondurre a coerenza il sistema, in cui già si rinvenivano i disposti di cui alla legge 38/2010, recante *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore* – che peraltro, ai sensi del parere reso dal Comitato Nazionale di Bioetica il 18 luglio 2019, è gravata da «molti ostacoli e difficoltà, specie nella disomogeneità territoriale dell'offerta del SSN, e nella mancanza di una formazione specifica nell'ambito delle professioni sanitarie», laddove «dovrebbe rappresentare, invece, “una priorità assoluta per le politiche della sanità”» (*Considerato in diritto*, n. 4) – integrati dagli artt. 1 e 2 della l. 219/2017 (su entrambe, con prospettive diverse, Losurdo, Chieffi, 2019, Razzano, 2014 e 2019).

«Se, infatti, il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale» (*Considerato in diritto*, nn. 2 e 3).

Vanno riservate ad altra occasione un'analisi critica più approfondita della sentenza e riflessioni sui motivi teorici, storici e sistematici del sempre più evidente slittamento dell'emersione e della tutela dei diritti fondamentali dal legislatore rappresentativo all'organo di giustizia costituzionale (per il caso, ad esempio, dell'accoglimento parziale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 *bis*, comma 1, dell'Ordinamento penitenziario, in ordine agli ostacoli a benefici per una particolare categoria di ergastolani, si veda di recente – in attesa della sentenza – il comunicato stampa ufficiale del 23 ottobre 2019). Si tratta di prendere atto della riproposizione attuale di quello che, in termini classici, è

il tradizionale contrasto – adattato ai tempi, per cui esso si direbbe oggi una “cooperazione concorrenziale” – tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, o forse meglio *gubernaculum* attraverso *iurisdictio*, che nel campo del biodiritto e della biopolitica, come si è in precedenza rilevato, è particolarmente evidente. Si svolgono di seguito soltanto brevi osservazioni di congedo dal lettore, specificamente relative alla connessione degli aspetti da ultimo richiamati con il tema generale del presente lavoro.

Non esiste vita davvero libera senza possibile autodeterminazione, ma non esiste autodeterminazione senza solidarietà e contemplazione dei legami che si sono creati, appunto svolgendone il percorso. È quanto invita a considerare Leopardi nella *Ginestra*, quando richiama la “social catena” fra gli uomini o, nel *Dialogo di Plotino e Porfirio* delle *Operette morali* – che ha per tema il rifiuto del suicidio come possibile esito del *tedium vitae* – quando invita a sopportare la condizione umana, con tutte le sue delusioni e asprezze.

La dignità non è insomma “il fiore del deserto”, vive solo – come si è in precedenza rimarcato – nella relazione interpersonale, ossia è segno di un legame tra chi si avverte in rapporto coi simili, incominciando dai più vicini e in senso ampio con la natura (de Miguel Beirain, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2017 e inoltre Ciaramelli e Menga, Pisanò, Postigo Solana), senza dimenticare nemmeno che la catena di cui si diceva si – e ci – collega anche a chi non c’è più e a chi non c’è ancora (*ex plurimis*, D’Aloia, 2016).

Se dunque il sacrificio della vita non è mai da incoraggiare sventatamente, alla prima o ad altra e pur grave difficoltà, v’è da chiedersi se essa possa tuttavia consistere nel soffrire imposto a forza (Fontana, ne *Il caso Cappato, Riflessioni a margine...*, 161). La Costituzione è netta nel ripudiare (questo il termine usato nel testo) la pena di morte, ma resta affidato in primo luogo alla coscienza individuale chiedersi se possa consentire la pena di vita, anche quando questa è divenuta del tutto insopportabile e vuota di prospettive e se – innanzitutto – tale condizione di esistenza possa appunto ritenersi ancora vita, al di là della minima funzione biologica del respiro e della terribile lucidità (quando essa vi sia) del sentirsi impotenti a correggere il corso delle cose.

Decidere in ragione del senso del rispetto di se stessi, dell’idea che ciascuno ha di sé, ma almeno in presenza dei propri affetti, è quanto l’articolo 32 della Costituzione indica come interesse giuridico individuale protetto, garantendo all’ammalato il diritto alle cure (dunque rinunziabili: da ultimo Meola, in *Rassegna di diritto pubblico e europeo*, 87 ss.) e richiamando il dovere di considerare altresì la sua inter-relazione con la “collettività”, che non è però quella indistinta dei consociati tutti, salvo casi peculiari di trattamenti sanitari imponenti, da regolare con legge (si fanno gli esempi del trattamento al limite anche restrittivo della libertà personale dell’insano di mente e della quarantena per chi rientri nel territorio dello Stato da un luogo in cui infuriasse un’epidemia di una grave malattia diffusiva), ma solo l’intima comunità di chi a lui è caro e che lo ha caro.

Sulla soglia di questo dialogo, in questa suprema decisione, il diritto – nella specie della norma legislativa, o della regola risultante dalla decisione giudiziaria o del provvedimento amministrativo – deve certo esservi e vigilare, onde non consentire abbandono in una fase criticissima dell’esistenza (già l’ordinanza era molto chiara, sul punto), ma, accertato che sia tale aspetto, non può ulteriormente intrammettersi e dunque, paradossalmente, lo sguardo critico di un autorevole filosofo del diritto cattolico, che ha fortemente sottolineato i limiti alla disponibilità pubblica del corpo, proprio o altrui («Per sottrarre il *bíos* alla logica del potere bisogna in primo luogo non accettare che esso venga identificato

politicamente»: D'Agostino, 72), può rovesciarsi in un'istanza di rivendicazione di spazi per l'esercizio di una libertà umana responsabile, nei termini sopra indicati. Alla legge delle istituzioni umane tocca allora solo un rispettoso e pietoso silenzio, un dovere di astensione, di fronte a quella che – assieme al «cielo stellato sopra di me» – suscitava attonito stupore in Kant, ossia «la legge morale che è in me».

## La dignità umana, inesauribile fonte di suggestioni per il costituzionalismo

Lorenza Violini\*

HUMAN DIGNITY, AN INEXHAUSTIBLE SOURCE OF SUGGESTIONS FOR CONSTITUTIONALISM

ABSTRACT: The concept of human dignity is nowadays challenged by new problems and questions stemming from the bioethical debate. After the formal inclusion of this principle in the post-WWII Constitutions, the need to re-open the discussion on both the meaning and the limits of human dignity has been urged by the scientific and medical progress. The article underlines the development of “human dignity”, from its Christian origins to its philosophical and historical studies. Starting from this unavoidable premise and through the looking glass offered by some leading cases concerning embryos’ rights, this paper aims at analyzing the new challenges that the Constitutionalism and the concept of human dignity are increasingly called to tackle.

KEYWORDS: Human dignity; embryos; bioethics; constitutionalism; natural law

SOMMARIO: 1. Per introdursi al tema: le molte voci che si levano e le molte vie che si percorrono alla ricerca del senso del concetto – 2. Oltre le Costituzioni nazionali: una via globale al tema della dignità umana nel contesto della bioetica – 3. I tratti essenziali della dignità umana – 4. I tratti essenziali della dignità umana alla prova di questioni controverse: il caso dei diritti dell’embrione – 5. Conclusioni

### 1. Per introdursi al tema: le molte voci che si levano e le molte vie che si percorrono alla ricerca del senso del concetto

**R**iflettere nel Settantesimo anniversario della Costituzione italiana sul concetto di dignità umana, con particolare riguardo ai temi della bioetica, richiede primariamente un importante sforzo di sintesi: il tentativo e obiettivo ultimo è quello di offrire al lettore alcune linee lungo le quali questo principio ha fatto emergere tutta la sua forza e tutte le sue potenzialità, nonostante i plurimi tentativi fatti, nel passato come nel presente, per ridurre la portata e per dequalificare il significato.

Introduttivamente si può ricordare che, quanto alle sue basi filosofiche, esse affondano ai primordi del pensiero occidentale e si riconnettono, secondo la potente intuizione di Robert Spaemann<sup>1</sup>, al tentativo di dare un nome alla straordinaria esperienza fatta alle origini dell’era cristiana da chi, per primo,

\* Professoressa ordinaria di *Diritto costituzionale e Diritto pubblico comparato*, Università degli Studi di Milano “La Statale”. Mail: [lorenza.violini@unimi.it](mailto:lorenza.violini@unimi.it). Contributo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> R. SPAEMANN, *Human dignity and human nature*, Conferenza tenuta nell’ambito della International Summer Academy *Human rights and natural law. An intercultural philosophical perspective*, Eichstaett, 25 luglio 2011; ma anche: *Personen. Versuche über den Unterschied zwischen etwas und jemand*, Stuttgart, 2007 e *Tre lezioni sulla dignità della vita umana*, Torino, 2011.

ha percepito la presenza di un “divino” in una persona totalmente – e *perfettamente*, si potrebbe dire – umana. Il concetto di persona, elaborato da quell’ambito di pensiero e mutuato dalla tragedia greca, si è poi ampliato fino a ricomprendere tutte le caratteristiche che connotano la persona umana, giungendo a stabilire che l’uomo e la donna partecipano della natura divina e pertanto, indipendentemente dalle loro qualità contingenti e mutevoli, sono egualmente portatori di una dignità unica ed irripetibile, pur nella loro singolarità.

Persona e dignità si muovono dunque insieme nell’ambito del pensiero religioso post-cristiano, ripercorrendo e riproponendo l’idea biblica di *imago Dei*, di sacralità intrinseca al soggetto creato e, soprattutto, creato non come inferiore ma “ad immagine e somiglianza”<sup>2</sup>. Idea che, se ci si pensa attentamente, si è posta come radicalmente dissimile dalle visioni dei popoli coevi, che concepivano la religione come totale sottomissione ad una serie di divinità le quali, sovente, si identificavano poi nei detentori del potere temporale, concepito pertanto come assoluto.

Essendo centrale per la comprensione del concetto di persona – quella *rationalis naturae individua substantia* di cui parlava Severino Boezio<sup>3</sup> –, la dignità umana è oggi un principio fondativo per molti dei moderni sistemi giuridici nazionali e sovranazionali<sup>4</sup>.

Il principio in esame, dunque, ha profonde radici teologiche, filosofiche e antropologiche, che verranno trasfuse nel diritto positivo in un momento decisivo quanto drammatico della storia dell’umanità, cioè immediatamente al termine della Seconda guerra mondiale<sup>5</sup>. In quel momento, i governi della terra, radunati nell’ambito dell’Onu, hanno recepito come fondamento del loro comune impegno a non ripetere gli errori del recente passato, la necessità di fornire tutela alla dignità umana<sup>6</sup>, che assurgerà dunque ad elemento centrale di molte Costituzioni del secondo dopoguerra e, in particolare, della

<sup>2</sup> Y. LOBERBAUM, *Blood and Image of God: on the sanctity of life in biblical and early rabbinic law, myth and ritual*, in D. KRETZMER, E. KLEIN (a cura di), *The concept of human dignity in human rights discourse*, The Hague, 2002.

<sup>3</sup> BOEZIO, *De duabus naturis*, cap. 3, P.L. 64, 1343.

<sup>4</sup> Tra i tanti che si sono interrogati sul concetto di dignità, si richiama: J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in *Polis Working Papers*, 79, 2006; C. MCCRUDDEN, *Human dignity and judicial interpretation of human rights*, in *European Journal of International Law*, 4, 2008, 655 ss.; P. CAROZZA, *Human Rights, Human Dignity, and Human Experience*, in C. MCCRUDDEN (a cura di), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2012, ma anche, del medesimo autore *Human Dignity in constitutional adjudication*, in T. GINSBURG, D. DIXON (a cura di), *Research Handbook in Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, 2013; C. DUPRÈ, *The age of dignity*, Oxford, 2015; G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Città del Vaticano, 2015.

<sup>5</sup> «Dopo i drammatici eventi della Seconda guerra mondiale ci fu una latente ma diffusa sensazione che nessuna delle teorie in circolazione concernenti i fondamenti dei diritti umani fosse pienamente soddisfacente. [...] L’idea che incominciò ad emergere fu l’unica valida: la giustificazione ultima dell’esistenza di diritti inviolabili, doveva essere trovata nella qualità intrinseca dell’essere umano come soggetto distinto nel mezzo del complesso universo, nella speciale forma della dignità dell’uomo», G. BOGNETTI, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, in G. NOLTE (a cura di), *European and US constitutionalism*, Strasbourg, 2005. Nello stesso volume si segnala anche il contributo di J. WHITMAN, *Human dignity in Europe and in the United States: the social foundations*.

<sup>6</sup> Per una interessante lettura sul concetto di dignità nel diritto costituzionale: N. RAO, *Three concepts of dignity in constitutional law*, in *Notre Dame Law Review*, 1, 2011.

Costituzione tedesca<sup>7</sup>. Espressa o implicita che sia<sup>8</sup>, la tutela della dignità umana assume, in questa fase storica, un valore che sta alla base dei diritti e della democrazia sia in Europa che in Sudamerica; nella prima, essa può essere ricondotta a quelle tradizioni costituzionali comuni che poi verranno trasferite nella Carta di Nizza la quale, non a caso, dedica alla dignità i primi articoli delle sue enunciazioni<sup>9</sup>. Quanto al Sudamerica, molti casi decisi dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani dimostrano l'importanza del principio, direttamente proporzionale alla gravità delle violazioni che si subiscono o che sono state perpetrate in passato, soprattutto ad opera dei regimi dittatoriali che hanno dominato molti Paesi di quel continente.

Questa sommaria introduzione necessita peraltro da subito di una precisazione: quella che sembrava un tempo la fonte di magnifiche e progressive sorti è stata fatta oggetto di riflessioni che ne hanno messo in luce la problematicità; fondativa nella sua natura ultima, spesso solo intuitivamente identificata, la tutela incondizionata del principio dignitario ha infatti provocato reazioni non del tutto lusinghiere e non sempre valorizzatrici<sup>10</sup>. Sul piano filosofico si riscontrano infatti severe critiche ai tentativi posti in essere al fine di specificarne i contenuti e le conseguenze. Basti pensare alla reazione scettica di Schopenhauer alla classica definizione kantiana, tutta impostata sul rapporto mezzo-fine come cardine di ragionevolezza e come forma di tutela della dignità umana, cui si confà solo il finalismo e non la strumentalizzazione; reazione che ne contesta la totale mancanza di valore etico. Similmente si osservano le reazioni, certamente scomposte ed estremizzate, alla pubblicazione nel 2008 del *Rapporto sulla Dignità Umana* da parte della Commissione di Bioetica nominata da George W. Bush e presieduta da Leon Kass. Secondo tali critiche, il principio della dignità umana veniva qualificato come "stupido",

<sup>7</sup> Sul punto C. AMIRANTE, *La dignità dell'uomo nella Legge Fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana*, Milano, 1971.

<sup>8</sup> Non è il caso di ricordare che la nostra Costituzione non riconosce espressamente la tutela della dignità umana ma vi fa riferimento in alcuni articoli fondamentali: su tutti l'art. 3 che afferma «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale». Rilavante è anche la previsione dell'art. 41, laddove, dichiarando che la libertà dell'iniziativa economica privata è libera, ne individua i limiti, tra cui il rispetto della dignità umana. Per un approfondimento sulla protezione della dignità nella Costituzione italiana: G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008 e nel medesimo volume P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in A. SCIARRONE (a cura di), *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Tricase, 2010; più recentemente: G. BARCELLONA, *Della forma dell'acqua: la dignità umana, volti e risvolti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 1, 2018; A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *ConsultaOnline*, 2, 2018.

<sup>9</sup> Il Titolo I della Carta di Nizza (Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea) è proprio denominato "Dignità", dedicando a tale concetto cinque articoli: Dignità umana (art. 1), diritto alla vita (art. 2), diritto all'integrità della persona umana (art. 3), Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 4), proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 5). Per una lettura del concetto di dignità nella Carta di Nizza, tra i tanti: G.F. FERRARI, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001; M. OLIVETTI, *Art. 1: dignità umana*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; F. SCACCO, *Note sulla dignità umana nel diritto costituzionale europeo*, in S. PANUNZIO, (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; D. MORONDO TARAMUNDI, *Sull'indeterminatezza del concetto di dignità umana nella Carta di Nizza*, in G. GILIBERTI, G. MORISCO, D. MORONDO TARAMUNDI (a cura di), *Il concetto di dignità umana nella cultura occidentale*, Pesaro, 2006; B. MALVESTITI, *La dignità umana dopo la "Carta di Nizza". Un'analisi concettuale*, Napoli, 2015.

<sup>10</sup> Tra i tanti: R. MACKLIN, *Dignity is a useless concept*, in *British Medical Journal*, 2003; S. HENNETTE-VAUGHEZ, *When ambivalent principles prevail. Leads for explaining Western legal orders' infatuation with the human dignity principles*, in *EUI Working Papers Law*, 37, 2007.

inutile e comunque così ampiamente indefinito da risultare inadatto a risolvere i problemi pratici ad esso riconducibili<sup>11</sup>. Sinteticamente si può dire che alla molteplicità di linguaggi e di temi che si riscontrano nell'area semantica della dignità, talvolta effettivamente ridondanti, fa riscontro una serie di problematiche che ne adombrano il valore ultimo e che mettono in questione l'opportunità di fare ad essa continui riferimenti<sup>12</sup>.

Come emerge sul piano dei contenuti della dignità, in cui luci e ombre si avvicendano, altrettanto accade sul piano del metodo – o dei metodi – con cui approcciarsi al tema al fine di comprenderne i contorni: mentre molti studiosi infatti seguono la via filosofica, certamente la più completa ed affascinante, altri ne hanno fatto oggetto di una ricerca sul piano dell'evoluzione storica, altri ancora ne hanno preso in esame la dimensione normativa e giurisprudenziale alla ricerca di un filo conduttore che porti, novello filo d'Arianna, ad identificare il senso ultimo (ma anche concreto) del termine. La ricerca storica, a sua volta, ha intrapreso vari percorsi per descrivere quanto è stato prodotto nei secoli sul tema<sup>13</sup>: Jeremy Waldron<sup>14</sup> ha scelto di fare riferimento al diritto romano come chiave di volta per l'avvio dei percorsi interpretativi, David Kretzmer ha preso la Bibbia come fattore di abbrivio di ogni discussione sul tema<sup>15</sup>; la già citata tradizione cristiana<sup>16</sup> è invece ferma nel considerare il Nuovo Testamento e la riflessione che ne è scaturita come pietra angolare: pur nel pieno riconoscimento del valore delle radici giudaiche, il concetto di dignità è stato così rivissuto e risignificato in rapporto con la figura e la predicazione di Cristo e di San Paolo, fonti a loro volta di quella declinazione della dignità che fa capo al principio di eguaglianza.

## 2. Oltre le Costituzioni nazionali: una via globale al tema della dignità umana nel contesto della bioetica

In questo articolato contesto di pensiero, si pone il rapporto sia tra dignità e Costituzioni che tra dignità e documenti internazionali di protezione dei diritti umani, soprattutto guardando attraverso le lenti delle problematiche bioetiche e biogiuridiche.

La dignità umana è infatti, inevitabilmente, un tema centrale quanto dibattuto e controverso per i nuovi aspetti relativi al *bios* che sono emersi di pari passo con gli sviluppi della scienza e della tecnica

<sup>11</sup> Si fa riferimento a quanto scritto da S. PINKER, *The stupidity of dignity*, pubblicato sul giornale statunitense *The New Republic*, il 28 maggio 2008 come commento al report *Human dignity and Bioethics*, pubblicato dal *Council on Bioethics* (organo istituito nel 2001 dal Presidente G. W. Bush). Interessante peraltro è il dibattito che si è innescato a seguito della reazione di Pinker: C. KACZOR, *The importance of dignity: a reply to Steven Pinker*, in *Public Discourse*, 31 gennaio 2012; G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion Pratica*, 38, 2012.

<sup>12</sup> W. HASSEMER, *Human Dignity in the Criminal Process: The Example of Truth-Finding*, in *Israeli Law Review*, 44 (1-2), 2011.

<sup>13</sup> Tra i tanti autori che hanno letto in chiave storica il concetto di dignità si richiamano: U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009; O. SENSEN, *Human dignity in historical perspective: the contemporary and traditional paradigms*, in *European Journal of political theory*, 10, 2011; M. ROSEN, *Dignity its history and meaning*, Cambridge, Massachusetts, 2012.

<sup>14</sup> J. WALDRON, *Dignity, rank and rights*, New York, 2012.

<sup>15</sup> D. KRETZMER, E. KLEIN, *The concept of human dignity in human rights discourse*, The Hague, 2002.

<sup>16</sup> Sul punto si richiama: M. NOVAK, *The Judeo-Christian foundation of human dignity*, in *Journal of markets and morality*, 2, 1998.

e che hanno tutti inciso su elementi della vita umana prima sottratti al controllo dell'uomo quali erano, e sono stati per secoli, l'inizio e la fine della vita.

Per approfondire il tema dignitario nell'ambito della bioetica occorre dunque partire da un duplice approccio: innanzitutto, un approccio trasversale ai vari livelli ordinamentali e, in secondo luogo, adottare una visione eminentemente pratica.

Per quanto riguarda il primo suggerimento di approccio, il riconoscimento di una pluralità degli atti giuridici di riferimento è, in questo contesto, imprescindibile perché, da un lato, la dignità umana nella sua accezione positiva (non cioè ridotta a principio inutile in quanto meramente riassuntivo dei diritti fondamentali) contiene una tensione all'universalità, tendendo infatti, in quanto caratteristica intrinseca dell'umano, a superare i confini degli Stati e delle loro Costituzioni. Dall'altro, i problemi della bioetica, materia che per eccellenza mette in questione il principio in esame, sono anch'essi comuni ai diversi ordinamenti e ai diversi livelli in cui essi si articolano, rendendo necessario richiamare le relative giurisprudenze che si sovrappongono e si intrecciano, fino a costituire un tutt'uno.

Il secondo suggerimento, quello concernente la necessità di una visione pratica, trova spunto dalla stessa ispirazione che aveva sorretto i tentativi e quindi condotto alla definizione di un accordo tra i diversi governi e soprattutto tra le diverse superpotenze – notoriamente portatrici di opposte concezioni filosofiche, politiche ed economiche – sul contenuto della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948. Come ricorda infatti Jacques Maritain<sup>17</sup>, che partecipò alle trattative, all'accordo si giunse anche perché nessuno si chiese il motivo ultimo di tale confluenza di pensiero e di azione; si trattò, di conseguenza, di un accordo dalla natura eminentemente pratica. Anche oggi ci si può attestare su questa linea: l'azione dei giuristi ha infatti finalità pratiche e si serve dei principi per risolvere questioni nuove o particolarmente problematiche; essi finalizzano i loro ragionamenti allo scopo di migliorare la vita sociale nel suo complesso, uno scopo mai interamente raggiunto. Proprio questa è la consapevolezza che ci può guidare nella ricerca del significato della tutela della dignità umana e della portata di tale principio nell'esteso dominio della bioetica.

Volendo essere fedeli a tale impostazione tendenzialmente "pratica" occorre pertanto staccarsi dalle trattazioni tradizionali del tema della dignità umana che ne scandagliano le origini e le declinazioni. Su questa infinita tematica basti solo un accenno per ricordare che vi è una sorta di nesso quasi automatico tra la tutela della dignità stessa e tutte quelle suggestioni che fanno capo, pur in modo diverso, all'idea di diritto naturale<sup>18</sup>; un'idea che lo stesso Papa em. Ratzinger, nel suo dialogo con Habermas<sup>19</sup>, considera ormai improponibile alla cultura moderna, soprattutto se la si interpreta in quel modo tradizionale secondo cui il diritto naturale sarebbe una sorta di diritto positivo posto al di sopra del diritto positivo propriamente detto e conosciuto dalle diverse società politiche. L'improponibilità dello schema di pensiero facente capo al diritto naturale e alla sua natura metafisica è pacificamente riconosciuta anche da Herbert Hart che, nel 1961, a fronte della rinascita del diritto naturale ad opera della dottrina che vuole distinguersi dal positivismo giuridico e dal suo potenziale agnosticismo, scrive: «the

<sup>17</sup> J. MARITAIN, *Introduction*, in UNESCO, *Human rights: comments and interpretations*, ALLAN WINGATE, 1948.

<sup>18</sup> Su questo complesso tema, più ampiamente: A. SIMONCINI, L. VIOLINI, P. CAROZZA, M. CARTABIA, *Elementary experience and law*, Milano, 2012.

<sup>19</sup> Dello stesso autore si ricorda: J. HABERMAS, *The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights*, in *Metaphilosophy*, 4, 2010.

continued reassertion of some form of natural law doctrine is due in part to the fact that its appeal is independent of both divine and human authority, and to the fact that despite a terminology with much metaphysics<sup>20</sup>, which few could now accept, it contains certain *elementary terms* important for the understanding of both morality and law»<sup>21</sup>.

### 3. I tratti essenziali della dignità umana

Termini elementari ed intuitivi, dunque, forse non facilmente identificabili ma suggestivi, termini che parlano un linguaggio che tocca corde profonde dell'essere e dell'essere umano: la dignità, unitamente alle sue narrative, è certamente una di queste, così come lo è la sua più immediata conseguenza, messa a fuoco da Sandel: le cose hanno un prezzo, le persone hanno dignità<sup>22</sup>.

Se si vuole dunque tentare di tracciare almeno uno schizzo di questa "elementarietà" della dignità in rapporto alle problematiche bioetiche, si possono identificare alcuni tratti essenziali della stessa che ne indicano la sua potenziale profondità e rilevare che la dignità umana accompagna l'uomo dalla nascita alla morte e, talvolta, anche oltre la morte, essendo difesa dall'ordinamento a partire da una sorta di potenziale eternità<sup>23</sup>. Essa è oltre il tempo<sup>24</sup>. E, ancora, la dignità umana è percepita tanto essenziale quanto drammatiche sono le sue lesioni. Essa è reattiva. Infine, la dignità umana è propria dell'uomo indipendentemente da tutte le caratteristiche che lo connotano; essa gli appartiene stabilmente e non

<sup>20</sup> Per una rivisitazione della metafisica si veda U. Di Fabio, secondo cui «Als Metaphysik gelten letzte Fragen menschlicher Erkenntnis und Existenz. Letzte Fragen sind immer auch erste Fragen, also Fragen des Ursprung, des Herkommens, der Natur. Es sind die Fragen nach den Prämissen, nach unverrückbaren Axiomen, es geht um Vorannahmen und Verständigungshorizonte»: U. DI FABIO, *Das Methaphysische Defizit: Europa sucht seine Idee*, in C. SCHALLER, F. SCHULLER, J. ZÖHRER (a cura di), *Europa christlich?!: Zum Gespräch von Glaube und säkularer Welt*, Regensburg, 2018, 18

<sup>21</sup> H. HART, *The concept of the Law*, Oxford, 1988; dello stesso autore si richiama anche: H. HART, *Are there natural rights*, in J. WALDRON (a cura di), *Theories of rights*, New York, 1984.

<sup>22</sup> Si veda, anche oltre la sfera del biodiritto, il rilievo della dignità umana in una recente sentenza della Corte costituzionale italiana in tema di legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione (sent. n. 141/2019); sul punto: A. DE LIA, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20 giugno 2019; S. BERNARDI, *Sulla legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione: irrilevante il fatto che l'esercizio del meretricio sia il frutto di una libera scelta?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 8 luglio 2019.

<sup>23</sup> Un eccellente esempio del dovere dello Stato di proteggere la dignità umana anche oltre la morte della persona è dato dal caso Mephisto (BVerfGE 30, 24.2.1971) in cui la Corte costituzionale federale tedesca ha negato che la libertà dell'arte possa giustificare la violazione della dignità umana di un attore morto. Nella sentenza si legge infatti: «The duty imposed on all state authority by Article 1 of the Basic Law to protect the individual from attacks on his dignity does not end with death».

<sup>24</sup> Del resto, complessa è la commistione tra corporeo e spirituale nel concetto di dignità, che appartiene e pertiene ad entrambe le dimensioni, quella temporale e quella eterna. Come magistralmente affermato da Wole Soyinka, poeta premio Nobel per la letteratura nel 1986, «la dignità non è una mera astrazione. È un attributo che risiede nella zona di ciò che è palpabile, nella percezione dell'umanità che noi tutti rivendichiamo. La dignità si riferisce sia al nostro essere corporeo sia a quello immateriale che non si escludono a vicenda», W. SOYINKA, *Assoluti e relativismi culturali La dignità e la sacralità della vita umana*, in A. DI MAIO, *Dedica a Wole Soyinka*, Thesis, 2012, citato peraltro in L. VIOLINI, M.E. GENNUSA, *Dignità umana e diritto alla vita*, in P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea*, Bologna, 2013.

solo “eternamente”. Per questo la dignità è intrinsecamente flessibile e si modella sui bisogni che man mano emergono, indipendentemente dalla loro vera o presunta gravità. Essa è versatile.

Si può dunque dire, riassuntivamente, che al di là di queste sue caratteristiche intrinseche, la dignità comprende aspetti doveristici (deve essere protetta dallo Stato) ma anche aspetti di natura libertaria. Del resto, l’idea sottesa a chi si batte, pur nella problematicità delle sue realizzazioni pratiche, a favore dell’eutanasia, non a caso chiamata anche “morte degna”<sup>25</sup>, è che vi sono aspetti della vita così personali che devono essere rispettati e che non devono essere condizionati da scelte altrui. Si tratta di mettere a fuoco l’esistenza di un desiderio, di una aspirazione profondamente umana, a non essere schiacciati da altri, portatori di idee diverse dalle nostre, da soggetti terzi spesso mossi da interessi materiali. Questa anima libertaria della dignità umana si respira non solo laddove vi siano in discussione decisioni che attengono alle fasi finali della vita, ma in tutti i momenti dell’esistenza umana lambiti dalla bioetica e dal biodiritto, ivi comprese le scelte che riguardano l’inizio della vita<sup>26</sup>. Nella nota sentenza *Planned Parenthood v. Casey*<sup>27</sup>, avente ad oggetto il delicato tema dell’aborto, la Corte Suprema americana ha provato ad identificare ed elencare tali casi. Si legge infatti in quella sentenza: «Our law affords constitutional protection to personal decisions relating to marriage, procreation, contraception, family relationships, childrearing and education. These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the XIVth Amendment»<sup>28</sup>. Ancora più interessante la frase successiva, secondo cui: «At the heart of liberty is the right to define one’s own concept of existence, of meaning, of universe and of the mystery of human life»<sup>29</sup>. Quest’ultima espressione sembra suggerire che la dignità, letta in stretta connessione con la libertà e l’autonomia del soggetto umano, deve essere considerata non un principio fine a sé stesso bensì uno strumento attraverso cui ricercare la propria felicità in modo libero, nella realtà, nella filosofia, nella religione, dato che esiste un mistero nella vita umana che ognuno deve poter indagare a tutto campo, alla ricerca di scintille che possano illuminarlo.

#### 4. I tratti essenziali della dignità umana alla prova di questioni controverse: il caso dei diritti dell’embrione

Nel campo della bioetica i tratti essenziali che connotano la dignità si scontrano con la complessità dei progressi scientifici che pongono all’etica e al diritto problemi altrettanto complessi. Si pensi, a titolo

<sup>25</sup> In Spagna il recente dibattito parlamentare ha avuto ad oggetto proprio proposte normative riguardanti l’approvazione di una legge che regolamentasse la “muerte digna”, così come già stabilito da alcune Comunità Autonome (ad esempio la Comunità Autonoma di Madrid ha approvato il 9 marzo 2017 la Ley de Derechos y garantías de las personas en el proceso de morir); sul punto: A. PÉREZ MIRAS, *Muerte digna y Estatutos de Autonomía*, in *Derecho y Salud*, 25, 2015; ma anche più recentemente sulla discussione in Parlamento: M.A. PRESNO LINERA, *¿Una próxima regulación de la eutanasia?*, in *Agenda Pública*, 2018. Per una ricognizione comparata si legga: SERVIZIO STUDI, CORTE COSTITUZIONALE, *Decisioni di fine vita ed ausilio al suicidio*, 2018.

<sup>26</sup> Per una ampia panoramica sul tema del biodiritto, sulle sfide che la bioetica e il progresso medico-scientifico hanno posto e pongono al mondo del diritto, si rimanda a: C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012.

<sup>27</sup> *Planned Parenthood of Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Idem*.

di mero esempio, alle ricerche sul genoma e alle problematiche ad esse legate, come alcuni casi relativamente recenti hanno messo in luce; nel campo della brevettabilità di tali scoperte, infatti, in assenza di dati normativi e di principi costituzionali specifici, si sono adottati, in diverse parti del mondo, approcci anche ampiamente differenziati. Così, negli Stati Uniti, nella grande controversia<sup>30</sup> che ha coinvolto nel 2013 la società Myriad sulla regolamentazione di un brevetto relativo alla identificazione del gene responsabile del carcinoma della mammella, contro i tentativi degli attori di appellarsi alla dignità umana, la Corte Suprema si è “fermata” al livello della interpretazione della legge sui brevetti, ottenendo peraltro il risultato di limitare parzialmente la brevettabilità di tali processi. In Europa, invece, almeno in una prima fase della controversia giudiziaria condotta a livello nazionale e poi a livello sovranazionale, proprio il ricorso al concetto di dignità ha fatto sì che la Corte adottasse un approccio molto restrittivo, in parte contraddetto in una sentenza successiva<sup>31</sup>.

Uno dei più grandi dilemmi che fanno da sfondo ai casi qui accennati e che sfidano il contenuto del principio dignitario è infatti quello concernente la natura dell’embrione e la sua potenziale dignità. Proprio ad esso si può quindi ora fare riferimento, quale esempio di come guardare praticamente alla dignità umana applicata al campo bioetico per apprezzarne le declinazioni e per far emergere come, nonostante la tensione all’universalità, la dignità umana si vesta poi di volta in volta, da ordinamento a ordinamento, di abiti diversi, finanche contraddittori tra loro.

Il dilemma della natura dell’embrione e della sua potenziale dignità è segnalato in più sentenze e in documenti di diversa natura<sup>32</sup>. Nella sentenza *Brüstle v. Greenpeace e V.* decisa dalla Corte di Giustizia dell’UE (C-34/10)<sup>33</sup>, si rinviene la definizione di embrione forse più ampia mai offerta in sede giudiziaria, secondo cui – ai fini della brevettabilità secondo la Direttiva 98/44, art. 6(2)(c) – «sin dalla fase

<sup>30</sup> *Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc.*, 569 U.S. 576 (2013), Corte Suprema.

<sup>31</sup> Si fa riferimento, come verrà più ampiamente richiamato in seguito, alle Decisioni *Oliver Brüstle contro Greenpeace e V.*, CGUE (Grande Sezione), 18 ottobre 2011, C-34/10 e alla successiva Decisione *International Stem Cell Corporation contro Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, C-364/13, 18 dicembre 2014. In tale ultima decisione la Corte esclude che un ovulo umano non fecondato e indotto, attraverso la partenogenesi, a dividersi e a svilupparsi, costituisca un «embrione umano» ai sensi della direttiva. Su tale pronuncia, tra gli altri: M. TOMASI, *La Corte di giustizia e l’embrione umano: una definizione meno ampia e più funzionale, sempre scientificamente e tecnologicamente condizionata*, in *DPCE Online*, 2, 2015; S. AGOSTA, *La Corte di Giustizia alle prese con la nozione eurounitaria di embrione umano (a margine della giurisprudenza Brüstle ed in previsione di futuri sviluppi)*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2016. Merita però sottolineare come la problematica complessa dello stato degli embrioni e di una loro definizione sia stata oggetto di discussione da molto tempo, come dimostra il lavoro di J. IPSEN, *Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2001.

<sup>32</sup> Interessante è notare come il dibattito circa la sussistenza o meno di un diritto alla tutela della dignità dell’embrione sia oggetto di articolate ricostruzioni giuridiche: per sostenere la persistenza di diritti fondamentali in assenza del titolare degli stessi, ci si è ad esempio basati sull’argomentazione secondo cui l’esistenza di una tutela costituzionale di diritti delle future generazioni porti ad ammettere anche la tutela di individui che hanno appena iniziato il proprio percorso evolutivo. Sul tema si richiama: T. HARTLEB, *Grundrechtsvorwirkungen in der bioethischen Debatte – alternative Gewährleistungsdimensionen von Art. 2 II 1 GG und Art. 1 I GG*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2006.

<sup>33</sup> *Oliver Brüstle contro Greenpeace e V.*, CGUE (Grande Sezione), 18 ottobre 2011, C-34/10. Per approfondimenti su questa rilevante pronuncia, si richiamano, tra gli altri: V. ALTAMORE, *La tutela dell’embrione, tra interpretazione giudiziale e sviluppi della ricerca scientifica, in una recente sentenza della Corte di Giustizia europea*, in *Forum Online di Quaderni costituzionali*, 2 dicembre 2011; P. D’ANDREA, *La Corte di Giustizia CE e la ricerca sulle cellule staminali embrionali*, in *Forum Online di Quaderni costituzionali*, 10 luglio 2012; si conceda anche il richiamo a L. VIOLINI, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità*

della sua fecondazione qualsiasi ovulo umano deve essere considerato come un “embrione umano” [...] dal momento che la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano»<sup>34</sup>. Non solo: in *Brüstle*, la Corte riconosce la qualificazione di embrione umano anche «all’ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e all’ovulo umano non fecondato indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso partenogenesi»<sup>35</sup>. Secondo i giudici europei, «anche se tali organismi non sono stati oggetto, in senso proprio, di una fecondazione, gli stessi, [...] per effetto della tecnica utilizzata per ottenerli, sono tali da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano come l’embrione creato mediante fecondazione di un ovulo»<sup>36</sup>.

In generale, è noto che molte affermazioni della giurisprudenza e di altri documenti sul tema ribadiscono la natura controversa dello stato giuridico dell’embrione umano, terreno di dibattito tra diverse correnti di pensiero e posizioni etico-filosofiche.

Tra i casi più recenti, si può ricordare la controversia sull’uso a fini di ricerca degli embrioni e sulla regolamentazione giuridica della ricerca stessa. Due i valori che si contrappongono: la libertà della ricerca scientifica da un lato e la dignità dell’embrione dall’altro. Il primo caso è stato deciso dalla Corte Europea di Strasburgo nel 2015 nel caso *Parrillo v. Italy*<sup>37</sup>, sorto nell’ambito di una controversia tra una donna italiana che voleva donare i propri embrioni per la ricerca e il Governo italiano la cui legislazione impedisce tale comportamento; nell’ambito dello stesso caso, la signora Parrillo si era anche rivolta alla Corte costituzionale italiana, nell’intento di far dichiarare incostituzionale tale divieto. Entrambe le Corti hanno rigettato le relative istanze: la Corte EDU ha fatto ricorso alla teoria del margine di apprezzamento, da lasciare agli Stati nei casi in cui siano in questione problemi eticamente controversi (e di conseguenza risolti in modo diverso dai diversi Stati aderenti alla Convenzione). La Corte costituzionale nazionale, invece, ha argomentato il rigetto della questione di legittimità sulla base del riconoscimento della dignità dell’embrione, il quale è una entità che reca in sé il principio della vita: ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza, esso costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale dell’art. 2 Cost.<sup>38</sup>. Dunque, pur essendo uguale nell’esito finale a quella della Corte di Giustizia dell’UE, la sentenza della Corte costituzionale afferma che il divieto di sperimentazione può essere

---

umana, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2012; A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e...altrettanti difetti (in dialogo con Lorenza Violini)*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2012.

<sup>34</sup> *Ibidem*, par. 35.

<sup>35</sup> *Ibidem*, par. 36.

<sup>36</sup> *Ibidem*, par. 36.

<sup>37</sup> *Parrillo v. Italy*, 27 Febbraio 2015, Application no. 46470/11. Per una analisi del caso, si legga: M. D’AMICO, *La Corte europea come giudice “unico” dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in *Forum Online di Quaderni Costituzionali*, 29 settembre 2015; G. PERRONE, «Eppur si muove». *Il divieto di donazione alla ricerca scientifica degli embrioni umani prodotti in vitro, ma non più destinati a fini procreativi: la posizione della Corte Edu tra pronunce e nuove prospettive. Nota a Corte EDU, Grande Camera, sent. 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in *Rivista AIC Osservatorio Costituzionale*, 6, 2016; ma anche più ampiamente sul tema: A. D’ALDIA, *Quel che resta della legge 40*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014; A. BARAGGIA, M.E. GENNUSA, *Intertwined but different. The heterologous in vitro fertilization case before the European Court of Human Rights and the Italian Constitutional Court*, in *Perspectives on Federalism*, 9, 2017.

<sup>38</sup> Corte costituzionale, sent. n. 84/2016.

giustificato dal fatto che l’embrione, come definito, è meritevole di tutela nella sua dignità antropologica, cosicché lo Stato può legittimamente compiere la scelta normativa di attribuirgli quella forma di protezione che consiste nel rimanere congelato se non è possibile procedere all’impianto in utero. E’ interessante ai nostri fini ricordare che, in merito alla natura dell’embrione, la Corte europea si spinge oltre l’accertamento dell’incertezza insita nella questione ma entra, a suo modo e pur nella forma di *obiter dictum*, ad affermare che nonostante «it is not necessary to examine the sensitive and controversial question of when human life begins, as Article 2 of the Convention is not in issue in the instant case»<sup>39</sup>, «the embryos contain genetic materials belonging to the person (who has undergone in vitro fertilisation) and accordingly (the embryos) represents a constituent part of that person’s genetic material and biological identity»<sup>40</sup>, quasi adombrando in tal modo una sorta di “diritto di proprietà” della donna rispetto al proprio “materiale genetico”. È proprio su questo specifico punto che si assesta l’opinione dissenziente di uno dei giudici europei. Egli afferma: « The majority clearly overlooks the fact that the embryo is a different biological identity from the person who has undergone IVF, although the embryo does contain that person’s genetic material. The statement [of the Court] is unacceptable, both in ontological and biological terms. The majority forgets that human dignity makes it imperative to respect ‘the uniqueness and diversity’ of each human being, as the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights puts it. In other words, every human being is far more than a unique combination of genetic information that is transmitted by his or her progenitors»<sup>41</sup>. Due opposte visioni, dunque, si incontrano e si scontrano nell’ambito dello stesso collegio, a monito di quanto difficile sia oggi confluire su temi tanto eticamente sensibili se non accettando – e in qualche modo anche tutelando –, da un lato la libertà morale delle persone portatrici di visioni diverse e, dall’altro, rispettando la volontà dei legislatori nazionali i quali devono restare liberi di accedere ad una volontà “generale” che tuttavia non può avere la pretesa di rappresentare “tutti”. Liberi di dissentire quindi, pur accettando la volontà della maggioranza, espressa da processi democratici riconosciuti come strumento per la pace sociale.

Come si vede, si può infine affermare come le diverse definizioni di embrione (quella di “materiale genetico”, quella di soggetto avente in sé il principio della vita, quella di un unicum, diverso dai gameti che lo hanno posto in essere) attestino la problematicità della questione in esame e fondino almeno un sospetto circa la sua “dignità”: quest’ultima, come ricordiamo, è stata da più parti definita come una qualifica assoluta della persona, non divisibile e non graduabile almeno per quanto riguarda i nati. Essa si modifica se si è in presenza di non nati? Che cosa interessante che in una democrazia sia possibile dare a tale questione risposte diverse e che quindi si possa tenere viva una aperta e trasparente discussione sulla base di un punto di non ritorno, quello cioè affermato sempre dalla Corte EDU, secondo cui «it may be regarded as common ground between States that the embryo or fetus belongs to the human race, so that the potentiality of that being and its capacity to become a person require

<sup>39</sup> *Parrillo v. Italy*, par. 215.

<sup>40</sup> *Parrillo v. Italy*, par. 158.

<sup>41</sup> *Parrillo v. Italy*, Concurring Opinion of the Judge Pinto de Albuquerque, par. 33.

protection in the name of human dignity»<sup>42</sup> benché non tutti ritengano necessario attribuire allo stesso la qualifica di persona e, quindi, la piena titolarità del diritto alla vita secondo l'art. 2 CEDU.<sup>43</sup>

## 5. Conclusioni

Riconosciuto dunque non solo dai grandi movimenti socio-politici – in USA, ad esempio, questi si scontrano fieramente e si dividono tra *pro-life* e *pro-choice*, peraltro trascinando con sé i Parlamenti dei diversi Stati federali, ora schierati con gli uni ora con gli altri, mentre la Corte Suprema ben salda a difendere le scelte compiute in *Roe*<sup>44</sup> – ma anche dalle Corti<sup>45</sup> nei modi sopra richiamati, il grande dilemma può essere così riassunto: la dignità, in campo bioetico, pertiene per natura a tutto il processo di generazione della vita umana? Oppure la dignità comporta piuttosto una valutazione sui diversi stadi di tale processo, potendo quindi giungere alla conclusione che solo alcuni di questi godono della piena tutela conferita alla vita, da considerarsi, secondo la prospettiva kantiana, come fine e mai come mezzo?<sup>46</sup>

Queste problematiche toccano nel vivo alcuni aspetti sostanziali posti al cuore del costituzionalismo<sup>47</sup> e che sono attualmente al centro di una riflessione in continuo divenire, ovverosia quelli attinenti alla affermazione, al fondamento e alla definizione dei principi fondamentali, al radicamento e al riconoscimento a determinati soggetti giuridici dei diritti fondamentali e, di conseguenza, alla implementazione nonché al bilanciamento tra di essi. Ma c'è anche un altro aspetto su cui, tradizionalmente, il costituzionalismo è sempre – ma a fortiori – sfidato quando si tratta di dare voce in campo biogiuridico al principio dignitario: a chi spetta la decisione ultima? Al processo politico o alla giurisdizione, come è stato fin qui in grande prevalenza?<sup>48</sup>

<sup>42</sup> *Vo v. France*, Application no. 53924/00, 8 luglio 2004, par. 84.

<sup>43</sup> Al fine di individuare quale sia l'interesse protetto, anche ai fini della tutela penale dell'embrione, occorre definire il valore di riferimento; in questo senso due sono le alternative: il principio personalista da un lato e quello utilitarista dall'altro.

<sup>44</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), Corte Suprema USA.

<sup>45</sup> Sul ruolo delle Corti e il tema della dignità si veda R. BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019.

<sup>46</sup> Ciò del resto emerge con chiarezza nel citato controverso ambito della determinazione dei diritti dell'embrione: la visione utilitaristica e la elaborazione di teorie 'gradualistiche', che mirano a consentire la ricerca scientifica sugli embrioni, stabilendo ad esempio una soglia convenzionale prima della quale è consentito manipolare l'embrione umano, si traducono in una limitazione e affievolimento dei principi cardine dell'ordinamento, quale la dignità umana. Sul punto si consenta di rinviare a 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*, Bologna, 2007.

<sup>47</sup> Non vanno tuttavia taciute critiche assai aspre alla bioetica ed al suo ruolo, così come alla integrazione tra diritto, politica ed etica: J. BARON in *Against Bioethics* (Mit Press, Cambridge, 2006) definisce tale scienza come «a kind of secular priesthood to which governments and other institutions look but it lacks the authority that comes from a single, coherent guiding theory in which practitioners are trained» (6), citato in L. VIOLINI, *Bioetica e laicità. Relazione Convegno annuale AIC*, 2007.

<sup>48</sup> Del resto l'intervento del giudice volto ad affermare, dinnanzi al legislatore, il rigore inscalfibile della tutela della dignità umana e delle norme che la prevedono, è visibile anche quando le Corti non entrano direttamente nel merito delle questioni bioetiche: si pensi alla rilevante pronuncia della Corte costituzionale federale tedesca che nella sentenza *NJW* 2003, 1303, 1304, dichiara l'incostituzionalità della legge *Luftsicherungsgesetz* sulla base

Ricordiamo ancora quanto è stato affermato in proposito, là dove la discussione è ancora accesa e la controversia continua a dividere: «Men and women of good conscience can disagree [...] about the profound moral and spiritual implications of terminating a pregnancy, even in its earliest stage. Some of us, as individuals, find abortion offensive to our most basic principles of morality, but that cannot control our decision. Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code. [...] It is conventional constitutional doctrine that where reasonable people disagree, the government can adopt one position or the other»<sup>49</sup>. Ma la questione non si chiude così. La Corte Suprema americana continua ricordando che le scelte del potere politico devono fermarsi ove sia in gioco una libertà costituzionalmente protetta e definita in sede giurisdizionale. La giurisdizione si attesta dunque su questo punto: pur spettando al potere politico decidere, vi possono essere alcune eccezioni, alcuni rari casi in cui «in the performance of its judicial duties, the Court decides a case in such a way as to resolve the sort of intensely divisive controversy reflected in *Roe*»<sup>50</sup>.

E fin qui *nulla questio*. Siamo al cuore del costituzionalismo che pone limiti al potere politico in nome dei valori costituzionali su cui si basa la convivenza tra diversi. Più problematico è però quanto viene detto in seguito. Si legge infatti in questa sentenza che vi sono casi così eticamente controversi da far sì che «its decision has a dimension that the resolution of the normal case does not carry. It is the dimension present whenever the Court's interpretation of the Constitution calls the contending sides of a national controversy to end their national division by accepting a common mandate rooted in the Constitution»<sup>51</sup>. Una affermazione molto interessante: accade raramente, dicono i giudici, ma se si tratta di questioni fondamentalmente divisive e la Corte prende una decisione sposando la causa di una delle due parti, le controversie devono (dovrebbero) cessare; se la Corte decide, non solo il processo politico ma anche il clima sociale dovrebbero conformarsi alla decisione. Il che, come il caso USA emblematicamente mostra, non succede né potrebbe succedere data la naturale dinamica tra maggioranza e opposizione nota ad ogni sana democrazia. Ed è strano che nella patria di ogni libertà vi sia chi possa mettere la parola fine su controversie così particolarmente vivaci e su questioni così eticamente drammatiche come la definizione dei confini della dignità umana.

---

proprio dell'art. 1 GG che non consente di violare la dignità e il diritto alla vita nemmeno in casi di attacco terroristico mediante dirottamento aereo. Per un maggiore approfondimento sul punto: O. LEPSIUS, *Human dignity and the downing of aircraft: the German Federal Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorism provision in the new Air-transport Security Act*, in *German Law Journal*, 9, 2006; A. DE PETRIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2006; M. GENNUSA, *La dignità umana e le sue anime. Spunti alla luce di una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli-Roma, 2006; <sup>49</sup> *Planned Parenthood v. Casey*, Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 505 U.S. 833; 112 S.Ct. 2791; 120 L.Ed. 2d. 674 (1992).

<sup>50</sup> *Idem*.

<sup>51</sup> *Idem*.

## Sulla sostenibilità della dignità come autodeterminazione\*

Giovanna Razzano\*\*

ON THE SUSTAINABILITY OF DIGNITY AS SELF-DETERMINATION

ABSTRACT: The paper, considering that, in recent years, the concept of dignity is opposed to that of life and frequently combined with the alleged right to assisted suicide, aims to identify the cultural premises of this assumption and to evaluate it in the light of the Constitution. Crucial appear the theories based on the distinction between man and person, such as social Darwinism. In these views the dignity of every human being depends on capacities of autonomy or self-determination. However, the implications are distant from the constitutional axiological framework and risk undermining many human rights and equality. The right to assisted suicide is then only apparently liberal, as it is pretensive and implies the duty to kill. Above all, it presupposes a conception of life that is instrumental for other ends and not itself a basic good and a sufficient reason, because based on a judgment that discriminates according to the quality of life. On the contrary considering the life's innate dignity is the most democratic of principles. Moreover, there is a very close relationship between this recognition and "equal social dignity". Hence a norm that prevents to act intentionally against life does not result an unreasonable restriction of freedom and appears to be acceptable even in a moderately neutralist or utilitarian perspective.

KEYWORDS: Dignity; right to life; self-determination; neutralism; paternalism; assisted suicide debate

SOMMARIO: 1. L'antagonismo fra la dignità e la vita a confronto con la Costituzione, il suo testo, la sua storia – 2. La distinzione fra uomo e persona – 3. Autonomia, neutralità, paternalismo – 4. Il liberalismo costituzionale e il presunto diritto all'assistenza al suicidio – 5. Le inaccettabili conseguenze di un assoluto neutralismo. L'ordinanza sulla questione di costituzionalità del reato di sfruttamento della prostituzione e la sentenza della Corte costituzionale n. 141 del 2019 – 6. L'intrinseca dignità della vita umana, come bene da proteggere senza deroghe, fondamento dell'esperienza costituzionale e giuridica

\* Una rielaborazione sintetica del presente scritto è destinata agli Studi in onore di Antonio Ruggeri.

\*\* Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico, Dipartimento di Studi giuridici ed economici, Facoltà di Giurisprudenza, Università La Sapienza di Roma. Mail: [giovanna.razzano@uniroma1.it](mailto:giovanna.razzano@uniroma1.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

«Poteris in inferiora quae sunt bruta degenerare;  
poteris in superiora quae sunt divina ex tui animi sententia regenerari.  
O summam Dei patris liberalitatem, summam et admirandam hominis foelicitatem!»  
PICO DELLA MIRANDOLA, *Oratio de hominis dignitate*, 1496

«lo voglio insegnare il pensiero che dà a molti il diritto di sopprimersi –  
il grande pensiero che seleziona e disciplina»  
F. NIETZSCHE, *La volontà di potenza* (1901), Milano, 2008, 555

## 1. L'antagonismo fra la dignità e la vita a confronto con la Costituzione, il suo testo, la sua storia



Dignità *versus* vita?» Con questa domanda, nel marzo 2011, Antonio Ruggeri intitolava l'articolo comparso sulla Rivista AIC, individuando con tre parole e un punto interrogativo i termini di una nuova sfida di grande spessore filosofico, giuridico e politico, riguardante «le ragioni stesse del nostro vivere»<sup>1</sup> e, potrebbe aggiungersi, la stessa forma di Stato. Se infatti è «incontrovertibile che l'art. 2 Cost. concorra a definire la stessa forma di Stato»<sup>2</sup>, con il principio personalista o liberale, quello democratico e quello sociale<sup>3</sup>, e se è innegabile la relazione tra l'art. 2 Cost. e i concetti di *vita* e di *dignità*, questo binomio e la relazione fra i due termini attengono certamente al nucleo essenziale della vigente forma di Stato<sup>4</sup>.

Il punto è che proprio la dignità, nonostante la posizione che occupa nel quadro costituzionale italiano ed europeo<sup>5</sup>, è oggi, dovunque, il più controverso dei principi<sup>6</sup>, specie in relazione alla vita<sup>7</sup>. Fra i due elementi di questo binomio può anzi notarsi un antagonismo crescente, culminato nell'affermazione del diritto di poter finanche interrompere la vita in ragione della dignità<sup>8</sup>. *Dignità versus vita*, appunto.

<sup>1</sup> A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in *Forum costituzionale*, aprile 2009.

<sup>2</sup> Così L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1995, 558.

<sup>3</sup> Per M. MAZZIOTTI di CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Milano, 1993, 53, la Costituzione si fonda su tre principi generalissimi: il liberale, il democratico e il sociale; mentre secondo C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, 148, accanto a questi, occorre anche aggiungere il principio lavorista, quello pluralista e quello sopranazionale. Cfr. altresì P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

<sup>4</sup> Infatti, secondo A. RUGGERI, *Il testamento biologico*, cit., § 2, la regolazione dei *nuovi diritti*, allorché siano implicati i limiti e le condizioni entro cui è consentito disporre di sé, dovrebbe operarsi attraverso la forma aggravata dell'art. 138 Cost.

<sup>5</sup> P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, (a cura di) *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2014, 405.

<sup>6</sup> Cfr. ad es. C. MCCRUDDEN, *In Pursuit of Human Dignity: An Introduction to Current Debates*, in C. MCCRUDDEN (ed.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2014, 2.

<sup>7</sup> Cfr. M. GENNUSA, L. VIOLINI, *Dignità e diritto alla vita*, in P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2013, 458 e 515.

<sup>8</sup> Fra i primi, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 57, per il quale il diritto al suicidio e all'eutanasia sarebbero deducibili dall'art. 2 Cost. e F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, II, Milano, 1991; cfr. poi D. NERI, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Roma-Bari, 1995; M. MORI, *Dal vitalismo medico alla moralità dell'eutanasia*, in *Bioetica*, I, 1999; G. GEMMA, *Vita (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV ed., XV, Torino, 1999,

Anzi, si può addirittura affermare che i nomi e i temi ai quali la dignità viene abbinata negli ultimi tempi siano soprattutto il diritto di morire, il suicidio medicalmente assistito e l'eutanasia. La stessa Corte costituzionale, com'è noto, con l'ordinanza n. 207 del 2018, ha ritenuto che il divieto assoluto di aiuto al suicidio lederebbe il principio di dignità umana<sup>9</sup>, anche se la successiva sentenza n. 242 del 2019, pur confermando le precedenti affermazioni, sembra accentuare, piuttosto, la scarsa libertà di scelta che sussisterebbe ove vi fosse un'unica modalità per congedarsi dalla vita, ossia le sole cure palliative con la relativa sedazione per le sofferenze e non, anche, la morte rapida provocata con l'aiuto di altri<sup>10</sup>. Lo scopo che si prefigge il presente lavoro è quello di indagare sulle premesse culturali che hanno portato anche in Italia all'affermazione della reciprocità fra *diritto di morire* e *dignità* e di considerare criticamente l'assunto alla luce della Costituzione, riguardata, sembra subito opportuno precisare, come un dato giuridico, con «un significato da ricavare e non certo da imporre» dall'esterno, in base ai propri convincimenti<sup>11</sup>. Una metodologia adeguata al carattere scientifico dell'interpretazione giuridica<sup>12</sup>, per cui il senso deve essere quello che nel dato si ritrova, non già un senso che in esso si trasferisce dal di fuori (*sensus non est inferendus, sed efferendus*)<sup>13</sup>. Il dato va quindi umilmente indagato, scoperto, compreso<sup>14</sup> e «una coscienza ermeneuticamente educata deve essere preliminarmente sensibile all'alterità del testo»<sup>15</sup> e non attingere ai propri sentimenti o convinzioni politiche. Altrettanto imprescindibile è poi il canone della totalità e della coerenza, che comporta una lettura sistematica dei concetti costituzionali e dei significati che è possibile ricavarne: «Totalità e coerenza debbono essere immanenti al dato storico, non già desumersi da un sistema ad esso estraneo»<sup>16</sup>. L'approccio, per la tranquillità di ogni lettore, non sarà poi di «ispirazione cattolica tradizionalista»<sup>17</sup>, perché non si farà uso (come d'altronde mai si è fatto) di concetti para-teologici o religiosi, ma saranno

671; ID., *Dignità Umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2008, 379; S. RODOTÀ, *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte*, in S. SEMPLICI (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, comma 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto pubblico*, 1, 2008, 102; M. VILLONE, *Il diritto di morire*, Napoli, 2011; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 60; ID., *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto pubblico Comparato ed europeo*, 1, 2018, 3; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, Milano, 2012, 100.

<sup>9</sup> § 9 motiv. in dir.

<sup>10</sup> § 2.3. motiv. in dir.

<sup>11</sup> Così G. CRIFÒ, *Emilio Betti, In memoriam*, Milano, 1968, 298 (estratto da *BIDR*, terza serie, vol. IX), in riferimento ad una metodologia ermeneutica, come quella bettiana, rispettosa del canone dell'autonomia dell'oggetto.

<sup>12</sup> V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 59, ha qualificato come *epistemologico* tale indirizzo ermeneutico, distinguendolo dall'interpretazione «in funzione inventiva e decidente della norma», laddove è però «concreto il rischio di incontrollate e arbitrarie derive soggettivistiche».

<sup>13</sup> E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, 1955, 102 e 304.

<sup>14</sup> Cfr. G. MURA, *Saggio introduttivo* a E. BETTI, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito* (1962), Roma, 1987, 14. Anche per N. IRTI, *Per la ristampa di una prolusione bettiana (Roma, 15 maggio 1948)*, in *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, 5, 2014, 3, in Betti, suo maestro, c'era «il pathos dell'oggettività».

<sup>15</sup> H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Milano, 1983, 316.

<sup>16</sup> E. BETTI, *op. ult. cit.*, 307.

<sup>17</sup> Così G. GEMMA (*Dignità ed eutanasia: non c'è antitesi. Note a margine di un'opera recente di una costituzionalista cattolica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2016, 253) ha etichettato il mio lavoro *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, ritenendo di additare la religione da me professata e il mio modo di viverla (*tradizionalista*, secondo l'A.) per bollare anche il mio lavoro. Tale *modus operandi*, al di là dalla mentalità che rivela, ferma a quell'italica alternativa laico/cattolico entro cui

il ragionamento logico e i comuni principi giuridici, condivisibili da credenti e non credenti, a guidare le argomentazioni; si tratta dunque di confrontarsi su di un terreno e con un linguaggio comune, nella certezza che tanti sono gli interessi e le responsabilità da condividere<sup>18</sup>. Si tratta semmai di presupporre, sul piano metodologico, la prospettiva democratica e costituzionale per cui, «finché faremo i conti con l'attuale testo positivo, non potremo stravolgerlo a piacimento o adattarlo alle mutate esigenze dei tempi, fino a sottrarlo a un sotterraneo svuotamento di senso»<sup>19</sup>. Infatti, anche «l'interpretazione della dignità umana non è libera ma deve conformarsi, in ogni caso, alle specifiche norme dettate dall'ordinamento statale in materia»<sup>20</sup>.

## 2. La distinzione fra uomo e persona

Se è vero che quello dell'antagonismo fra dignità e vita, nell'ambito del discorso giuridico, è un dato relativamente recente, questa scissione trova la sua radice in alcune dottrine del passato. Si è già avuto modo di considerare<sup>21</sup> quanto decisiva sia stata la separazione, operata da Cartesio in riferimento alla persona umana, fra *res cogitans* e *res extensa*; fra la sostanza pensante, che è coscienza di sé, autodomínio della volontà, e il corpo, oggetto di dominio<sup>22</sup>. Una disgiunzione che ha contribuito all'allontanamento fra la coscienza di sé, da un lato, e il corpo, dall'altro. Si è fatta strada, in tal modo, una cultura proprietaria della vita, divenuta oggetto di un diritto reale di proprietà<sup>23</sup>. E si è notato, inoltre, che «la

---

racchiudere tutto, appare inappropriato rispetto alla sensibilità del dato religioso, la cui riservatezza è oggi protetta da un profluvio di garanzie, proprio a tutela della libertà personale. Il *modus operandi* risulta poi ulteriormente discriminante e indelicato, ove si convenga che è difficile immaginare che lo stesso Autore si sarebbe mai permesso di scrivere *Note a margine di un'opera recente di una costituzionalista "ebrea" (o "musulmana")*.

<sup>18</sup> Sulla laicità come metodo di confronto che unisce e non divide S. PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009, 15.

<sup>19</sup> A. SPADARO, *Il problema del fondamento dei diritti "fondamentali"*, in *I diritti fondamentali oggi*, Atti del V Congresso dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, Taormina, 1990, Milano 1995, 235. Sulla propensione dello stesso giudice costituzionale a commutarsi in un decisore politico, «anzi nel massimo dei decisori, proprio perché, trincerandosi dietro la maschera del garante, si farebbe potere costituente», A. RUGGERI, *Introduzione* a R. ROMBOLI e A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, Torino, 2019, XX.

<sup>20</sup> V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Dirittifondamentali.it*, 2013, 3, osserva, specie sulla base di una significativa giurisprudenza, il carattere *neutro* del concetto di dignità umana, suscettibile di una pluralità di interpretazioni differenti, che si rivelano costitutive del significato al momento della concretizzazione giudiziale. Sul rischio di un uso dell'argomento della «dignità» per indicazioni di carattere etico carenti di legittimazione democratica (*popular mandate*), cfr. M. ROSEN, *Dignity: The Case Against*, in C. MCCRUDDEN, (ed.), *Understanding Human Dignity*, cit., 154.

<sup>21</sup> Rinvio a G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 19.

<sup>22</sup> R. DESCARTES, *Meditazioni metafisiche*, in *Opere filosofiche*, trad. di E. GARIN ET AL., 2, Laterza-Bari, 2005; cfr. in proposito J. BALLESTEROS, *Exigencias de la dignidad humana en la biojurídica*, in *Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, Pamplona, 2003.

<sup>23</sup> F. CAVALLA, *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle discussioni sull'eutanasia*, in *Diritto e società*, 1, 2008, 9.; cfr. già M.A. GLENDON, *Rights Talk. The Impoverishment of Politican Discourse*, New York, 1991, 48.

sacralità dell'uomo e del suo corpo cade nella più totale dimenticanza»<sup>24</sup>, in rottura con l'elaborazione classica, quella medievale e anche con molta parte di quella rinascimentale<sup>25</sup>.

Si è anche avuto modo di rimarcare l'impressionante coincidenza fra alcuni passaggi dell'opera di John Locke<sup>26</sup> e le attuali giustificazioni dell'eutanasia, in particolare di quella nei confronti dei malati privi di coscienza, che condurrebbero una vita biologica, di tipo vegetale e non sarebbero persone<sup>27</sup>. Afferma infatti l'empirista inglese che vi è differenza tra l'identità di un uomo e quella di una persona (*Difference between Identity of Man and Person* è intitolato un paragrafo)<sup>28</sup>. E che dunque «non potremo collocare l'identità personale in nient'altro che non sia la coscienza [...] qualunque sostanza esista, in qualunque modo foggata, se è priva della coscienza, non costituisce affatto una persona». E sul punto conclude: «Il termine persona ritengo si riferisca a un essere pensante e intelligente, che possiede ragione e riflessione [...] e ciò è possibile solo mediante la sua coscienza»<sup>29</sup>.

E se certamente Locke è uno dei padri del pensiero liberale e della modernità, altrettanto certo è che la dicotomia che elabora esprime un'involuzione, e riporta a concetti arcaici, come quello per cui alcuni esseri umani, come gli schiavi, sono equiparabili alle *res*<sup>30</sup>. Apertamente selettivo, tempo dopo, è poi il darwinismo sociale degli inizi del '900<sup>31</sup>. Un movimento che, com'è stato accuratamente documentato<sup>32</sup>, è alla base dei movimenti per la legalizzazione del suicidio assistito negli Stati Uniti. Sono gli stessi esponenti della scuola eugenetica coloro che, nel 1938, fondarono l'*Euthanasia Society of America* (ESA) e sostennero la legalizzazione dell'eutanasia per i pazienti allo stadio finale della propria vita, per i bambini disabili, per i ritardati mentali<sup>33</sup>. Uno di loro, la cui opera fu definita da Hitler «la sua Bibbia»<sup>34</sup>, scrisse che le leggi della natura esigono la cancellazione degli inadatti e che un essere umano è apprezzabile solo quando è utile alla comunità o alla razza<sup>35</sup>; mentre un altro sostenne «*legalized,*

<sup>24</sup> G. REALE, *Radici culturali e spirituali dell'Europa*, Milano, 2003, 94.

<sup>25</sup> Emblematica l'*Oratio de hominis dignitate*, di Pico della Mirandola dove è Dio stesso, Architetto e Padre, che parla all'uomo e gli ricorda che è libero. Sul tema E. GARIN, *La cultura filosofica del Rinascimento italiano*, Milano, 2001.

<sup>26</sup> J. LOCKE, *Saggio sull'intelletto umano*, (1689), Milano, 2004, cap. XXVII, 605.

<sup>27</sup> Cfr. infatti J.B. MITCHELL, *My Father, John Locke, and Assisted Suicide: The Real Constitutional Right*, in 3 *Indiana Health Law Review*, 45, 2006.

<sup>28</sup> Evidenti analogie in P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 53.

<sup>29</sup> J. LOCKE, *op. cit.*, 605.

<sup>30</sup> J. BALLESTEROS, *Exigencias de la dignidad humana*, cit., 45.

<sup>31</sup> Era stato Charles Darwin in persona, del resto, a lamentare quanto ostacolassero le potenzialità della selezione naturale dei peggiori membri della società gli impulsi filantropici volti a creare asili, ospedali, opere di carità, ricoveri e terapie mediche (C. DARWIN, *Descent of Man and Selection in Relation to Sex*, (1871) 1882, 138). Ed era stato suo cugino F. GALTON, *Inquiries into Human Faculty and Its Developments*, 1883, 24, a coniare il termine "eugenetica" e ad auspicare misure sociali per la crescente disparità fra i membri produttivi della società e quelli difettosi.

<sup>32</sup> N.M. GORSUCH, *The Future of Assisted Suicide and Euthanasia*, Princeton, 2006, 33. Cfr. ora M. RONCO, *Impegno solidale per la vita*, in *Il "diritto" di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, Torino, 2019, 135.

<sup>33</sup> M.A. ELKS, "The letal Chamber": Further Evidence for the Euthanasia Option, 31 *Mental Retardation* 201-7 (1993), come citati da N.M. GORSUCH, *op. cit.*, 35, cui si rimanda per ulteriore bibliografia.

<sup>34</sup> In merito al fatto, E. BLACK, *Hitler's Debt to America*, in *The Guardian*, 6 Febr. 2004; ID., *The War against the Weak: Eugenics and American Campaign to Create a Master Race*, Washington, 2003.

<sup>35</sup> M. GRANT, *The passing of the Great Race*, New York, 1916, 45: «the laws of nature require the obliteration of the unfit and a human is valuable only when it is of use to the community or race».

*safeguarded and supervised mercy killing for suffering patients in the final stages of life*»<sup>36</sup>, al pari delle odierne istanze.

E se, dopo la Seconda Guerra mondiale, come contraccolpo per la scoperta dei crimini nazisti, i movimenti per l'eutanasia perdono consenso, negli anni '60 e '70 tornano di nuovo in auge attraverso la spinta dell'individualismo, dell'iper-liberismo, e dell'autodeterminazione quale principio supremo<sup>37</sup>. Ma la matrice selettiva resta e trapela: autorevoli esponenti della medesima *Euthanasia Society* sostengono l'opportunità dell'eutanasia nei confronti dei bambini con difetti e degli anziani, così da liberare risorse per i giovani<sup>38</sup>. Emblematica, del resto, è la teoria di Peter Singer, per il quale il termine *persona* include solo gli esseri autonomi, in grado di scegliere, di essere consapevoli e razionali, cosicché talvolta è giustificabile, oltre all'eutanasia, anche l'infanticidio. A lui si deve la categoria delle *non-human persons*, ossia di alcuni animali che, in quanto consapevoli di sé, a differenza di certi *esseri umani non persone*, meritano adeguata tutela<sup>39</sup>.

Lascia molto perplessi lo stesso Ronald Dworkin, ove si consideri la sua posizione rispetto all'ipotesi, da lui immaginata, di una donna che scelga *pro futuro* l'eutanasia dinanzi ad una diagnosi di Alzheimer e che in seguito, da malata, cambi idea, desiderando vivere e godere la sua vita nella sopravvenuta condizione; secondo l'autore è infatti maggiormente corrispondente al principio di autonomia procedere con l'eutanasia secondo i suoi precedenti desideri, anziché lasciarla vivere come desidera al momento presente, dal momento che la donna, in tale condizione, non sarebbe più in grado di esprimere una volontà<sup>40</sup>. Si tratta, come si vede, di una teoria dell'autonomia non priva di conseguenze sul diritto alla vita<sup>41</sup>, dove il *diritto di morire* diventa, sottilmente, un *dovere*.

<sup>36</sup> Dr. Potter Backs "Mercy Killing", in *New York Times*, 3 Febr. 1936, 13.

<sup>37</sup> Cfr. N.M. GORSUCH, *op. cit.*, 36. Sull'accezione contemporanea del *right to privacy* I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty* (1958), in *Four Essays on Liberty*, Oxford, 1969. In Italia, fra i primi lavori critici, in ambito giuridico, A. RUGGERI, *Il testamento biologico*, cit.; ID., *Le dichiarazioni di fine vita tra rigore e pietas costituzionale*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2009; S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2009; F. D'AGOSTINO, *Autodeterminazione: le paranoie della modernità*, in *Medicina e morale*, 6, 2009, 1055; A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Politica del diritto*, 4, 1998; M. CARTABIA, *Alcuni interrogativi su libertà e autodeterminazione nei casi di fine vita*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita: un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Napoli, 2011; A. POGGI, *Eutanasia*, ivi.

<sup>38</sup> I. DOWBIGGIN, *A Mercyful End: The Euthanasia Movement in America*, Oxford, 2003, 126, 130 e 159. Cfr. inoltre F.M. KAMM, *Physicians-Assisted Suicide, Euthanasia and Intending Death*, in M.P. BATTIN, *Physicians Assisted Suicide: Expanding the Debate*, 1998, 28. In seguito l'ESA ha mutato più volte denominazione: *Society for the Right to Die* (1975); *The World Federation of Right to Die Societies* (1980); *Choice in Dying* (1991); *Americans for Death With Dignity* (1992); *End-of-Life Choices* (2003); *Compassion & Choices* (2004).

<sup>39</sup> P. SINGER, *Practical Ethics*, Cambridge, 1993, 110. Cfr. poi ID., *Animal liberation*, New York, 1975; ID., *Rethinking Life and Death*, Melbourne, 1994, 128; ID., *Unsanctifying Human Life*, Oxford, 2003.

<sup>40</sup> R. DWORKIN, *Life's Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, 1993, 228.

<sup>41</sup> Sulla dignità del malato mentale, a seconda delle diverse visioni teoriche, V. BALDINI, *Teoriche della dignità umana e loro riflessi sul diritto positivo (a proposito della disciplina sul trattamento del malato mentale)*, in [Dirittofondamentali.it](http://Dirittofondamentali.it), 2, 2012, 25.

### 3. Autonomia, neutralità, paternalismo

Questa prospettiva appare cruciale in riferimento alla nozione di dignità<sup>42</sup>. Ciò che infatti contraddistingue il pensiero di Dworkin, uno dei più influenti propugnatori del diritto al suicidio assistito, è la convinzione per cui la dignità della vita umana va interpretata secondo la «*liberal view*», in base alla quale l'importanza della vita umana dipende da quanto in essa sia presente lo «*human creative investment*»; la vita umana è inviolabile perché e fintantoché è «*created... by personal choice, training commitment and decision*»<sup>43</sup>. In altri termini, la dignità della vita umana trova il suo perno nell'autonomia, nell'auto-riconoscimento e nell'auto-determinazione<sup>44</sup>. Una conclusione analoga, sia pure attraverso un'ottica diversa, ad una nota elaborazione sociologica<sup>45</sup>; del resto entrambe si nutrono di quella differenza fra uomo e persona argomentata un tempo da Locke<sup>46</sup>.

Da questa *liberal view* deriva poi un ulteriore passaggio, che attiene al rapporto fra lo Stato e l'individuo (e quindi alla forma di Stato). Dinanzi alla *personal self-definition*, alla *self-creation* e alla *self-determination*, dinanzi alle svariate concezioni sulla buona vita e sulla buona morte, lo Stato deve rimanere *neutrale*<sup>47</sup>. Diversamente lo Stato sarebbe *paternalista*<sup>48</sup>. Anche se non manca, sempre nell'ambito delle teorie sull'autonomia, la prospettiva per cui lo Stato deve invece creare una molteplicità di opzioni che permettano una scelta effettiva, verificare la sussistenza della capacità e l'assenza di coercizioni<sup>49</sup>, e anche impiegare mezzi coercitivi che impediscano danni agli altri (*harm principle*)<sup>50</sup>.

Da queste teorie discendono quindi diverse tesi circa il diritto di morire con dignità. Secondo alcune sarebbe esercitabile solo da coloro che sono maggiorenni, capaci, malati terminali e con una sofferenza insopportabile (*terminally ill and intolerable pain*)<sup>51</sup>; per altre, tale diritto dovrebbe essere riconosciuto

<sup>42</sup> Sull'incertezza della nozione, A. PIROZZOLI, *Dignità. Le contraddizioni*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, Giappichelli, Torino, 2016, 1785; R. BIN, *Dignità umana e biodiritto*, in *BioLaw Journal*, 2, 2017, 3.

<sup>43</sup> R. DWORKIN, *Life's Dominion*, cit., 93.

<sup>44</sup> *Ibidem*, 230.

<sup>45</sup> N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1975. Osserva criticamente V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 2013, 2, che, se la dignità è capacità e rendimento rispetto ad una prestazione sociale, i soggetti (nascituri, malati mentali etc.) che si mostrano incapaci di corrispondere all'obbligo di prestazione rimangono privi di dignità.

<sup>46</sup> Cfr. D. DWORKIN, *Euthanasia, Morality and Law*, in 31 *Loyola of Los Angeles L. Review*, 1998, 1147.

<sup>47</sup> Sulla neutralità dello Stato funzionale all'autonomia dei singoli, J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, 1989, 11; H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Stanford, 1963, 30; B. ACKERMAN, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, 1980, 386; L. LOMASKY, *Person, Rights and the Moral Community*, Oxford, 1987, 231; R. DWORKIN, *Foundations of Liberal Equality*, in *The Tanner Lectures on Human Values*, a cura di G.B. PETERSEN, 1990; D.A.J. RICHARDS, *Tolerance and the Constitution*, Oxford, 1989, 252; R. POSNER, *Aging and Old Age*, Chicago, 1995; R. EPSTEIN, *Mortal Peril: Our Inalienable Right to Health Care?*, Addison-Wesley Publishing Company, 1999.

<sup>48</sup> Ger. DWORKIN, *Paternalism*, ora in R. BAIRD e S. ROSEBAUM (ed.), *Morality and Law*, 1988, 124. In seguito, anche in Italia si è moltiplicata la letteratura sul tema. Cfr. al riguardo A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014; D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 520.

<sup>49</sup> J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1988, 372; D.A.J., RICHARDS, *Sex, Drugs, Death and Law*, 1982.

<sup>50</sup> La formulazione classica si ritrova in J.S. MILL, *On Liberty*, (London, 1859), a cura di E. RAPPAPORT, 1978, 9.

<sup>51</sup> Queste sono le condizioni a cui è stata subordinata, almeno all'inizio, la legalizzazione in Oregon e in Belgio. In Olanda invece fin dall'inizio l'eutanasia è stata permessa dai 16 anni e dal 2005 il c.d. protocollo di Groninghen, ha legittimato l'eutanasia di neonati.

più ampiamente a tutti coloro che siano adulti e capaci<sup>52</sup>; per altre ancora, il principio, nella sua integralità, dovrebbe escludere qualunque valutazione dall'esterno sulla vita e sull'idea di dignità di chi vuole morire<sup>53</sup>; per altri, come si è visto, oltre al suicidio assistito e all'eutanasia, è ammissibile talvolta anche l'infanticidio, dal momento che il neonato non è un essere umano autonomo, né è capace di fare scelte consapevoli<sup>54</sup>.

Sia pure tralasciando questa teoria estrema (che tuttavia, come mostra soprattutto l'esperienza dei Paesi Bassi, ha trovato applicazione pratica<sup>55</sup> ed è coerente con l'equazione dignità = consapevolezza di sé), non è difficile riconoscere come i medesimi temi e le medesime argomentazioni elaborati in ambito anglosassone abbiano trovato eco in Italia. Analoga è infatti l'affermazione concernente la neutralità dello Stato, corrispondente è la critica al paternalismo<sup>56</sup> e soprattutto identica è la concezione della libertà intesa come autodeterminazione individuale, esaltata in quanto punta di diamante del costituzionalismo liberaldemocratico moderno, che implicherebbe il diritto al suicidio assistito<sup>57</sup>.

Quanto illustrato in estrema sintesi richiede almeno tre considerazioni. La prima concerne proprio l'ultimo assunto: quello per cui il principio liberale e il primato della persona rispetto allo Stato implicherebbero il diritto al suicidio assistito.

#### 4. Il liberalismo costituzionale e il presunto diritto all'assistenza al suicidio

Al riguardo, se è pacifico che il principio liberale contribuisca a fondare l'ordinamento e che tutte le forze politiche costituenti concordarono sull'idea della precedenza della persona rispetto allo Stato e sulla destinazione di questo a servizio di quella<sup>58</sup>, resta invece tutto da dimostrare che tale principio e la precedenza della persona rispetto allo Stato implicino il diritto costituzionale al suicidio medicalmente assistito garantito dallo Stato<sup>59</sup>. Appare infatti insufficiente, dal punto di vista argomentativo, limitarsi ad affermare, dinanzi ad un «non-diritto»<sup>60</sup>, che l'autodeterminazione individuale è il *leitmotiv* del moderno costituzionalismo e che il paternalismo si oppone al liberalismo<sup>61</sup>. *In primis*, come si è

<sup>52</sup> D.A.J. RICHARDS, *Sex, Drugs*, cit., 226 e 248.

<sup>53</sup> Questa è la posizione espressa dallo stesso R. Dworkin, come si evince dal *Report della House of Lords Select Committee on Medical Ethics* (HL Deb 09 May 1994 vol 554, cc 1344-412).

<sup>54</sup> P. SINGER, *Practical Ethics*, cit., 171.

<sup>55</sup> Laddove dal 2005 è applicato il c.d. protocollo di Groningen, con i criteri per l'eutanasia ai neonati, via via allargati al criterio di «infants with very serious birth defects» (linee guida della KNMG, 2013).

<sup>56</sup> Cfr. ad es. G. MANIACI, *La forza dell'argomento peggiore. La retorica paternalistica nell'argomentazione morale e giuridica*, in *Ragione pratica*, XXXVIII, 2012.

<sup>57</sup> Cfr. ad es. G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2008, 379; S. RODOTÁ, *Il paradosso dell'uguaglianza*, cit.

<sup>58</sup> Cfr. l'o.d.g. Dossetti, I Sottocomm., resoc. sommario 9 sett., 1946, 21.

<sup>59</sup> Così invece G. GEMMA, *Dignità ed eutanasia*, cit., 261 e G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in *Rivista AIC*, 1, 2019, 16-1-2019.

<sup>60</sup> Il diritto di morire, nonostante i plurimi tentativi (anche scomposti, come nel caso Gross. C. Svizzera) non è stato mai affermato dalla Corte EDU. Come poi ricorda A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in *Forum dei Quad. cost.*, ottobre 2018, tutti gli ordinamenti del mondo occidentale puniscono l'aiuto al suicidio.

<sup>61</sup> Così G. GEMMA, *Dignità ed eutanasia*, cit., 261.

detto, la mera liceità di un comportamento<sup>62</sup> non implica l'assunzione dello stesso nel novero dei diritti di libertà costituzionalmente tutelati<sup>63</sup>. In secondo luogo, la tesi si basa su di un presupposto erroneo: la confusione fra il diritto a rifiutare le cure e il diritto a suicidarsi con l'aiuto altrui, laddove, invece, solo nel secondo caso si configurano comportamenti *intenzionalmente* diretti a terminare una vita<sup>64</sup>. Manca soprattutto una plausibile argomentazione, coerente con il principio liberale e con quello democratico, in merito al punto concernente il *dovere di uccidere*, implicato dal presunto diritto al suicidio assistito<sup>65</sup>. Questo, a ben vedere, non rimane affatto confinato in una sfera individuale<sup>66</sup>, ma si caratterizza per la sua *pretensività*<sup>67</sup>. Si tratta di un'*auto*-determinazione che postula l'*etero*-doverosità: l'obbligo del medico e del sistema sanitario tutto di anticipare la *propria* morte in base alla *propria* idea di dignità. Ma è difficile intravedere a quale *dovere costituzionale* possa ancorarsi il dovere di uccidere. Cruciale è l'art. 4 Cost., per cui «ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società»<sup>68</sup>. Ma uccidere colui che ne fa richiesta in base alla propria idea di dignità può davvero ritenersi un dovere e un progresso materiale e spirituale, conforme allo spirito, alla lettera e alla storia costituenti? Può ritenersi, questa, un'ermeneutica ancora ispirata al canone dell'oggettività e della sistematicità?

L'impostazione soggettivistica, apparentemente liberale, ma in realtà *impositiva del dovere di uccidere*, contrasta poi con il principio democratico, nella misura in cui non è in grado di garantire *tutte* le soggettività e di salvaguardare la libertà di *ogni* coscienza<sup>69</sup>. Secondo un'importante giurisprudenza costituzionale, invece, «la sfera intima della coscienza individuale deve esser considerata come il riflesso

<sup>62</sup> Ammesso e non concesso che, con specifico riguardo al suicidio, si possa davvero parlare di comportamento *lecito*. Lo esclude A. RUGGERI, *Il testamento biologico*, cit., § 5, non solo dal punto di vista etico, ma anche nell'ottica costituzionale.

<sup>63</sup> A. BARBERA, *op. cit.*, 157. In tal senso, da ultimo, anche Corte cost., sent. 141/2019, § 6.2, su cui *infra*, § 5.

<sup>64</sup> N.M. GORSUCH, *op. cit.*, 63 e 218. Cfr. pure A. D'ALOIA, *Eutanasia (dir. cost.)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiorn., Torino, 2012, § 7.

<sup>65</sup> L'obbligo in capo agli apparati pubblici di assecondare le richieste autolesive dei singoli è per i penalisti problematico, specie considerando l'assurdità di ritenere incriminabile come violenza privata la condotta di salvataggio di un terzo nei confronti del suicida, laddove, per converso, si dovrebbe scriminare per legittima difesa il comportamento del suicida che uccida il soccorritore (v. per tutti S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Rivista italiana di Medicina Legale*, 2003, 770).

<sup>66</sup> Sull'impossibilità dell'autorealizzazione del suicidio assistito L. MILAZZO, *Il diritto di morire, preso sul serio*, in I. BELLONI, T. GRECO, L. MILAZZO (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, II, Torino, 2016, 75.

<sup>67</sup> Così C. MIRABELLI, Intervento conclusivo al Convegno *La libertà è inviolabile. Anche quella di coscienza*, organizzato da Scienza & Vita, Roma, Sala del Senato S. Maria in Aquiro, 3 aprile 2019.

<sup>68</sup> Sull'art. 4 Cost. e sul dovere costituzionale, seppure incoercibile, di tenersi in vita in ragione dell'apporto che ciascuno è tenuto a dare alla società, A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime note)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, aprile 2009, § 5. *Contra* G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto*, cit., 37 per il quale l'art. 4 va interpretato in un'ottica liberale, per cui ognuno stabilisce cosa concorra al progresso spirituale e materiale della società.

<sup>69</sup> In Canada alcune decine di medici hanno pubblicato un articolo in cui annunciano di voler lasciare il Canada o la professione medica a motivo della diffusione delle pratiche di eutanasia a seguito della legalizzazione, che insidia sia l'incolumità dei pazienti, sia il futuro della medicina in quel Paese (*Euthanasia in Canada: a Cautionary Tale*, in *World Medical Journal*).

giuridico più profondo dell'*idea universale della dignità della persona umana*», che circonda il *nucleo essenziale* dei diritti inviolabili dell'uomo<sup>70</sup>.

Quanto alla storia, se tale diritto al suicidio fosse la manifestazione stessa della dignità e fosse davvero insito nei moderni ordinamenti liberali, come mai non si è delineato al momento della ricostruzione, dell'elaborazione del «diritto dopo la catastrofe»<sup>71</sup>? Se esprime l'umanità del diritto e la compassione solidale<sup>72</sup>, perché non lo si reclama, in ambito internazionale, quale diritto umano per lo sviluppo dei popoli? Non può non osservarsi, fra l'altro, che l'esigua minoranza dei Paesi del suicidio assistito sono quelli del Nord del mondo, benestanti<sup>73</sup>, dove non è da escludersi che domini una cultura efficientista, agli occhi della quale risulta oneroso il numero crescente delle persone debilitate. Inoltre, com'è stato notato, né nella storia moderna, né in quella del *common law* si rinviene alcun antecedente per il diritto al suicidio assistito e all'eutanasia, per ritrovare la quale occorre risalire indietro, oltre l'antica Roma<sup>74</sup>. Si incontra piuttosto, nel V sec. a.C., proprio quando nasce la medicina razionale, il giuramento di Ippocrate, secondo cui l'eutanasia, anche se richiesta dal paziente, non deve essere praticata dal medico. Una linea di condotta tuttora ritenuta «incipit imprescindibile dell'agire medico», come ribadito da ultimo dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici, proprio con riguardo all'ordinanza 207 del 2018 della Corte costituzionale e al comunicato-stampa della Corte costituzionale del 25 settembre 2019<sup>75</sup>, in consonanza con le società scientifiche e i codici deontologici di tutto il mondo<sup>76</sup>. Né pare di poco conto il fatto che, nell'ottobre 2018, sia fallito il tentativo dell'associazione medica olandese e canadese di ottenere che la *World Medical Association* riscrivesse la propria *Declaration on euthanasia*, in base alla quale suicidio assistito ed eutanasia sono contrari all'etica e i medici dei Paesi in cui sono legalizzati non sono tenuti a compiere tali pratiche<sup>77</sup>. Anzi, a conclusione dell'ultima Assemblea annuale della WMA, svoltasi a Tbilisi, in Georgia, dal 23 al 26 ottobre 2019, la ferma contrarietà al suicidio assistito e all'eutanasia sono state ribadite ancor più fermamente<sup>78</sup>. D'altro canto, a rigore,

<sup>70</sup> Corte cost., sent. 467 del 1991, corsivo mio. Ha osservato R. BALDUZZI, Intervento al Convegno *La libertà è inviolabile*, cit., che il diritto all'obiezione di coscienza esprime una *ratio* di coesione, che preserva l'ordinamento dalla disgregazione.

<sup>71</sup> Il riferimento è a G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti* (1950), ora in *Opere*, V, Milano, 1959, 153.

<sup>72</sup> Sull'aiuto alla dignità di chi vuole suicidarsi, G.M. FLICK, *Considerazioni sulla dignità*, Intervista rilasciata ad A. D'Aloia per conto di questa *Rivista*, 2, 2017, 12.

<sup>73</sup> I Paesi in cui è legalmente praticata l'eutanasia sono Belgio, Olanda, Lussemburgo, Canada e, pur non sussistendo una legge ad hoc, la Svizzera. Negli USA, gli Stati di Oregon, Washington, Vermont, Montana, California, Colorado, il District of Columbia.

<sup>74</sup> N.M. GORSUCH, *op. cit.*, 19, 55 e 216.

<sup>75</sup> Cfr. FNOMCeO, comunicaz. n. 41, indirizzata al Presidente del CNB L. D'Avack sulla base di un parere della Consulta Deontologica Nazionale del 14-3-2019 e il comunicato "Il medico di fronte al fine vita? Lenisce il dolore, non uccide", 18 ottobre 2019.

<sup>76</sup> Nell'ultima versione del *Code of Ethics*, l'American Medical Association conferma la contrarietà al suicidio assistito e all'eutanasia e conferma quanto costantemente sostenuto: «*Euthanasia is fundamentally incompatible with the physician's role as healer, would be difficult or impossible to control, and would pose serious societal risks. Euthanasia could readily be extended to incompetent patients and other vulnerable populations [...] Instead of engaging in euthanasia, physicians must aggressively respond to the needs of patients at the end of life*».

<sup>77</sup> WMA, General Assembly, Reykjavik, October 2018. Tale associazione riunisce oltre 10 milioni di medici, nonché 100 associazioni mediche di tutti i continenti.

<sup>78</sup> <https://www.wma.net/policies-post/declaration-on-euthanasia-and-physician-assisted-suicide/>

può qualificarsi *terapeutica* «l'uccisione intenzionale, per azione od omissione, di un essere umano dipendente, per suo presunto beneficio»<sup>79</sup>?

In definitiva, a fronte di una presunta meritevolezza costituzionale del suicidio<sup>80</sup> e quindi dell'aiuto al suicidio, per nulla auto-evidente e priva di antecedenti nella storia degli ordinamenti tanto di *civil law* quanto di *common law*, mancano motivazioni razionalmente persuasive circa la sua deducibilità dalla Costituzione e la sua coerenza con il principio democratico e con quello liberale, come ancora si dirà.

### 5. Le inaccettabili conseguenze di un assoluto neutralismo. L'ordinanza sulla questione di costituzionalità del reato di sfruttamento della prostituzione e la sentenza della Corte costituzionale n. 141 del 2019

La seconda riflessione concerne il paternalismo e il principio di neutralità. Infatti, ove davvero si voglia escludere ogni giudizio dei pubblici poteri sulla vita privata degli individui, dovrebbe coerentemente essere preclusa ogni valutazione circa la concezione di dignità della vita e della morte di ciascuno. Inaccettabile, in quest'ottica, è che lo Stato subordini il diritto al suicidio assistito a condizioni e a verifiche, attraverso una sorta di giudizio di ragionevolezza della richiesta di morire<sup>81</sup>. Non c'è infatti intromissione peggiore nella vita privata di quella che subordina il lasciapassare per la morte al tipo di dolore, alla sua *insopportabilità*, ad esempio. Condizione che, fra l'altro, rischia di risultare scientificamente confutabile e in definitiva ideologica, a fronte dei rimedi offerti dalla moderna farmacologia e dalla medicina palliativa, che includono, com'è ormai noto, la terapia del dolore fino all'eventualità della sedazione profonda, ove necessaria. Oltremodo paternalistico appare poi condizionare l'accesso al suicidio assistito alla sussistenza di una malattia fisica, escludendo quella psichica, sebbene ciò, a detta della Corte EDU, implichi problemi<sup>82</sup>. E in effetti hanno già trovato accoglimento richieste di eutanasia da parte di chi è anziano e stanco della vita o di chi è condannato ad una reclusione prolungata<sup>83</sup>. Fatti che svelano, fra l'altro, l'ipocrisia di una rivendicazione del diritto di morire basata sull'art. 32 Cost., sull'accanimento terapeutico e sul paternalismo medico.

<sup>79</sup> Il riferimento è alla stessa definizione di eutanasia del Consiglio d'Europa, Assemblea parl., risol. n. 1859/2012, cit.

<sup>80</sup> Nella sent. n. 242/2019 (punto 4), la Consulta si è più esattamente riferita a «vuoti legislativi», alla «menomata protezione di diritti fondamentali» e ha affermato, in particolare, di aver lasciato al Parlamento «la possibilità di assumere le *necessary* decisioni rimesse alla sua discrezionalità» (corsivo mio).

<sup>81</sup> Come ha osservato N.M. GORSUCH, *op. cit.*, 98 e come da ultimo ha argomentato R.E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10, 2017.

<sup>82</sup> Al riguardo valgono infatti le obiezioni enunciate nel caso Haas c. Svizzera, 2011. Cfr. inoltre, in Belgio, i problemi che evidenziano il Dossier *L'euthanasie dans les cas de patients hors phase terminale, de souffrance psychique et d'affections psychiatriques*. Synthèse de l'avis n. 73 du comité consultatif de bioéthique de Belgique-11 septembre 2017 ([www.ieb-eib.org](http://www.ieb-eib.org)).

<sup>83</sup> Il riferimento è al caso *Gross c. Svizzera*, in cui la ricorrente ha chiesto l'eutanasia in quanto stanca della vita; è inoltre ai fatti avvenuti in Belgio, dove l'eutanasia è stata praticata ad alcuni detenuti ed è ora richiesta da altri 23 condannati a pene detentive, a motivo della sofferenza psichica derivante dall'assenza di prospettiva, dalla mancanza di considerazione altrui, dalla solitudine, come riferito da Caroline Devynck, criminologa presso la Vrije Universiteit Brussel (VUB) (fonte: Knack.be 2/1/2019).

Di fatto, ove si voglia essere rigorosamente neutrali ed antipaternalisti ed ammettere nell'ordinamento tutte le concezioni di vita e di morte, il diritto di morire dovrebbe essere incondizionato, derivandone altrimenti un'inaccettabile invadenza dello Stato nella vita privata<sup>84</sup>. In altri termini, il presunto diritto di morire non attiene a casi estremi e limitati, ma si configura in termini di assolutezza, postulando in realtà il diritto all'omicidio consensuale<sup>85</sup>. Ma bisogna convenire che è poi difficile impedire, in un ordinamento che legalizzi il diritto all'omicidio, la vendita del proprio corpo o di alcune sue parti, la spettacolarizzazione dei suicidi<sup>86</sup> e, più banalmente, l'uso di droghe<sup>87</sup> e la prostituzione volontaria. Se infatti la dignità consiste nell'autodeterminazione e si accerta l'assenza di coercizione, ogni criminalizzazione finisce per risultare paternalista<sup>88</sup>.

La consistenza reale e tutt'altro che retorica di una tale prospettiva, insinuatasi a poco a poco nella cultura, fino a concretizzarsi in ambito giudiziale, è comprovata dalla questione di costituzionalità sollevata dai giudici della terza sezione penale della Corte d'Appello di Bari, rispetto al reato di sfruttamento della prostituzione di cui alla legge Merlin<sup>89</sup>. Richiama l'attenzione, in particolare, un passaggio dell'ordinanza in cui viene rapportato il principio della «libertà di autodeterminazione sessuale della persona umana», espressione degli artt. 2 e 13 Cost. (che insieme all'art. 41 Cost. garantirebbero la professione delle *escort*) alla tutela della dignità umana così come individuata nel caso Englaro, in quanto, secondo il collegio barese, nella relativa sentenza della Cassazione, «la salvaguardia del principio di libera autodeterminazione è stata spinta sino a legittimare la scelta terapeutica di porre fine alla protrazione della vita vegetativa».

A questa tesi la Corte costituzionale ha risposto con una sentenza importante, la n. 141 del 2019, che, dichiarando infondata la questione, ha ritenuto «incontestabile che, nella cornice della previsione dell'art. 41, secondo comma, Cost., il concetto di “dignità” vada inteso in senso oggettivo: non si tratta, di certo, della “dignità soggettiva”, quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore»<sup>90</sup>. Non senza ricordare che «i diritti di libertà sono riconosciuti dalla Costituzione in relazione alla tutela e allo sviluppo del valore della persona e tale valore fa riferimento non all'individuo isolato, ma a una persona titolare di diritti e doveri e, come tale, inserita in relazioni sociali [...]. Di qui una concezione dell'individuo come persona cui spetta una “libertà di” e non soltanto una “libertà da”»<sup>91</sup>.

Sembra qui riecheggiare quel momento del dibattito in seno all'Assemblea costituente in cui l'impostazione individualista fu concordemente esclusa dalla costruzione del nuovo ordinamento. Significativo l'intervento dell'on. Basso, coautore del testo di compromesso che seguì proprio all'o.d.g. Dossetti, il quale osservò come «tutta la filosofia moderna ha superato nel concetto di personalità il concetto della individualità (...) la individualità dal punto di vista filosofico e giuridico si riferisce ad un

<sup>84</sup> Come rileva R.E. OMODEI, *op. cit.*, 151.

<sup>85</sup> Così infatti G. GEMMA, *Dignità ed eutanasia*, cit., 264.

<sup>86</sup> *Ibidem*, 100.

<sup>87</sup> Ritieni ad es. che drogarsi sia esercizio di una libertà M. AINIS, *Le libertà negate*, Milano, 2004, 143.

<sup>88</sup> Simili considerazioni già in A. BARBERA, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 2016, 154.

<sup>89</sup> Atto di promovimento 6 febbraio 2018, ord. n. 71 (GU 1a Serie Speciale - Corte Cost. n.19 del 9-5-2018). Cfr. al riguardo A. BONOMI, *Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Consultaonline*, 22 marzo 2018.

<sup>90</sup> § 6.1. motiv. in dir.

<sup>91</sup> § 5.1.

ipotetico uomo isolato. La persona non può essere considerata giuridicamente se non in funzione delle molteplici relazioni, non soltanto materiali ma anche spirituali e, volendo, anche extramondane, che essa ha con il mondo in cui vive, sia in riferimento al presente, che all'avvenire ed anche al passato»<sup>92</sup>. Della sentenza n. 141 del 2019 va poi rimarcato il punto in cui si nota che, in questa materia, «la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida già sul piano teorico», venendo in rilievo fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali. Può trattarsi non soltanto di fattori di ordine economico, ma anche di situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali, capaci di indebolire la naturale riluttanza verso una "scelta di vita" quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede»<sup>93</sup>. Come infatti può osservarsi, si tratta di considerazioni che valgono anche per il presunto diritto al suicidio, dove pure rileva una nozione oggettiva della dignità della persona e dove, del pari, la «naturale riluttanza» verso questa scelta può essere condizionata da diversi fattori.

La disgiunzione fra uomo e persona e l'affermazione per cui la dignità umana sarebbe da intendersi in senso soggettivo è solo apparentemente liberale. Si tratta invece di una concezione disgregante che non si fa carico della realtà e dei condizionamenti che pone. Inoltre, racchiude in sé la radice selettiva del pensiero su cui si fonda<sup>94</sup>. Non si tratta solo di timori: i dati che provengono dal Belgio e dai Paesi Bassi indicano che l'eutanasia, teoricamente invocata in base al principio di autonomia, finisce ben presto per essere praticata nei confronti di pazienti incapaci di esprimere il consenso<sup>95</sup>, mentre i suicidi medicalmente assistiti si vanno correlando ai trapianti di organi<sup>96</sup>. Non mancano poi istanze volte ad

<sup>92</sup> Atti A.C., Prima Sottocomm., resc. sommario 10 sett. 1946, 24. Cfr. anche il BVerfGE 4, 7, 15 (1954), secondo cui l'immagine dell'uomo della Legge fondamentale non è quella di un individuo isolato, sovrano, quanto piuttosto quella di una relazione fra l'individuo e la comunità, nel senso di una dipendenza personale e di un impegno per la comunità, senza intaccare il valore di ogni singola persona.

<sup>93</sup> § 6.1.

<sup>94</sup> Sul rischio di una deriva selettiva e particolaristica discendente da una declinazione ortodossa della teoria di Luhmann, V. BALDINI, *Teoriche della dignità*, cit., 11.

<sup>95</sup> Solo il riferimento all'ultimo biennio, in Belgio il Rapport de la Commission d'Evaluation de l'Euthanasie 2016-2017, disponibile su Internet, riporta diversi casi ufficiali di eutanasie praticate nei confronti di malati di depressione, bipolarità, demenza, Alzheimer, nevrosi, schizofrenia, autismo. Dinanzi alla Corte di Strasburgo pende ora un ricorso (Mortier c. Belgio), promosso dal figlio di una paziente che soffriva di depressione e che "è stata suicidata" all'insaputa dello stesso. Quanto all'Olanda, il documento della KNMG *Euthanasia in Netherlands*, del 2017, menziona i pazienti dementi e le persone con disturbi mentali fra quelli ricompresi nelle finalità della legge (<https://www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/euthanasia-in-thenetherlands.htm>). Cfr. poi L. THIENPONT ET AL., *Euthanasia requests, procedures and outcomes for 100 Belgian patients suffering from psychiatric disorders: a retrospective, descriptive study*, in *BMJ Open*, 2015; M. BROOKS ET AL., *Assisted Suicide for Dementia or Those "Tired of Living"?*, in *Medscape*; N.A. MELVILLE ET AL., *Assisted Suicide for Mental Illness Gaining Ground*, in *Medscape*.

<sup>96</sup> Nei Paesi Bassi vige una direttiva sulla donazione di organi contestualmente all'eutanasia (<https://www.transplantatiestichting.nl/files/2019%20Donatie%20na%20euthanasie/richtlijn-orgaandonatie-na-euthanasie-versie-1.3-def.pdf?92493b64d2>) e vengono offerte molte informazioni su tale possibilità (<https://www.transplantatiestichting.nl/donatie-transplantatie/orgaan-en-weefsel-donatie-na-euthanasie>). In Canada alcuni medici della Western University (Ontario) e Robert Truog, bioeticista della Harvard Medical School hanno chiesto di poter modificare la previsione legislativa per cui occorre attendere la morte prima dell'espanto, in modo da poter procedere a trapianti da persona vivente sedata, cui seguirebbe l'eutanasia in sala operatoria e non attraverso somministrazione di "sostanza" (fonte BioEdge). In letteratura: J. BOLLEN ET AL., *Legal and ethical aspects of organ donation*

una legalizzazione espressa dell'eutanasia nei confronti dei pazienti dementi<sup>97</sup>. In nome di un nuovo diritto civile e progressista, si crea così una seconda classe di cittadini<sup>98</sup> e, quindi, una nuova categoria di soggetti deboli<sup>99</sup>.

## 6. L'intrinseca dignità della vita umana, come bene da proteggere senza deroghe, fondamento dell'esperienza costituzionale e giuridica

La terza considerazione concerne infine il nodo fra la dignità e la vita umana, da cui si era partiti. Al riguardo, *in primis*, non si può fare a meno di notare l'esito nichilistico cui conduce questa visione dissociata<sup>100</sup>, che effettivamente «erige il nulla della morte a principio della vita»<sup>101</sup>: la libertà si pone contro la vita del suo titolare e pretende persino di esprimere, con ciò, il senso dell'ordinamento. Un esito che per il sentire comune, ancor prima che per il diritto costituzionale, europeo ed internazionale, per il *common law* e per l'etica medica consolidata, risulta, prima di tutto, disumano. Lo stesso Dworkin ammise che anche gli atei sentono istintivamente che il suicidio assistito e l'eutanasia sono problematici, perché l'interpretazione per cui *human life is sacred* è sia religiosa, sia secolare<sup>102</sup>. Una constatazione interessante, specie qualora ci si interroghi sul *perché*. Rivela infatti quanto originario sia il senso del rispetto di ogni vita in ragione della sua intrinseca dignità, talmente basilare e universale da essere auto-evidente<sup>103</sup>, perché si basa su di un'esperienza così elementare, da non richiedere alcuna argomentazione logica, né alcuna specifica credenza religiosa<sup>104</sup>.

Si tratta di un'esperienza a motivo della quale tutti condannano, con la consapevolezza che si tratti di un patrimonio comune ad ogni uomo, il cannibalismo, i sacrifici umani, la tortura, la discriminazione razziale<sup>105</sup>. Una condanna universale che implica il senso del rispetto *assoluto* per qualsiasi vita umana,

---

*after euthanasia in Belgium and the Netherlands*, in *J Med Ethics*, 2016; J. BOLLEN ET AL., *Organ donation after euthanasia in children: Belgian and Dutch perspectives*, *Arch Dis Child*, 2018.

<sup>97</sup> A tal fine una lettera aperta del 6 ottobre 2018 del Presidente della commissione belga sul controllo dell'eutanasia, Wim Distelmans, ha chiesto di modificare la legge vigente; ad Anversa, durante il convegno del marzo 2019 del consorzio medico LEIF (*LevensEinde Informatie Forum*), molti si sono espressi a favore di questa modifica, così da permettere l'eutanasia ai pazienti con demenza in stato avanzato (fonti: De Morgen, Het Laatste Nieuws, De Standaard); in Canada l'Université de Sherbrooke e l'*Association des proches aidants de la Capitale-Nationale* hanno pubblicato dati che mostrano il consenso dei parenti per l'eutanasia dei dementi e dei malati di Alzheimer (cfr. [www.vivredignite.org/actualite/quebec/actualite-2017](http://www.vivredignite.org/actualite/quebec/actualite-2017)).

<sup>98</sup> Cfr. già N.M. GORSUCH, *op. cit.*, 163. Cfr. A. SPADARO, *I "due" volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Pol. del dir.*, § 7.

<sup>99</sup> Sul problema già I. NICOTRA, *"Vita" e sistema dei valori nella Costituzione*, Milano, 1997, 143 nt. 193 e A. D'ALOIA, *Diritto di morire*, *cit.*, 618.

<sup>100</sup> Sulla «"tirannica" affermazione» del punto di vista soggettivo, che si rivolta persino contro se stesso, «risolvendosi nella sua stessa negazione», cfr. A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo*, *cit.*, 393.

<sup>101</sup> L'espressione è di S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, Milano, 1984, 64.

<sup>102</sup> R. DWORKIN, *Life's Dominion.*, *cit.*, 195.

<sup>103</sup> P. CAROZZA, *op.cit.*, 629.

<sup>104</sup> N.M. GORSUCH, *op. cit.*, 158, che ricorda come Aristotele, nell'Etica Nicomachea, asserì l'esistenza di beni umani basilari non già in ragione di un percorso argomentativo, ma in base alla semplice esperienza umana e all'osservazione.

<sup>105</sup> Cfr. M. CARTABIA, *Esperienza elementare, esigenza di giustizia e diritti umani*, in *Esperienza elementare e diritto*, in A. SIMONCINI, L. VIOLINI, P. CAROZZA, M. CARTABIA (a cura di), Milano, 2011, 110.

a motivo della sola appartenenza al genere umano, *erga omnes*. Nessuno potrebbe infatti negare dignità ad un'esistenza umana senza negare, *de facto*, la validità del concetto stesso di dignità<sup>106</sup>. Di qui, anche, l'inammissibilità di ogni comportamento che consista nel porre intenzionalmente termine ad una vita<sup>107</sup>. Ammettere una deroga – abilitare qualcuno ad interrompere la vita di qualcun altro, sia pure in base ad una sua richiesta “autodeterminata” e in casi limitati, come permette la citata sent. n. 242/2019 della Corte costituzionale – implica accettare che la vita non è una ragione sufficiente né è dignitosa in sé, ma è un bene subordinato ad altri, funzionale<sup>108</sup>. E se un bene è strumentale, non è inviolabile, né assoluto<sup>109</sup>. Non può essere strumentale e assoluto al contempo. Per gli stessi motivi sarebbe inaccettabile qualsiasi deroga al divieto costituzionale di pena di morte, anche ove questa fosse richiesta dallo stesso soggetto capace, in casi limitati e all'esito di una scelta fra altre pene. Del resto, l'art. 2 Cost. riconosce, non rinvia all'auto-riconoscimento che ciascuno vorrà fare di sé, in base alla propria percezione e alla propria volontà; garantisce, non rinvia all'auto-determinazione<sup>110</sup>. Quanto all'art. 2 CEDU, sul diritto alla vita, la Corte Edu ha affermato che non è formulato come un diritto di libertà, come la possibilità o meno di associarsi; non attiene infatti all'esercizio di una scelta; non concerne inoltre né la qualità della vita, né ciò che una persona scelga di fare con la propria vita, ma comporta piuttosto l'obbligo dello Stato di proteggere la vita<sup>111</sup>.

Ciò non implica una sorta di superiorità gerarchica della dignità sulla disponibilità della vita, né una compressione dell'autodeterminazione individuale in nome della dignità<sup>112</sup>. Neppure significa che la dignità si traduca in una conservazione incondizionata della propria esistenza, a tutti i costi, attraverso

<sup>106</sup> E.W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, Brescia, 2010; R. SPAEMANN, *Persone. Sulla differenza tra “qualcosa” e “qualcuno”*, (1996), Roma-Bari, 2005; ID., *Sulla nozione di dignità umana*, in *Natura e ragione. Saggi di antropologia*, Roma, 2006, 69.; P. BECCHI, *Il principio di dignità umana*, Brescia, 2009; F. VIOLA, *Dignità umana*, in *Enc. Filos.*, vol. 3, Milano, 2006, 2863. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in *Pol. del dir.*, 3, 1991. Cfr. anche G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in archivio AIC, 14 marzo 2008, § 4, per il quale la dignità si identifica con la persona. Cfr. da ultimo A. GOMEZ MONTORO, *¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad?*, in M. ARAGÓN REYES, J. JIMÉNEZ CAMPO, C. AGUADO RENEDO, A. LÓPEZ CASTILLO, J.L. GARCÍA GUERRERO (a cura di), *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a J. J. Solozabal Echavarria*, Madrid, 2019.

<sup>107</sup> Osserva G. BALDINI, *Teoriche della dignità umana*, cit., 21, che, «quale fondamento primo ontologico, intimamente connesso con l'esistenza dell'uomo, la dignità umana finisce di fatto per legarsi indissolubilmente con la tutela costituzionale della vita».

<sup>108</sup> N.M. GORSUCH, *op. cit.*, 164.

<sup>109</sup> M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, 509, qualifica beni *oggettivi e finali* la salvaguardia della vita e della salute del malato e *procedurale e strumentale* il bene rappresentato dall'autonomia del soggetto. Cfr. sul punto A. SPADARO, *I “due” volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, Torino 2016, 2296. Sull'assoluta primazia dell'uomo su ogni altro “Bene” esistente in natura, V. BALDINI, *Teoriche della dignità*, cit., 7.

<sup>110</sup> Sulla prospettiva oggettiva della dignità umana, che trascende la volontà dei singoli, come trapela dalle stesse disposizioni costituzionali (ad es. dall'art. 36) cfr. A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. n. 207 del 2018)*, ora anche in M. RONCO (a cura di), *Il “diritto” di essere uccisi*, cit., 1.

<sup>111</sup> Cfr. sent. *Pretty c. Regno Unito*, § 39.

<sup>112</sup> Questo è tuttavia il senso che hanno ricavato dal mio *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative*, cit., G. GEMMA, *Dignità ed eutanasia*, cit., 253, 254, 255 e 259 e G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto*, cit., 55.

l'obbligo di trattamenti gravosi, secondo una concezione vitalista<sup>113</sup>. Quel che ritengo fondamentale - e che non implica affatto le precedenti conclusioni, che non appartengono al mio pensiero, è che «l'autodeterminazione, se certamente è una componente importante dello statuto della persona umana, non è il criterio per discriminare fra chi possiede dignità e chi non la possiede»<sup>114</sup>. Neppure «costituisce un "generale diritto alla libertà", il cui contenuto coincide con le preferenze personali di ciascun individuo; lo Stato di diritto costituzionale, infatti, non ammette poteri totalitari, neppure se questi poteri siano espressione di pretese individuali»<sup>115</sup>. Piuttosto, la dignità presuppone la vita, fa tutt'uno con essa, è fondata dalla stessa e le due nozioni sono vicendevolmente legate<sup>116</sup>, formando una pietra angolare della società e della nostra identità costituzionale.

Considerare la dignità come inerente ad ogni essere umano è pertanto il più democratico dei principi<sup>117</sup>. C'è infatti una relazione molto stretta fra questo riconoscimento e l'uguaglianza come «pari dignità sociale»<sup>118</sup>. E tale relazione, lungi dal poggiarsi su «formule di contenuto indeterminato», su «principi generali» o «programmi»<sup>119</sup>, è alla base dell'ordinamento giuridico, secondo la formulazione letterale degli art. 2 e 3 Cost., che esprimono il rifiuto tanto di posizioni totalitarie, quanto individualistiche. Del resto, è l'esperienza stessa a dimostrare la vicendevole dipendenza fra gli esseri umani. Anzi, com'è stato magistralmente indicato, la relazione con l'altro è costitutiva dell'io, perché l'individuo nella relazione con l'altro si comprende come individuo<sup>120</sup> e riconosce la pari dignità di ciascuno. Contraddice la pari dignità sociale, invece, ed è democraticamente pericolosa, una concezione della dignità umana legata non già al semplice essere in vita, all'*humanitas*<sup>121</sup>, ma consistente in capacità funzionali, come l'autonomia, l'auto-determinazione e l'auto-creazione<sup>122</sup>. Resta infatti l'enorme margine della dignità degli esseri umani a cui tali qualità mancano, che invece il dato positivo costituzionale (cfr. spec. artt. 2, 3 e 38) ha inteso considerare meritevoli di maggior tutela, anziché di minore

<sup>113</sup> Al contrario, come ho già scritto, accanimento terapeutico ed eutanasia sono due facce della stessa medaglia, entrambe figlie del tecnicismo disumanizzante, legate alle logiche economiciste del profitto legato all'impiego di costosi farmaci e macchinari ovvero, all'opposto, del risparmio, inteso come disimpegno sanitario nei confronti di chi è improduttivo. (G. RAZZANO, *Dignità nel morire*, cit., 279).

<sup>114</sup> G. RAZZANO, *op. cit.*, 39.

<sup>115</sup> A. MORRONE, *op. cit.*, 10.

<sup>116</sup> A. RUGGERI, *Fraintendimenti*, cit., 93; ID., *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consultaonline*, 3-6-2018, 392; ID., *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 15-4-2014.

<sup>117</sup> Come ha affermato la *Select Committee on Medical Ethics* della House of Lords, che concluse i propri lavori nel 1994, raccomandando di continuare a configurare penalmente il suicidio assistito con il *Suicide Act*, il principio per cui la vita umana è intrinsecamente degna e meritevole di tutela «*is the cornerstone of law and of social relationships. It protects each one of us impartially, embodying the belief that all are equal*».

<sup>118</sup> L. EUSEBI, *Dignità umana e indisponibilità della vita*, in E. FURLAN (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, 203.

<sup>119</sup> Così G. GEMMA, *Dignità ed eutanasia*, cit., 255. Per G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto*, cit., 46, i concetti di sacralità della vita e di dignità dell'uomo sarebbero «parassitari» (in quanto paternalisti pur dissimulandolo) e «affetti da grave indeterminatezza semantica».

<sup>120</sup> S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., 60.

<sup>121</sup> Secondo l'espressione di A. RUGGERI, da ultimo in *Fraintendimenti concettuali*, cit., 101.

<sup>122</sup> Fra l'altro la Corte EDU, nella sent. *Pretty*, § 39, esclude che il diritto alla vita comprenda la tutela dell'auto-determinazione intesa come scelta fra la vita e la morte.

dignità<sup>123</sup>. Come emerge coralmemente dai dibattiti in Assemblea costituente<sup>124</sup>, sono i bambini, gli anziani, i disabili e le persone con capacità compromessa o del tutto mancante i soggetti che maggiormente si intende garantire; proprio quelli privi di quella capacità di autodeterminazione in cui si vorrebbe far consistere la dignità.

Special Issue

---

<sup>123</sup> Sul riconoscimento generalizzato ad ogni uomo dell'attributo della dignità connesso alla sola condizione della sua esistenza in vita, e non subordinato alla condizione fisica o mentale della singola persona (da cui conseguirebbe al contrario una *dignità limitata* per coloro che non sono autonomi), cfr. V. BALDINI, *Teoriche della dignità umana e loro riflessi*, cit., 9.

<sup>124</sup> Fra i tanti passaggi significativi nel dibattito in seno all'Assemblea costituente, cfr., in tema di assistenza e previdenza, la relaz. di G. Togni, Terza Sottocomm., 11 settembre 1946, resoc. somm., 20, in cui si legge: «Se l'uguaglianza, infatti, comprende il diritto alla vita, come non alimentare tale sacrosanto diritto in maniera concreta, al di là delle nuove formule?». Si sostiene quindi la necessità di garanzie anche per la vecchiaia, per l'incapacità fisica e psichica, l'inabilità, l'invalidità, cosicché previdenza e assistenza abbiano un contenuto più largo: «L'indispensabile per i bisogni quotidiani, che comprende il conforto per il minimo di agio e riesca apportatore di sereno amore alla vita e non costituisca invece, fomite di odio alla vita».





# Il principio d'eguaglianza nell'ambito del Biodiritto

Cinzia Piciocchi\*

BIOLAW AND THE PRINCIPLE OF EQUALITY.

ABSTRACT: The article deals with the principle of equality in the field of biolaw. It takes into consideration some examples concerning fundamental rights and freedom, in the light of the relationship between law and science. It considers informed consent as an instrument of equality and analyses the role played by science in the field of biolaw.

KEYWORDS: Equality; informed consent; law and science; end of life decisions; human dignity

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Nel dialogo tra diritto e scienza le persone sono tutte eguali, i saperi invece no – 2.1 L'eguaglianza e la dignità delle persone – 2.2. Eguaglianza e saperi – 2.3 Il consenso informato come strumento di "riequilibrio" – 3. Eguaglianza e malattia – 3.1 Alla fine della vita – 3.2 La malattia alla luce dell'art. 3 secondo comma della Costituzione – 4. La portata descrittiva e prescrittiva dell'eguaglianza, tra dimensione privata e pubblica delle scelte individuali

## 1. Introduzione

Nell'ambito del diritto nazionale e comparato, l'eguaglianza rappresenta un tema "classico", che si affronta nelle primissime lezioni dei corsi di Diritto costituzionale, quando si analizzano le origini dello Stato di diritto e del costituzionalismo, in particolare nelle dichiarazioni post-rivoluzionarie francese ed americana del XVIII secolo<sup>1</sup> Nell'affermazione del principio che «tutti gli uomini» sono creati eguali in diritti e libertà si rinviene uno dei fondamenti delle Costituzioni moderne, ma al contempo emerge la natura apparentemente contraddittoria dell'eguaglianza, che si afferma in relazione ad un parametro non esplicitato ma preciso, per cui in quel «tutti» sono inclusi in realtà solo alcuni, non gli schiavi o le donne ad esempio, secondo criteri inizialmente circoscritti ad uomini, liberi, bianchi, alfabetizzati e benestanti.

La contraddizione si dipana riconoscendo la duplice natura del principio di eguaglianza, ricognitiva e propulsiva, che è frutto del tempo in cui si afferma, ma che traccia anche le linee di un percorso volto all'inclusione di nuove realtà. Un principio quindi perennemente in evoluzione, insieme descrittivo e prescrittivo: nel tempo, quel «tutti» sarà esteso ulteriormente, a comprendere chi da esso era escluso, secondo un processo in atto anche oggi a fronte di gruppi ed individui che rivendicano diritti e libertà in nome di un'eguaglianza, che è interpretata in riferimento ai valori del tempo in cui è elabo-

\* *Professoressa Associata di Diritto Costituzionale Comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento. Mail: [cinzia.piciocchi@unitn.it](mailto:cinzia.piciocchi@unitn.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

<sup>1</sup> La bibliografia sul principio di eguaglianza è molto ampia; il presente scritto si limita a citare i contributi attinenti alle problematiche specifiche di biodiritto qui trattate.

rata, ma che riflette anche i mutamenti sociali che la giurisprudenza, in particolare costituzionale, in parte accoglie ed in parte propugna<sup>2</sup>.

L'eguaglianza sarà alla base del processo di de-segregazione razziale, dell'emancipazione femminile, così come si trova oggi al centro delle rivendicazioni di riconoscimento ad esempio di nuove forme di famiglia o di nuove categorie di lavoratori. A tale processo espansivo contribuirà anche la costituzionalizzazione sempre più intensa di un altro principio, la dignità che, specie nel secondo dopoguerra, avrà un ruolo cruciale innestandosi sul principio di eguaglianza, a rafforzare l'idea che, in nome di essa, l'eguaglianza spetti veramente a «tutti»<sup>3</sup>.

Nell'ordinamento costituzionale italiano il principio d'eguaglianza fonda un metodo di analisi a struttura triadica, attraverso il quale la Corte costituzionale ne verifica il rispetto nel confronto con il *tertium comparationis*. Dall'eguaglianza deriva poi un altro principio fondamentale nella valutazione di costituzionalità delle leggi, la ragionevolezza, che finirà per emanciparsi acquisendo rilevanza autonoma ed imponendo alle norme un onere di coerenza, in particolare tra presupposti ed obiettivi<sup>4</sup>.

Nella Costituzione italiana, come noto, l'art. 3 prevede due dimensioni del principio d'eguaglianza: la non discriminazione, tipizzata secondo criteri non esaustivi e soggetti ad evoluzione (che possono includere quindi parametri ulteriori quali, ad esempio, orientamento sessuale o le caratteristiche genetiche) di cui al primo comma dell'art. 3. Al secondo comma, è invece prevista l'eguaglianza sostanziale: quest'ultima può essere rappresentata come una pista d'atletica, in cui si disallineano i blocchi di

<sup>2</sup> In questo senso, cfr. L. FERRAJOLI, *L'uguaglianza e le sue garanzie*, in M. CARTABIA, T. VETTOR, *Le Ragioni dell'Uguaglianza*, Milano, 2009, 40: «È questa storicità della dimensione semantica e al tempo stesso pragmatica del principio di uguaglianza che ci consente di risolvere un'apparente aporia: il fatto che esso sia stato originariamente pensato e modellato su parametri maschili, borghesi e di classe, e che tuttavia abbia mantenuto e conservi tuttora, grazie alle lotte da esso orientate e alle nuove soggettività da esso promosse, un carattere permanentemente rivoluzionario. Le due valenze del principio – l'una conservatrice e mistificatoria l'altra demistificatrice e rivoluzionaria – si collegano, rispettivamente, al suo uso in senso descrittivo che prende per "vera" l'uguaglianza volta a volta modellata su parametri di parte ignorandone le violazioni in danno di chi ne è escluso, e al suo uso in senso prescrittivo, che consente invece di leggere e di contestare come sue violazioni le concrete disuguaglianze e discriminazioni».

<sup>3</sup> Sulla «Rivoluzione della dignità» e sulla portata di questo principio cfr., S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2015, *passim*.

<sup>4</sup> Cfr. la *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2006*, in occasione della conferenza stampa del Presidente Franco Bile, 8 febbraio 2007: «In estrema sintesi, l'eguaglianza viene intesa come divieto sia di arbitrarie distinzioni normative tra situazioni omologhe sia di arbitrarie parificazioni fra situazioni differenti: il giudizio si svolge attraverso il raffronto fra la norma impugnata ed un'altra disposizione, il *tertium comparationis*, che rappresenta il termine di paragone, in quanto regola situazioni del tutto omogenee alle prime. In tale tipologia di giudizio la "ragionevolezza" entra come sinonimo di "giustificatazza" – o meno – delle disparità di trattamento. Questo era, alle origini, il significato principale della ragionevolezza: infatti, il concetto veniva pressoché costantemente applicato all'eguaglianza, dalla quale aveva preso le mosse. Muovendo da quel tradizionale ambito, la ragionevolezza ha, però, conosciuto una progressiva espansione ed ha nel corso degli anni acquisito dignità *ex se*: mediante un giudizio che prescinde dal confronto della norma censurata con il *tertium comparationis*, la Corte valuta, oggi, sempre più frequentemente, o la coerenza della norma rispetto alla *ratio* che la ispira, o la sua non contraddittorietà rispetto al sistema, o la non manifesta inidoneità degli strumenti predisposti dal legislatore per conseguire un determinato fine, con un controllo che comporta via via considerazioni di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità, coerenza, ma che non incide sul merito della normativa» (si può leggere nel sito della Corte costituzionale italiana [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)). Sulla struttura triadica in relazione al *tertium comparationis*, anche in rapporto ai criteri di coerenza e ragionevolezza, cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 110.

partenza, in considerazione della strada più lunga che alcuni debbono percorrere. Ne deriva un obbligo dello Stato di vedere e saper riconoscere le diseguaglianze e farsene carico, senza attribuire un risultato, ma la possibilità di raggiungerlo, attraverso il riallineamento di chi parte da posizioni di svantaggio.

Entrambe le dimensioni del principio d'eguaglianza, formale e sostanziale, s'intersecano sovente con le tematiche di biodiritto<sup>5</sup>, in ambiti tra loro diversi in cui però emerge un comune elemento di complessità: il ruolo della scienza. Le controversie giudiziarie ed i giudizi di costituzionalità si confrontano con elementi di natura tecnico-scientifica, con tutta la complessità che il dialogo interdisciplinare reca con sé: i giuristi devono acquisire un lessico, in cui parole come «clonazione», «editing genetico» o «donazione mitocondriale» non siano oggetti misteriosi, ma assumano un orizzonte di significato che dia un senso alle problematiche giuridiche che essi aprono<sup>6</sup>.

L'onere dell'interdisciplinarietà non incombe solo sulla dottrina, ma coinvolge anche ed *in primis* il livello istituzionale, poiché i poteri dello Stato dialogano costantemente con la scienza, in tutti gli ambiti del biodiritto. Questo dialogo però si costruisce su di una premessa in contraddizione con l'eguaglianza: nel dialogo tra diritto e scienza, non tutti i saperi sono uguali.

## 2. Nel dialogo tra diritto e scienza le persone sono tutte eguali, i saperi invece no

### 2.1. L'eguaglianza e la dignità delle persone

Il principio d'eguaglianza nell'ambito del biodiritto è stato causa di mutamenti importanti, ad esempio con riferimento alla legge n. 40 del 2004 che, come noto, è stata modificata in modo sostanziale dalla Corte costituzionale. Le pronunce con cui la Corte ha “demolito” parti della legge hanno sovente invocato sia il principio di eguaglianza, sia la ragionevolezza: a partire dalla prima sentenza della Corte costituzionale in argomento, la n. 151 del 2009, con la quale è stato cancellato il limite della creazione di soli tre embrioni destinati ad un unico impianto. La norma è stata ritenuta incostituzionale, soprattutto alla luce dell’“invasione di campo” della politica nei confronti della scienza ed anche in contrasto con l'eguaglianza poiché, predeterminando la creazione di embrioni in numero eguale per tutte le donne, la legge non aveva considerato come in realtà le donne stesse differiscano le une dalle altre per condizioni di salute, età e condizioni cliniche. L'eguaglianza tra le coppie aspiranti genitori, invece, ha svolto un ruolo importante nell'abrogazione delle norme relative al divieto di ricorso alla fecondazione eterologa<sup>7</sup>, sia del divieto di analisi genetica pre-impianto<sup>8</sup>. L'eguaglianza è stata anche al centro di altre pronunce, ad esempio in tema di libertà di cura, a partire dalla sentenza n. 185 del 1998 in cui la Corte costituzionale estese la possibilità di accesso alla “sperimentazione” della

<sup>5</sup> Sul rapporto specifico tra principio d'eguaglianza e biodiritto, cfr. ad es. A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2017, in particolare 10 ss.; A. D'ALOIA, *Biodiritto*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di Filosofia del Diritto*, II, Torino, 2012, 37 ss.; P. VERONESI, *Bioetica e Costituzione*, in A. PUGIOTTO (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale*, Napoli, 2013, in particolare 71 ss.

<sup>6</sup> Sul tema dell'interdisciplinarietà ed *amplius* cfr. L. CHIEFFI (a cura di), *Frontiere mobili: implicazioni etiche della ricerca biotecnologica*, Milano, 2014.

<sup>7</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014.

<sup>8</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 229 del 2015.

“multiterapia Di Bella” a tutti i pazienti, sul comune fondamento della mancanza di alternative terapeutiche. Anni dopo, nel 2014, la Corte costituzionale si occuperà nuovamente dei pazienti senza possibilità di cura in relazione alla vicenda della “cura Stamina”, affermandone l’eguaglianza in relazione al principio di cautela della validazione di nuovi farmaci, rispetto al quale nessuno è sottratto<sup>9</sup>. Un’eguaglianza, quella tra i pazienti, difficile da definire in presenza di situazioni dolorose e spesso di complessa gestione da parte degli stessi poteri pubblici, che devono fornire risposta alle richieste in merito alla definizione dei confini della cura per chi non abbia “niente da perdere”. Il Comitato nazionale per la bioetica fornisce una risposta in una nota giuridica del 2015, con parole attente e partecipative, in cui l’eguaglianza si unisce alla dignità, per cui in nessun caso i pazienti si trasformano «da vittime da soccorrere in cavie da sfruttare»<sup>10</sup>.

Ed è sempre in nome dell’eguaglianza che si disegna la portata dell’art. 32 della Costituzione che, nella prospettiva sopra citata, spetta a «tutti» quando ne sia in gioco il nucleo essenziale, anche in virtù della dignità umana, che risulterebbe altrimenti negata. In questa prospettiva, quindi, il principio di eguaglianza attraversa la maggioranza delle tematiche che hanno dato luogo a controversie ed in particolare ai giudizi di costituzionalità che, in nome di tale principio, hanno decretato l’incostituzionalità di norme ritenute irragionevoli o discriminatorie, quindi eccessivamente restrittive. Nuovamente, si pone la definizione di chi rientri in quei «tutti» ai quali spetta il diritto alla salute, perlomeno nel suo nucleo intangibile, secondo una prospettiva che, nella giurisprudenza costituzionale italiana, appare inclusiva.

## 2.2 Eguaglianza e saperi

Va però segnalato anche un aspetto meno evidente, rispetto ai casi in cui l’eguaglianza è assunta a fondamento del riconoscimento di diritti degli individui. Se il biodiritto indica un ambito che richiede competenze interdisciplinari – poiché si trova all’intersezione delle discipline giuridica, scientifica ed

<sup>9</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 274 del 2014: «Le 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, non ricorrono, dunque, nei riguardi di altri pazienti che quel trattamento successivamente chiedano che sia loro somministrato. In relazione a detti soggetti non trova, infatti, giustificazione una deroga al principio di doverosa cautela nella validazione e somministrazione di nuovi farmaci. E ciò pertanto, di per sé, all’un tempo esclude, sia che tra le due categorie di pazienti poste in comparazione sussista la violazione del precetto dell’eguaglianza ipotizzata dal rimettente, sia che possa prospettarsi lesa il diritto alla salute o violato il dovere di solidarietà nei confronti dei pazienti per i quali non può darsi avvio presso strutture pubbliche al trattamento in questione dopo l’entrata in vigore del d.l. n. 24 del 2013».

<sup>10</sup> Cfr. Comitato nazionale per la bioetica, nota giuridica del 27 febbraio 2015, *Cura del caso singolo e trattamenti non validati (c.d. “uso compassionevole”)*, 16: «Dinanzi a trattamenti non ancora adeguatamente sperimentati, il consenso informato, pur con tutti i limiti dovuti alla particolarità della situazione, può in parte essere solamente una dichiarazione di assunzione personale di rischio, considerato valido solo se espresso a seguito del confronto con medici che condividano la ragionevolezza della richiesta. L’assenza di terapie validate non può però rendere legittimo un consenso verso una presunta cura priva di qualsiasi giustificazione razionale e fondata solo sulla volontà del paziente. Altrimenti si corre il rischio di trasformare i pazienti da vittime da soccorrere in cavie da sfruttare. È facile passare dalla compassione all’illusione, finendo per avallare pratiche che non hanno nessuna giustificazione nel nostro ordinamento giuridico e nessun fondamento scientifico e bioetico».

etica – esso presume una dimensione costantemente dialogica, con saperi ben determinati. Nell'ambito del rapporto tra le norme giuridiche e la scienza si assiste sovente alla rivendicazione di eguaglianza tra “competenze”, specie quando le conoscenze scientifiche siano assunte alla base di decisioni politiche e quindi legislative. Il recente dibattito in merito alla disciplina giuridica delle vaccinazioni ne è un esempio, poiché “saperi” differenti hanno prospettato la dannosità di tale pratica, sulla base di assunti diversi da quelli scientifici, rivendicando un ruolo sia nel dibattito pubblico, sia in quello politico-legislativo.

In questa prospettiva, il biodiritto presuppone invece una diseguaglianza, poiché non tutto è “scienza” e le conoscenze non svolgono tutte lo stesso significato. Nell'ambito più generale del diritto, la conoscenza comune non è assente e riveste un ruolo importante, poiché è assunta a presupposto di responsabilità in diverse fattispecie, facendo parte del patrimonio di nozioni ben rappresentate dai fondamenti che guidano il comportamento del “buon padre di famiglia” nelle attività quotidiane: dal mettersi alla guida di un autoveicolo, alla diligenza richiesta nelle attività anche più semplici e quotidiane. Come è stato notato in dottrina, la conoscenza ordinaria orbita principalmente nell'ambito della responsabilità, mentre la conoscenza scientifica si muove più in quello della libertà: anche da questo punto di vista, si distinguono le conoscenze che si svolgono nell'ambito di elementi contingenti, da quella che presumono connotati assiologici sistematici ed organizzati<sup>11</sup>. La scienza con cui si confronta il biodiritto è del secondo tipo, quindi orbita nell'ambito prevalente della libertà, che si manifesta non solo nelle declinazioni quali la libertà di ricerca scientifica e le istanze che ad essa di correlano, ma anche in una autonomia, che rappresenta un limite all'attività del legislatore. Come evidenziato a partire dalle sentenze della Corte costituzionale n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003 (ma il medesimo principio sarà ribadito anche in pronunce successive), la scienza rappresenta un territorio che le norme giuridiche circondano di confini, ma che rispettano quanto alla determinazione di regole al proprio interno<sup>12</sup>.

Queste pronunce si confrontano a più livelli con il principio di eguaglianza, spesso anche applicando il criterio della ragionevolezza, ma a monte presentano un elemento comune: la scienza (*quella* scienza) che rappresenta un limite all'attività del Parlamento non include qualsiasi forma di sapere. La definizione di che cosa costituisca scienza, in questa prospettiva, non è operazione priva di conseguenze poiché ciò che rientra in essa sarà insegnato nelle Università, sarà fondamento delle terapie dispensate negli ospedali e dei farmaci immessi sul mercato e la scienza che entra nel giudizio di costituzionalità, assurgendo a parametro interposto, non si pone su un piano di eguaglianza con qualsiasi acquisizione di informazioni<sup>13</sup>.

Quest'assunto è oggetto di dibattiti anche molto vivaci, nell'attuale momento storico in cui in cui l'ampia possibilità di accesso alle informazioni è talvolta assunta a fondamento di saperi che si assu-

<sup>11</sup> Cfr. per tutti A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto: prolegomeni a una dottrina del diritto; accertamento; apparenza; capacità; efficacia giuridica; fatto giuridico; fatto naturale; fatto vitale; fatto di sentimento; fatto di conoscenza; comportamento*, III ed., Milano, 1985.

<sup>12</sup> Sia consentito il rinvio a C. PICCOCCHI, *A ciascuno il suo mestiere: l'actio finium regundorum tra poteri dello Stato e territori... “altri”*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2015, 1159 ss.

<sup>13</sup> Sulla nozione di scienza come parametro interposto, cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, *passim* e S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Trento, 2015, *passim*.

mono equivalenti rispetto al ruolo della scienza, nelle scelte che lo Stato compie in ambito sanitario. I casi della libertà di curarsi con metodi “alternativi” o i dibattiti sulle vaccinazioni ne sono chiaro esempio. La commistione tra conoscenza ordinaria e scientifica, sull’assunto della loro equivalenza, viola l’assetto disegnato dalla Corte costituzionale nelle pronunce sopra richiamate. Quell’ambito di libertà, allora, non riguarda ogni forma di conoscenza organizzata, ma assume un determinato interlocutore, sulla base dell’assunto che non tutti i saperi sono eguali. Si tratta di un aspetto importante, come si evince dal fatto che, quando questa “diseguaglianza” è smentita, i meccanismi del dialogo tra discipline si inceppano.

Da questo punto di vista, il biodiritto è un ambito interdisciplinare, che si fonda su una “diseguaglianza”.

### 2.3 Il consenso informato come strumento di “riequilibrio”

Se i saperi che lo Stato assume come interlocutori non sono tutti uguali, va ricordato come il carattere tecnico della conoscenza alla base delle scienze della vita determini una asimmetria informativa. Gli individui che debbano comprendere diagnosi e prognosi di una patologia, i pazienti ai quali venga proposta l’adesione ad un protocollo sperimentale, i cittadini che siano invitati a partecipare ad una campagna di prevenzione: tutti questi soggetti necessitano di una decodificazione delle informazioni necessarie, per assumere decisioni consapevoli nell’ambito della salute. Gli ordinamenti giuridici predispongono uno strumento, il consenso informato, in cui si situa il punto d’incontro con la conoscenza scientifica organizzata assunta ad interlocutore nell’ambito del biodiritto. In altre parole, il consenso informato rappresenta il contrappeso del fatto che la conoscenza scientifica non è conoscenza comune e quindi, proprio per questo motivo, la trasmissione di informazioni è necessaria per chi debba poter essere messo in grado di esercitare diritti e libertà nell’ambito ad esempio delle scelte terapeutiche.

Da questo strumento deriva quindi il “riequilibrio” del rapporto tra diritto e scienza, che non si sostanzia nella mimesi di una supposta apertura alla democrazia che ponga ogni sapere su un piano di parità, ma dagli strumenti posti dal diritto per consentire alle persone di ricevere informazioni comprensibili per esercitare i propri diritti e libertà. Tali strumenti appaiono graduati sulla persona, come emerge chiaramente dall’art. 33 del codice di deontologia medica che prevede non solo l’attenzione e la cura per la comunicazione con la persona assistita o il suo rappresentante legale, ma anche la modulazione delle informazioni, che vanno fornite secondo la «sensibilità e reattività emotiva» degli stessi. Un’attenzione che si spinge, come noto, sino al diritto a non essere informato, delegando a terzi la ricezione delle informazioni.

Anche la recente legge n. 219 del 2017, inoltre, appare emblematica in questo senso per almeno due aspetti. Il primo è un’affermazione che icasticamente rappresenta quanto detto: il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura<sup>14</sup>. Il secondo è la pianificazione condivi-

<sup>14</sup> Cfr. legge n. 219 del 22 dicembre 2017, “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”, in GU serie generale, n. 12 del 16 gennaio 2018, art. 1 c. 8: «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura». La medesima affermazione si ritrova nell’art. 20 del codice di deontologia medica approvato dal Consiglio Nazionale della FNOMCeO il 18 maggio 2014, reperibile nel dossier



sa delle cure che, a fronte di un percorso noto, fonda sul dialogo e la comunicazione le scelte da operare, in un percorso aperto a più soluzioni, incentrate sulla volontà della persona, che colloca le scelte terapeutiche in un ambito di forte personalizzazione: un percorso diverso per ciascuno che, proprio nella sua diversificazione, è volto a garantire l'eguaglianza delle persone anche nella fase finale della vita<sup>15</sup>.

Proprio in quest'ambito, la fine della vita, tuttavia, emergono elementi che incidono anche sullo strumento del consenso informato e dei diritti e libertà di cui esso è espressione, lasciando intravedere spazi di possibili diseguaglianze.

### 3. Eguaglianza e malattia

#### 3.1 Alla fine della vita

Un altro ambito in cui si registra un vasto contenzioso si ha in relazione alle persone nel cui percorso di vita sia apparsa l'esperienza della malattia: i "pazienti" sono spesso al centro di controversie, anche costituzionali, in cui la rivendicazione di diritti e libertà si interseca con il principio d'eguaglianza. La rivendicazione dell'eguaglianza in relazione ai diritti dei pazienti si manifesta soprattutto in relazione al diritto alle cure, che possono presentare livelli di tutela differenziati: da Regione a Regione, o nelle cure che si ricercano all'estero<sup>16</sup> o, ancora, fuori o dentro le mura<sup>17</sup>. Anche la malattia che potrebbe insorgere in futuro non deve essere causa di discriminazione, neppure quando le caratteristiche genetiche di una persona possano essere interpretate come espressione di una predisposizione nei confronti di determinate patologie<sup>18</sup>. Da questo punto di vista, la malattia non può essere assunta a fonte di discriminazione tra gli individui, situandosi nell'alveo del primo comma dell'art. 3 della Costituzione.

L'esperienza rappresentata dalla malattia nella vita di una persona si definisce alla luce di valutazioni di carattere medico, in base alle quali si elaborano diagnosi e prognosi secondo criteri uniformi, pur nella consapevolezza delle variabili soggettive. C'è però anche una componente di carattere strettamente personale e riguarda come ciascuno viva la propria malattia: attraverso il consenso informato la persona potrebbe compiere scelte diverse rispetto a quanto indicato dai criteri medico scientifici, poiché la guarigione fisica potrebbe non rappresentare un percorso in sintonia con la personalità dell'individuo.

I dibattiti che sono emersi nell'ambito della fine della vita negli ultimi decenni nell'ordinamento giuridico italiano hanno riguardato anche quest'aspetto, poiché il rapporto tra condizione clinica della

---

a cura di E. Pulice nel sito BioDiritto (<https://www.biodiritto.org/Dossier/La-riforma-del-codice-di-deontologia-medica>).

<sup>15</sup> Cfr. art. 5 legge n. 219 del 22 dicembre 2017 cit. a nota precedente; in argomento cfr. C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018, 41.

<sup>16</sup> Sul rapporto tra salute ed eguaglianza cfr. L. BUSATTA, *La salute sostenibile: la complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018.

<sup>17</sup> Cfr. il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 27 settembre 2013, *La salute dentro le mura* (si può leggere all'indirizzo <http://bioetica.governo.it/it/documenti/pareri-e-risposte/la-salute-dentro-le-mura/>).

<sup>18</sup> In argomento cfr. M. TOMASI, *Genetica e costituzione: esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Trento, 2019.

persona e l'esercizio di diritti e libertà, attraverso lo strumento del consenso informato, appare più complesso, specie nella diversa garanzia delle scelte consentite agli individui nei diversi ordinamenti giuridici. Se appare fisiologico che su materie eticamente controverse quali l'eutanasia o il suicidio assistito gli ordinamenti compiano scelte differenti, l'analisi giuridica comparata attesta come le condizioni cliniche possano incidere sulle scelte di fine vita, delimitando ambiti di libertà differenti anche all'interno del medesimo sistema giuridico.

Come è stato notato in dottrina, ad esempio, nell'ordinamento britannico i due casi noti di Miss B<sup>19</sup> e Diane Pretty – quest'ultimo giunto sino alla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>20</sup> – hanno evidenziato come a fronte dei medesimi diritti (*right to refuse medical treatment*) e obiettivi (terminare la propria vita), l'ambito di libertà riconosciuto alle due donne sia dipeso dalla condizioni cliniche differenti «ed in particolare nell'essere affetta la prima, ma non la seconda, da una malattia non più o meno grave in sé, ma che necessitava dell'impiego di macchinari di sostegno vitale»<sup>21</sup>.

Anche il dibattito italiano attuale in merito alle scelte di fine vita s'interseca con la tematica del rapporto tra condizioni cliniche e principio d'eguaglianza, in termini non dissimili da quelli sottesi al contenzioso britannico. In particolare, il confronto sull'introduzione del suicidio assistito in Italia, nato da una serie di vicende private che hanno assunto connotazioni pubbliche, concerne l'eguaglianza tra le persone, poiché chi non può esercitare l'autodeterminazione alla fine della vita rivendica una libertà che è ostacolata *in primis* dalla situazione clinica che impedisce fisicamente di porre in essere il suicidio. In questo senso, il "caso Cappato" – dal quale ha avuto origine la vicenda culminata prima nell'ordinanza n. 207 del 2018 e poi nella sentenza 242 del 2019 della Corte costituzionale – presenta analogie con le vicende britanniche sopra menzionate, poiché la possibilità di porre fine alla propria vita è costituzionalmente garantita solo quando essa possa essere esercitata concretamente attraverso il rifiuto delle cure. Come noto, la Corte costituzionale ha adottato una pronuncia inedita in cui, non limitandosi al monito nei confronti del Legislatore, ha previsto un vero e proprio termine entro il quale è richiesto al Parlamento di adottare una disciplina, a fronte di una lacuna giuridica ritenuta incostituzionale.

L'eguaglianza emerge nelle parole della Corte, che ha ritenuto il divieto assoluto di agevolazione del suicidio incompatibile non solo con il diritto all'autodeterminazione del malato, ma anche con i «principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive», due parametri che nelle parole della Corte stessa rappresentano il «fondamento della tutela della dignità umana».<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Cfr. *B v. NHS Hospital Trust* [2002] EWHC 429 (Fam).

<sup>20</sup> Cfr. *Pretty v. United Kingdom* (Application no. 2346/02).

<sup>21</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 224.

<sup>22</sup> Cfr. Corte costituzionale, ordinanza n. 219 del 2018: «Entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: parametro, quest'ultimo, peraltro non evocato dal giudice a quo in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana)».

### 3.2 La malattia alla luce dell'art. 3 secondo comma della Costituzione

All'eguaglianza come assenza di discriminazione, si affianca l'eguaglianza come rimozione degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona: la "pista d'atletica" nell'esempio di cui sopra, in cui chi deve percorrere più strada necessita che il proprio blocco di partenza sia spostato più avanti. In questo senso possono essere interpretati gli strumenti predisposti dalla normativa in tema di disabilità che, nel tempo, ha individuato misure di sostegno e compensative nei diversi ambiti in cui si svolge la vita di una persona, da quello lavorativo a quello scolastico. La stessa attenzione si registra nell'ambito delle definizioni, per cui anche i testi normativi menzionano la «persona con disabilità», identificando quindi la disabilità come una possibile caratteristica della persona, che non esaurisce in essa la propria definizione<sup>23</sup>. Da questo punto di vista, il diritto svolge un ruolo fondamentale per il superamento dello stigma che accompagna alcune condizioni patologiche. In questo senso si può richiamare una legge importante di cui sono recentemente ricorsi i 40 anni, la n. 180 del 1978, con la quale si è tentato di ricondurre l'ambito delle patologie psichiatriche al concetto di malattia e non di stigma, che la persona rechi con sé a vita<sup>24</sup>.

In questa prospettiva, si può forse ravvisare un prosieguo ideale della legge n. 180 nell'introduzione della figura dell'amministratore di sostegno, grazie alla legge n. 6 del 2004, che appare orientata alla valorizzazione della persona con fragilità, su tutti i versanti che essa riesca a percorrere con le proprie forze<sup>25</sup>. Anche questa figura si muove nell'alveo del primo comma dell'art. 3 della Costituzione, essendo volta ad eliminare lo stigma che accompagnava misure quali l'interdizione: una sorta di "cancellazione" della persona dall'ambito giuridico. Allo stesso tempo, l'amministratore di sostegno appare anche come uno strumento volto ad accompagnare chi abbia di fronte a sé una strada più lunga da percorrere, collocandosi quindi nell'ambito dell'eguaglianza sostanziale.

Il rapporto tra eguaglianza e biodiritto, alla luce del concetto di malattia, infine, si definisce nelle prospettive future, ad esempio in relazione agli scenari che si aprono grazie alla medicina personalizzata, che prevede cure commisurate alle esigenze del singolo individuo, ma che porrà anche problemi dei costi di questa "diseguaglianza mirata", non accessibile a «tutti». In una prospettiva ancora più complessa, poi, si apre la prospettiva dell'eguaglianza nel campo dell'*enhancement*, quindi dell'utilizzo di farmaci in assenza di malattie, per chi desideri potenziare le proprie capacità. La sfida maggiore, probabilmente, sarà data dalla scelta di "giuridificare" di questo fenomeno o, all'opposto, dalla collocazione dello stesso nell'ambito dei comportamenti privati al di fuori del diritto. Il diritto presenta già alcuni interventi *ad hoc*, ad esempio nell'ambito del *doping*, in cui l'intervento migliorativo delle prestazioni dell'individuo incide sul risultato di gare sportive e quindi sui terzi<sup>26</sup>. Quando il potenziamento delle proprie prestazioni avvenga invece in ambiti in cui non vi sia una diretta incidenza sui diritti dei terzi, tuttavia, (ad esempio nel lavoro e nello studio) la scelta dell'adozione di una disciplina giuri-

<sup>23</sup> In argomento cfr. ad es. D. FERRI, *L'Unione europea e i diritti delle persone con disabilità: brevi riflessioni a vent'anni dalla prima "Strategia"*, in *Politiche sanitarie Salute e diritto*, 17, 2, aprile-giugno 2016, 118 ss.

<sup>24</sup> In argomento cfr. S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015.

<sup>25</sup> Cfr. la legge n. 6 del 9 gennaio 2004, "Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali", in G.U. n. 14 del 19 gennaio 2004.

<sup>26</sup> In argomento cfr. S. BONINI, *Doping e diritto penale*, Padova, 2006.

dica diventa più complessa e il significato dell'eguaglianza assume prospettive inedite e di difficile interpretazione.

Anche questa tematica, l'ingresso delle scelte individuali nell'ambito della regolamentazione giuridica (la "giuridificazione"), alla luce della dimensione privata o pubblica dei comportamenti individuali, si confronta spesso con il ruolo del principio d'eguaglianza nel biodiritto, condizionandone l'efficacia prescrittiva, come si vedrà nel prossimo paragrafo.

#### 4. La portata descrittiva e prescrittiva dell'eguaglianza, tra dimensione privata e pubblica delle scelte individuali

Si è evidenziato come il principio d'eguaglianza contenga in sé un aspetto dinamico, in confronto perenne tra la descrizione di ciò che esiste nel presente e dei cambiamenti che avverranno in un futuro, più o meno prossimo. Molte delle vicende che interessano il biodiritto in relazione al principio d'eguaglianza si rapportano a questa dimensione evolutiva, che descrive e prescrive. Si tratta di una tematica ampia, che trascende la sola intersezione tra scienza, etica e diritto; tuttavia, nell'ambito specifico del biodiritto, essa si connota secondo alcune similitudini, che tendono a limitare la libertà individuale quando essa appaia coinvolgere una dimensione pubblica accanto a quella strettamente privata.

L'aspetto propulsivo dell'eguaglianza, in altre parole, si arresta quando nelle scelte individuali si ravvisi la rappresentazione di qualcosa che trascende la persona, rappresentando un tratto di umanità rispetto al quale si avverte l'esigenza di adottare cautele. Gli ambiti di libertà degli individui nelle scelte che coinvolgano scienza e bioetica appaiono fortemente condizionate, dalla percezione della presenza di aspetti "pubblici" nelle scelte private.

Ciò che la scienza rende possibile, i nuovi tipi di famiglia, le scelte di fine vita, l'aborto, la maternità surrogata, gli atti dispositivi del proprio corpo (come ad esempio il mutamento di sesso) trovano limitazioni da parte delle norme giuridiche, non solo a fronte della necessità di protezione di soggetti terzi o quando il soggetto stesso sia percepito come fragile o vulnerabile. La maggiore o minore libertà appare condizionata anche quando sullo sfondo emerga uno scorcio di umanità, che la scelta individuale sembra rappresentare.

Quest'aspetto attraversa molte delle tematiche sopra riportate e fornisce una chiave di lettura importante per comprendere quali ambiti di libertà e diritti siano garantiti agli individui e, in particolare, chi rientri in quel «tutti» che, ancora oggi, appare in costruzione. Si dispiega così, anche il rapporto tra principio d'eguaglianza e principio di dignità, che condiziona diritti e libertà quando la dignità stessa sia intesa come rappresentazione giuridica della condizione umana, che giustifica l'esclusione di determinate categorie di persone dalla possibilità di compiere scelte nelle quali si ravvisi un tratto di umanità da tutelare, spesso indicato come l'inizio della *slippery slope*<sup>27</sup>. In tali casi la dignità non si salda all'eguaglianza, come nell'esempio riportato dell'estensione delle cure fondamentali a tutti gli individui ma, all'opposto, può fungere da criterio di esclusione rispetto all'esercizio di scelte, che tro-

<sup>27</sup> Sia consentito il rinvio a C. PICIOCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013.

vano o meno riconoscimento proprio in nome della dignità umana che esse metterebbero a repentaglio.

Tale dinamica determina – sebbene in via non esclusiva – la portata della forza propulsiva dell'eguaglianza e l'inclusione di nuove categorie o, all'opposto, la prevalenza della dimensione descrittiva di un panorama che la scienza consentirebbe di mutare, ma che in base a considerazioni di carattere bioetico, non si ritenga di ampliare.

Trattandosi però di elementi non solo giuridici, in cui rileva anche la percezione sociale e culturale delle espressioni della libertà, la dimensione dinamica permane, poiché può evolversi alla luce di questi fattori, che sono mutevoli. In questo senso, guardando alla portata del principio d'eguaglianza nel contesto del biodiritto, capiamo molto della società che ci circonda e, con uno sforzo in più, possiamo scorgere i cambiamenti che si apprestano in un futuro più o meno vicino.

*Special issue*





## Obiettare è boicottare? L'ambiguità dell'obiezione di coscienza e i fini dell'ordinamento

Emanuele Rossi\*

DOES OBJECTION MEAN TO BOYCOTT? THE AMBIGUITY OF THE CONSCIENTIOUS OBJECTION AND THE LAW

ABSTRACT: Based on the assumption that the right to conscientious objection can be exercised (lawfully) only in the cases in which the law recognises it, this work tries to analyse the reasons why the legislator has so far acknowledged, under precise circumstances, this right - with a specific reference to bioethics-, by highlighting the legal goods that are guaranteed by these provisions. Under certain circumstances they are understood as legal goods concerning the exclusive sphere of the objector, meanwhile in other cases the objector is protected in its own right not to provoke effects either on other subjects (namely by safeguarding their life on the basis of the commandment "Thou shalt not kill") or on significant constitutional interests. As a consequence, we wonder which purposes the objector seeks (that to prevent the law from producing the desired results or that to unburden himself?). The final remarks consider the objection of conscience as a "reasonable adjustment" between the reasons of the legal system and the reasons of the objector.

KEYWORDS: Conscientious objection; freedom of conscience; bioethics; reasonable adjustment; constitutional duties

SOMMARIO: 1. Una premessa: è il legislatore a riconoscere il diritto ad obiettare – 2. I beni giuridici tutelati mediante le forme riconosciute di obiezione di coscienza: le ipotesi riguardanti esclusivamente la sfera soggettiva dell'obiettore – 3. segue: le ipotesi che riguardano terzi (in particolare, il comandamento "non uccidere") – 4 segue: le ipotesi di attività riguardanti interessi diversi dal comandamento del "non uccidere" – 5. Quale fine persegue il soggetto che si dichiara obiettore? – 6. L'obiezione di coscienza come "accomodamento ragionevole".

### 1. Una premessa: è il legislatore a riconoscere il diritto ad obiettare

Il dibattito sull'obiezione di coscienza (da ora in avanti: *odc*), che come ben noto ha attraversato la riflessione filosofica e giuridica fin dai tempi antichi, è sempre vivace e fonte di interrogativi: scopo di queste brevi note è di evidenziarne alcuni limitati aspetti, alla luce dell'esperienza sin qui maturata (prevalentemente) nel nostro Paese, con specifica attenzione agli ambiti applicativi riguardanti la bioetica. Eviterò pertanto di ricostruire analiticamente gli interventi legislativi e giuri-

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa. Mail: [emanuele.rossi@santannapisa.it](mailto:emanuele.rossi@santannapisa.it). Contributo sottoposto a referaggio.

sprudenziali che hanno segnato l'evoluzione del tema; piuttosto, vorrei provare a ragionare con lo stile di una "riflessione ad alta voce": senza pretese di offrire risposte quanto, più modestamente, con l'obiettivo di rilanciare alcuni interrogativi di fondo legati all'istituto.

Do preliminarmente per acquisita una doppia premessa. Da un lato, che nel nostro ordinamento la coscienza individuale, come riconosciuto dalla Corte costituzionale, in quanto «riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana», ha «rilievo costituzionale quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione»<sup>1</sup>. In secondo luogo, che quanto appena detto non consente di configurare, sempre con riguardo all'ordinamento costituzionale italiano, un diritto *generale* all'odc: e ciò in quanto, come ancora affermato dalla Corte, «la protezione dei cosiddetti diritti della coscienza [...] non può ritenersi illimitata e incondizionata. Spetta innanzitutto al legislatore stabilire il punto di equilibrio tra la coscienza individuale e le facoltà ch'essa reclama, da un lato, e i complessivi, inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale che la Costituzione (art. 2) impone, dall'altro, affinché l'ordinato vivere comune sia salvaguardato e i pesi conseguenti siano equamente ripartiti tra tutti, senza privilegi»<sup>2</sup>.

Quindi, in sostanza: di fronte ad un comando della legge o a un ordine dell'autorità, il destinatario di essi non può opporre il proprio rifiuto adducendo ragioni di coscienza *sic et simpliciter* (o, meglio, può farlo in via di fatto, ma non può pretendere che l'ordinamento gliene riconosca il diritto).

Si tratta di un'affermazione che meriterebbe di essere discussa e articolata, come qui non è possibile fare: basti segnalare che molti argomenti al riguardo sono stati portati, e tra questi la considerazione che «l'elevazione dell'obiezione di coscienza a diritto fondamentale che prevale *prima facie* sull'obbligo di legge [...] rischia di dissolvere, o comunque di pregiudicare seriamente, l'eteronomia delle regole giuridiche, alla quale – con l'esercizio pregiudizialmente legittimo dell'obiezione – pretende sostituirsi l'autonomia morale del singolo individuo»<sup>3</sup>. E ciò anche in presenza di un principio costituzionale che impone a tutti i cittadini il dovere di osservare la Costituzione e le leggi della Repubblica.

Pertanto, è soltanto in alcune fattispecie determinate che il contrasto tra imperativi, che è alla base dell'odc, viene apprezzato dall'ordinamento (ed in particolare dal legislatore), con il consentire al destinatario di un dovere normativamente posto di opporvi un rifiuto, in ragione della propria coscienza. Per tale ragione, si distinguono le forme di obiezione di coscienza *secundum legem* da quelle *praeter* o *contra legem*: con le prime, come noto, si fa riferimento a quelle ipotesi di obiezione che il legislatore prende in considerazione al fine di riconoscere - a chi si dichiara contrario per ragioni di coscienza ad una determinata regola imposta - la possibilità di non adempiervi, o mediante

<sup>1</sup> Sentenza n. 467/1991. Sul fondamento costituzionale della libertà in questione v., fra i molti, v. S. FERRARI, *Libertà religiosa individuale ed uguaglianza delle comunità religiose nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, 3087; G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano, 2000, per il quale ultimo «la libertà di coscienza, anche in forza della sua dignità di principio costituzionale, assicura un'ampia tutela delle convinzioni di coscienza, siano esse di natura religiosa o di altra natura» (pag. 104).

<sup>2</sup> Sentenza n. 43 del 1997.

<sup>3</sup> F. MASTROMARINO, *Esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 1, 2018, 163.

l'adempimento di un obbligo diverso e alternativo ovvero semplicemente sottraendosi all'obbligo. Con il secondo e terzo termine, invece, ci si riferisce ad ipotesi nelle quali la decisione del soggetto obiettore non trova riconoscimento in previsioni normative e, pertanto, la violazione della regola viene variamente sanzionata quale trasgressione della regola stessa.

Dunque, possiamo ritenere che il diritto ad obiettare è garantito dall'ordinamento nelle sole circostanze in cui il legislatore lo riconosca<sup>4</sup>: come è stato detto, «in un ordinamento improntato ai principi di libertà quale il nostro, spetta al legislatore individuare le soluzioni che evitino il radicale conflitto tra il dovere di obbedienza alle norme giuridiche – il c.d. obbligo politico – e quello di obbedire alla propria coscienza, ammettendo quindi l'obiezione di coscienza quando essa non contrasti con i principi fondamentali su cui l'ordinamento si informa»<sup>5</sup>.

Ma in base a quali criteri il legislatore sceglie se riconoscere o non riconoscere, in relazione a determinate fattispecie, il diritto ad obiettare?

Anche su questo punto vado per estrema sintesi: il legislatore non sceglie *soltanto* in base alla volontà di rispettare la coscienza individuale, ovvero di garantire in termini generali il diritto ad obiettare sulla base dei propri convincimenti: se così facesse, infatti, tutte le manifestazioni di coscienza dovrebbero essere tutelate e, di conseguenza, tutte le situazioni di obbligo imposte normativamente potrebbero (o dovrebbero) costituire oggetto di possibili esenzioni per ragioni di coscienza individuale (e quindi, in altri termini ancora, tutte le odc sarebbero *secundum legem*). Né il legislatore potrebbe scegliere assumendo a criterio discrezionale la *profondità* delle ragioni di coscienza e neppure la *sincerità* dei motivi individuali: in un ordinamento democratico che garantisce la libertà di coscienza, infatti, non è possibile sindacare dall'esterno tali aspetti (come invece ci si proponeva di fare con il celebre "tribunale delle coscienze" previsto dalla legge sull'odc al servizio militare del 1972). Ovviamente, diversa considerazione deve essere riservata all'esigenza, ed alla connessa pretesa da parte dell'ordinamento, di coerenza tra l'odc dichiarata e i comportamenti concretamente realizzati: tema che talvolta si è posto per varie forme di odc (ed anche per varie categorie di veri o presunti obiettori).

Pertanto, quando il legislatore sceglie tra fattispecie e fattispecie, riconoscendo in alcune di esse il diritto ad obiettare e in altre no, lo fa in relazione al *bene giuridico* che la coscienza mira a tutelare, in bilanciamento con altri interessi costituzionali. Se il legislatore garantisce, ad esempio, l'odc al servizio militare, è perché ritiene che l'obbligo di prestare quel servizio possa contrastare con una convinzione personale (il rispetto della vita, il rifiuto della forza, ecc.) che ritiene meritevole e perciò da tutelare. Per la stessa ragione, il legislatore non riconosce il diritto ad obiettare - ad esempio - per chi intenda disobbedire al dovere tributario per interessi personali: e ciò in quanto un siffatto convincimento della coscienza individuale (ammesso che tale sia) non viene ritenuto dal legislatore apprezzabile.

---

<sup>4</sup> Affermazione che peraltro dovrebbe essere problematizzata molto di più di quanto non sia consentito di fare in questa sede: opportunamente P. CONSORTI, *Diritto e religione*, II ed., Bari-Roma, 2014, 288 ss., osserva che nell'ordinamento vi sono «diversi esempi di gradazioni di ammissibilità» che inducono a non considerare l'*interpositio legislatoris* come unico criterio di distinzione tra le varie odc.

<sup>5</sup> G.M. SALERNO, *sub art. 54*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, 1081.

Le ragioni che sin qui hanno indotto il legislatore italiano a riconoscere in alcune fattispecie il diritto ad obiettare potrebbe prestarsi anche ad una loro analisi “tematica”, dalla quale ricavare gli ambiti nei quali il legislatore sembra mostrare una “cattiva coscienza” (o una “coscienza sporca”, per usare espressioni del linguaggio corrente): ambiti nei quali, in altri termini, la legge prevede un’azione o un obiettivo da perseguire (il servizio militare e la difesa armata della Patria, per esempio), ma al contempo riconosce la possibilità di sottrarsi, sull’evidente presupposto (o convinzione non espressa) che quella regola che si impone possa comportare disobbedienze giustificate, e che pertanto occorre garantire. Mentre in altri casi, ove non è riconosciuto diritto ad obiettare, si ritiene evidentemente che il sacrificio che si impone a qualcuno non sia tale da giustificare esenzioni per motivi di coscienza. In sostanza, il riconoscimento dell’odc da parte del legislatore è frutto (come ovvio) di un bilanciamento, nel quale i diritti/interessi meritevoli di tutela e che giustificano il riconoscimento dell’odc possono essere tutelati in misura tale da non pregiudicare eccessivamente gli altri diritti ed interessi coinvolti: come ancora si legge nella sentenza n. 467/1991 della Corte costituzionale, l’odc richiede «una delicata opera del legislatore diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale».

## **2. I beni giuridici tutelati mediante le forme riconosciute di obiezione di coscienza: le ipotesi riguardanti esclusivamente la sfera soggettiva dell’obiettore**

Se dunque è rimessa al legislatore (*nazionale*, secondo quanto stabilisce anche l’art. 10, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell’UE) la valutazione delle situazioni giuridiche in cui riconoscere la possibilità di esercitare il diritto all’odc, e tale scelta riguarda il bene giuridico che l’aspirante obiettore intende tutelare, è pacifico ritenere che il legislatore dovrà scegliere sulla base dei principi costituzionali e che, pertanto, possa garantire, mediante l’obiezione, quei beni giuridici che la Costituzione protegge.

Consideriamo, alla luce di questo criterio, i beni giuridici tutelati dalle varie forme di odc (vere o presunte: vale a dire riconosciute dal legislatore ovvero soltanto invocate da alcuni soggetti) che sin qui sono state prospettate.

A tal fine, una prima distinzione da operare riguarda le ipotesi in cui l’odc produce effetti esclusivamente sulla sfera del soggetto agente rispetto alle fattispecie in cui il comportamento rifiutato coinvolga soggetti terzi.

Ascriverei al primo caso l’odc relativa alla formula del giuramento dei testimoni nel processo penale ed in quello civile. Come noto, la legge (ed in particolare l’art. 251, comma 2°, del codice di procedura civile, riferito ovviamente al processo civile) stabiliva che, allorché si dovesse procedere all’esame di testimoni, fosse compito del giudice istruttore ammonirli «sulla importanza religiosa e morale del giuramento», invitandoli a leggere la formula: «consapevole della responsabilità che con il giuramento assumete davanti a Dio e agli uomini, giurate di dire la verità, null'altro che la verità». La medesima disposizione prevedeva poi che, successivamente, il testimone, in piedi, dovesse prestare il giuramento pronunciando le parole: “Lo giuro”.

Con la celebre decisione n. 117/1979 la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale della disposizione richiamata in quanto non conteneva, dopo la previsione che il giuramento comporta l'assunzione di responsabilità davanti a Dio, l'inciso "se credente". Coerentemente, con la medesima pronuncia fu dichiarata l'illegittimità costituzionale anche degli artt. 316, secondo comma, 329, primo comma, e 449, secondo comma, del codice di procedura penale, nonché dell'art. 142, primo comma, del medesimo codice, sempre aggiungendo alla disposizione censurata l'inciso "se credente". In sostanza, si stabilì che il cittadino chiamato a giurare, il quale si dichiarasse non credente, dovesse essere esonerato dal prestare giuramento "davanti a Dio", riconoscendogli dunque una sorta di diritto all'obiezione per ragioni di coscienza. Con una successiva decisione (sentenza n. 149/1995), la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale della dell'art. 238 c.p.c. in tema di giuramento decisorio nella parte in cui prevedeva che il giudice istruttore «ammonisce il testimone sull'importanza religiosa, se credente, e morale del giuramento» anziché stabilire che il giudice istruttore «avverte il testimone dell'obbligo di dire la verità».

Dunque, in queste ipotesi, possiamo dire che l'odc mira a garantire la coscienza della persona per quanto riguarda i suoi convincimenti in relazione al proprio pensiero e alla propria libertà religiosa, quest'ultima nella sua dimensione positiva e negativa. È questo dunque il bene giuridico che il legislatore ritiene meritevole, tanto da riconoscere a chi dichiara certe convinzioni il diritto a non adempiere all'obbligo oppure di adempiervi mediante un comportamento diverso da quello previsto in via ordinaria.

Altre potenziali manifestazioni di odc – potenziali in quanto non riconosciute, almeno fino ad oggi, da espressa disposizione legislativa, sebbene in alcune circostanze invocate – hanno in comune con quella indicata la circostanza di tutelare beni giuridici riguardanti esclusivamente la sfera individuale del soggetto agente, e quindi di non coinvolgere la sfera giuridica di terzi: ad esempio il diritto di rifiutare trattamenti sanitari obbligatori, allorché tale rifiuto produca effetti esclusivamente sulla propria persona. Il caso si è posto, come noto, con riguardo al rifiuto a subire trasfusioni di sangue ad opera degli appartenenti alla confessione religiosa dei Testimoni di Geova i quali, sulla base di una data interpretazione di un passo del Libro del Levitico, ritengono di non poter accettare trasfusioni ematiche nel proprio corpo. Il problema è tutt'ora aperto: se infatti con riguardo alla possibilità di sottoporre a trasfusione non le persone direttamente obiettanti bensì quanti siano sottoposti alla potestà o tutela di coloro che siano contrari (ad esempio i figli minori) la soluzione è stata individuata in via interpretativa (mediante il ricorso all'art. 333 c.c., che consente al giudice di intervenire nel caso di comportamenti dei genitori pregiudizievoli per i figli, interpretato alla luce del principio costituzionale di cui all'art. 30 Cost.), più complesso è il caso allorché sia il soggetto direttamente interessato alle trasfusioni ad opporre rifiuto<sup>6</sup>. Anche in questo caso non entro nel merito del problema: sia sufficiente indicarlo come esempio di odc (nell'ipotesi in cui tale sia riconosciuta) che produce effetti esclusivamente sulla sfera soggettiva del soggetto agente (o "rifiutante").

Più complesso è il caso della (eventuale) possibilità di opporre odc alle vaccinazioni obbligatorie, come noto da ultimo regolate con il d.l. n. 73 del 2017 (convertito in l. n. 119 del 2017): alcune organizzazioni, tra cui principalmente il "Coordinamento del Movimento italiano per la libertà delle vaccina-

<sup>6</sup> V. ad esempio, al riguardo, Cass. civ., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, con osservazioni di G. Di Cosimo, *La Cassazione fra coscienza e incoscienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, aprile 2009.

zioni”, ha invitato i genitori a rifiutare di far vaccinare i figli opponendo odc, ed anche alcuni medici hanno palesato l’esigenza di prevedere un proprio diritto ad obiettare. La legge, come si sa, non riconosce tale diritto, né il problema è stato posto alla Corte costituzionale: la quale invece ha rilevato, nella sentenza n. 5 del 2018, come i «valori costituzionali coinvolti nella problematica delle vaccinazioni sono molteplici e implicano, oltre alla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie e la tutela della salute individuale e collettiva (tutelate dall’art. 32 Cost.), anche l’interesse del minore, da perseguirsi anzitutto nell’esercizio del diritto-dovere dei genitori di adottare le condotte idonee a proteggere la salute dei figli (artt. 30 e 31 Cost.), garantendo però che tale libertà non determini scelte potenzialmente pregiudizievoli per la salute del minore».

Con riguardo alle ipotesi di odc invocate per le vaccinazioni è evidente che si tratterebbe, anche qualora ammesse, di forme di odc incidenti sulla sfera giuridica di terzi (sia nel caso dei genitori come nel caso dei medici): e ancora di più se si pone mente alle possibili conseguenze che potrebbero prodursi nei confronti dei compagni di classe (ad esempio) di un bambino non vaccinato. In verità, però, per tale forma (eventuale) di odc il problema sembrerebbe più generale: ovvero se effettivamente si possa parlare di odc, in quanto le ragioni del rifiuto di adempiere all’obbligo normativamente imposto sembrano risiedere, più che su motivazioni di coscienza, su valutazioni di opportunità o di scientificità del trattamento sanitario imposto.

Più certe, con riferimento al criterio qui in esame, sono quelle ipotesi di odc consistenti, ad esempio, nel rifiuto di rispettare una festività espressione di una fede religiosa, ovvero di partecipare a celebrazioni sempre di carattere religioso, o di frequentare aule pubbliche nelle quali siano esposti simboli religiosi (come ad esempio il caso, postosi anche nella giurisprudenza, dell’odc di uno scrutatore che avrebbe dovuto prestare servizio in un seggio ove era presente un crocifisso; oppure l’ipotesi di studenti che devono frequentare lezioni scolastiche in aule pubbliche nelle quali sia esposto il crocifisso: casi nei quali, peraltro, l’eventuale eliminazione del simbolo produrrebbe effetti anche su terzi, ma in cui il diritto ad obiettare potrebbe essere garantito anche in modo diverso dalla semplice eliminazione del simbolo).

In tutte queste circostanze, il bene giuridico protetto con il riconoscimento dell’odc (ovvero che si vorrebbe protetto) riguarda la libertà di coscienza in relazione a diritti (quali la libertà religiosa, la libertà di manifestazione del pensiero o altri) di cui è titolare lo stesso soggetto che obietta: e la cui tutela mediante odc, pertanto, non produce alcun effetto rilevante sulle finalità perseguite dalla legge mediante l’imposizione dell’obbligo, a differenza di quanto invece avviene nelle ipotesi di cui subito si dirà.

### 3. Segue: le ipotesi che riguardano terzi (in particolare, il comandamento “non uccidere”)

In altri casi, invece, la odc è finalizzata a tutelare la libertà di coscienza individuale in relazione a comportamenti, normativamente imposti ad un soggetto, potenzialmente produttivi di effetti nei confronti di altri soggetti, e che proprio in ragione di tali effetti vengono rifiutati dal soggetto cui sono imposti.

La situazione più frequente è quella della coscienza che impone di non uccidere altri essere umani: in tali ipotesi, possiamo dire, chi si dichiara obiettore mira a salvaguardare (i propri convincimenti che gli impongono di tutelare) la vita altrui.

Non vi è bisogno di soffermarsi troppo sulle diverse manifestazioni di odc che riguardano questo: basti qui richiamarle.

L'obiezione al servizio militare, garantita dapprima con la legge n. 772 del 1972, mirava a tutelare gli obbligati alla leva che si dichiarassero «contrari in ogni circostanza all'uso personale delle armi per imprescindibili motivi di coscienza», allorché tali motivi di coscienza risultassero «attinenti ad una concezione generale della vita basata su profondi convincimenti religiosi o filosofici o morali professati dal soggetto». Tale legge fu modificata dalla legge n. 230 del 1998, che riconobbe il diritto in questione ai «cittadini che, per obbedienza alla coscienza [...], opponendosi all'uso delle armi, non accettano l'arruolamento nelle Forze armate e nei Corpi armati dello Stato». Al di là della differente formulazione, il diritto ad obiettare al servizio militare obbligatorio era dunque riconosciuto a chi fosse contrario per motivi di coscienza all'uso delle armi, e perciò all'utilizzo della forza contro altre persone, anche nell'ipotesi in cui questa risultasse finalizzata alla difesa dell'ordinamento giuridico: l'obiettore, in tale circostanza, mira a difendere il diritto alla vita anche di potenziali nemici o aggressori, e rifiuta una struttura che ritiene finalizzata a violare l'altrui diritto alla vita.

Ancora più evidente è tale finalità nel caso dell'odc all'interruzione volontaria della gravidanza (da ora in poi: ivg), garantita dall'art. 9 della legge n. 194 del 1978, e che si giustifica sulla convinzione – da parte di chi ne invoca la tutela – che l'embrione sia un essere umano, e che quindi nel bilanciamento tra *interesse* della madre (o *diritto*, a seconda dei diversi punti di vista) ad abortire e tutela della vita del concepito sia necessario dare prevalenza al secondo, in forza appunto del comandamento “non uccidere”. Come ben noto, in tale ambito si pone la questione di quali siano i soggetti che possono avanzare tale forma di obiezione: la legge prevede infatti tale diritto per il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie tenuto al «compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza», ed in relazione a tale previsione si sono avanzate le richieste di varie categorie di professionisti in qualche modo coinvolti nella procedura: fino a porre la questione se anche il giudice tutelare coinvolto nel procedimento per l'ivg di una minore potesse avanzare detta obiezione (con ripetuta risposta negativa della Corte costituzionale, come noto: dalla sentenza n. 196/1987 fino all'ordinanza n. 196/2012).

Così pure si può dire per le varie modalità in cui l'interruzione volontaria della gravidanza si può realizzare: ad esempio mediante somministrazione di mifepristone (Mifegyne), conosciuto in commercio come Ru486 e la cui immissione sul mercato è stata consentita dall'AIFA nel 2009. La Corte di Cassazione riconobbe in relazione a tale farmaco il diritto all'obiezione di coscienza, limitatamente alle pratiche di predisposizione e somministrazione dei farmaci abortivi<sup>7</sup>, con alcuni problemi applicativi in relazione all'individuazione di chi possa ritenersi addetto alla “predisposizione”. Analogo problema si è posto in relazione alla c.d. «pillola del giorno dopo» (*morning after pill: MAP*), ammessa tra i farmaci somministrabili e che contiene il *levonorgestrel*, principio attivo che in sostanza mira ad un «effetto antinidatorio», cioè di contrasto all'annidamento embrionale. Mentre con riguardo al primo farmaco indicato è certa l'ascrivibilità alla categoria degli strumenti abortivi, per la seconda invece

<sup>7</sup>Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 2013, n. 14979.

l'effetto dovrebbe riguardare il blocco dell'ovulazione, ma le conoscenze scientifiche non escludono che possa avere un effetto antinidatorio: in tale ultima ipotesi, quindi, l'eventuale odc di chi sia tenuto alla somministrazione si giustifica nello stesso modo di quella alle pratiche di ivg, mentre nell'ipotesi precedente non si potrebbe parlare di rispetto del principio del "non uccidere" in quanto nessuna vita umana sarebbe ancora formata.

Con riguardo alla somministrazione di tali farmaci, come accennato, si è avanzata la possibilità per i farmacisti di rifiutare la somministrazione (imposta in forza del Regolamento per il servizio farmaceutico) per ragioni di coscienza, e tale diritto è stato ripetutamente invocato anche da parte della Chiesa cattolica. In Parlamento sono state presentate, già nelle legislature precedenti all'attuale, alcune proposte di legge miranti a garantire tale forma di odc; in materia sono intervenuti anche l'Agenzia italiana del Farmaco, il Comitato nazionale di bioetica e il Consiglio superiore di sanità<sup>8</sup>.

Così pure si potrebbe porre in questo contesto il caso dell'odc opponibile dal medico al rispetto della volontà espressa dal paziente di rifiutare o di rinunciare a un determinato trattamento sanitario. In tale circostanza il diritto ad obiettare non è, come noto, espressamente riconosciuto, e nondimeno esso si è ritenuto da alcuni sussistente in forza di un rinvio della legge n. 219/2017 alla deontologia professionale medica. L'art. 1, comma 6, della legge prevede infatti al riguardo che «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari [...] alla deontologia professionale» e, considerato che il codice di deontologia medica riconosce al medico la possibilità di rifiutare quelle prestazioni che ritenga in contrasto con la propria coscienza (a condizione di non provocare un danno immediato e grave alla salute della persona), si è ritenuto che la previsione legislativa possa consentire al medico di obiettare, così vanificando la decisione del paziente. Ammesso dunque che in forza di tale ricostruzione normativa sia possibile riconoscere per il medico un diritto all'odc, dobbiamo domandarci a che cosa questi possa (eventualmente) obiettare. Dobbiamo escludere che il medico possa rifiutare un trattamento sanitario (ovvero, al contrario, possa imporlo quando il paziente lo rifiuti) soltanto perché lo ritenga poco efficace o perché ne preferisca un altro: potrebbe trattarsi in tali circostanze di rifiuto fondato sulla deontologia professionale, ma non riguarderebbe l'odc. La quale potrebbe – caso mai – venire in gioco qualora il trattamento sanitario voluto o rifiutato dal paziente si configuri *quoad vitam*, tale per cui, cioè, la sua somministrazione o mancata somministrazione possa determinare la morte della persona: se così fosse, anche questa forma di odc (ammesso, come detto, che sia configurabile in quanto tale), si potrebbe riferire al comandamento del non uccidere<sup>9</sup>.

Analogamente per l'ipotesi in cui dall'ordinamento fosse riconosciuta la possibilità per una persona di aiutare altri al suicidio, nella ipotesi indicata dalla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale: espressamente la motivazione di tale pronuncia indica come contenuto (necessario?) di una legge in materia la previsione della «possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura»<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> V. in argomento l'accurata ricostruzione di E. CAMASSA AUREA, *Procreazione e diritto, Le mobili frontiere dell'obiezione di coscienza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2015, 99 ss.

<sup>9</sup> In tema v. F. MASTROMARINO, *Contro l'obiezione di coscienza positiva*, in *Ragion pratica*, 2, 2015, 629 ss., che ritiene quello in questione come un caso di odc positiva, in quanto tale non ammissibile.

<sup>10</sup> Su tale punto deve peraltro osservarsi che la sentenza n. 242 del 2019, che costituisce il seguito dell'ordinanza n. 207 del 2018, risolve il dubbio che la Corte stessa aveva prospettato nella sua precedente ordinanza. Se infatti, come si è detto, la pronuncia del 2018 sembrava indicare come necessario il riconoscimento

In tutti questi casi possiamo dire che i *convincimenti* che l'ODC mira a tutelare rispondono all'imperativo "non uccidere", e che quindi il bene giuridico che la coscienza individuale intende garantire è il rispetto della vita umana. Un bene di sicuro rilievo costituzionale e che pertanto il legislatore mira a tutelare.

#### 4. Segue: le ipotesi di attività riguardanti interessi diversi dal comandamento del "non uccidere"

Diversi dalle fattispecie sin qui indicate sono i casi in cui il legislatore mira a tutelare altri interessi ritenuti meritevoli. Così nel caso dell'odc relativa alle attività connesse alla sperimentazione su animali. Come noto, la legge n. 413 del 1993 stabilisce che «i cittadini che, per obbedienza alla coscienza, nell'esercizio del diritto alle libertà di pensiero, coscienza e religione riconosciute dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, si oppongono alla violenza su tutti gli esseri viventi, possono dichiarare la propria obiezione di coscienza ad ogni atto connesso con la sperimentazione animale»: in base a tale dichiarazione, essi «non sono tenuti a prendere parte direttamente alle attività ed agli interventi specificamente e necessariamente diretti alla sperimentazione animale».

La sfera della coscienza che tale previsione tende a garantire è dunque costituita dal rifiuto della "violenza su tutti gli esseri viventi": possiamo ritenere che il bene giuridico che in tal modo si intende garantire consista nel "diritto dell'animale alla non sofferenza", da taluni ritenuto parte del principio di tutela degli animali ricavabile dalla Costituzione<sup>11</sup>. Mentre mi sentirei di escludere quanto da altri sostenuto, ovvero che con tale forma di odc il legislatore miri a tutelare la dignità dell'obiettore e non quella dell'animale<sup>12</sup>: vale quanto detto più volte sulla relazione tra coscienza individuale e bene giuridico protetto dalla coscienza stessa.

Una seconda linea di esplicazione dell'odc al di fuori del comandamento del non uccidere attiene a convincimenti della persona riguardanti, potremmo dire, ciò che è giusto/ingiusto (sulla base, ovviamente, delle convinzioni personali e perciò della coscienza del soggetto agente).

Tra le forme di odc *secundum legem* possiamo ascrivere a questa categoria l'obiezione di coscienza alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, disciplinate dalla legge n. 40/2004, con alcune precisazioni necessarie.

---

della possibilità di obiettare per il personale sanitario coinvolto nella procedura di suicidio assistito (nei limiti poi riconosciuti dalla sentenza del 2019), la successiva decisione nega che questo problema si possa porre, in quanto – come si legge nella motivazione – "la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato". In sostanza, dunque, non si pone un obbligo per il personale: e questi, di conseguenza, non ha alcuna necessità (qualora non voglia prestare il proprio aiuto al suicidio) di opporre odc.

<sup>11</sup> G. GEMMA, *Costituzione e tutela degli animali*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 27 aprile 2004; S. GRASSI, *La tutela degli animali nella prospettiva della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"*, in S. CASTIGNONE, L.L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, Milano, 2011, 309.

<sup>12</sup> F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014, 134.

Come noto, l'art. 16 di detta legge prevede che «Il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla presente legge quando sollevi obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione». La decisione di obiettare solleva l'interessato «dal compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita», mentre vengono espressamente escluse le attività di «assistenza antecedente e conseguente l'intervento». È prevista anche la possibilità di revocare la propria scelta di obiettare.

Il riconoscimento di questa forma di obiezione non deve ritenersi collegato alla possibilità che con la fecondazione vengano eliminati degli embrioni (qualora così fosse, tra l'altro, potrebbero prospettarsi problemi di analogia con la legge sull'aborto), giacché la legge – almeno nella sua formulazione originaria – esclude(va) espressamente la soppressione di embrioni (come anche la possibilità di crearne in sovrannumero)<sup>13</sup>. Ed in ogni caso, l'odc era garantita con una formula talmente ampia da abbracciare ogni circostanza. Quindi, possiamo dire che per la legge n. 40/2004 l'odc non mirava a garantire il diritto dell'aspirante obiettore a non uccidere: si potrebbe anzi ritenere il contrario, ovvero che chi obietta alle tecniche di fecondazione non si oppone alla soppressione di vite umane bensì a farne nascere di nuove. La ragione per cui tale diritto è riconosciuto deve dunque ritenersi connessa all'obbligo di coscienza di non partecipare a procedure e tecniche finalizzate alla generazione di esseri umani al di fuori delle procedure “naturali”: ritenendo evidentemente (da chi obietta) che la generazione di vite attraverso le tecniche di fecondazione assistita costituisca una procedura contro natura, con possibili effetti negativi sulle persone generate mediante dette tecniche, e quindi da evitare. Qualcuno ha parlato al riguardo di rispetto della “dignità della procreazione”<sup>14</sup>. Mi sentirei in ogni caso di escludere che chi obietta in tali ipotesi intenda evitare che si possano sopprimere degli embrioni, pur non potendo escludere che proprio questa sia la preoccupazione di qualche obiettore: ma non può essere per quanto detto l'intento del legislatore, che ha escluso qualsiasi possibilità di creare embrioni non destinati alla fecondazione.

Ancora diverse, benché ascrivibili al medesimo genere, sono le forme di odc di cui si è discusso nel dibattito pubblico, ancorché non previste dal legislatore (e forse neppure prevedibili con riguardo ai principi costituzionali), e prevalentemente invocate da titolari di funzioni pubbliche.

Ricordiamo a riguardo il caso di quei sindaci (pare più di duecento) che hanno invocato l'odc per rifiutarsi di celebrare unioni civili ai sensi della legge n. 70/2016<sup>15</sup> (sebbene nei lavori parlamentari fosse stato presentato un emendamento, poi respinto, volto ad introdurre per i sindaci tale forma di odc). Il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha escluso la possibilità di riconoscere tale diritto, osservando «che è prassi ampiamente consolidata già per i matrimoni che le funzioni dell'ufficiale di stato civile

<sup>13</sup> Analogamente F. GRANDI, *Doveri costituzionali*, cit., 139 ss., la quale sottolinea come a seguito della sentenza n. 151 del 2019 della Corte costituzionale il problema potrebbe porsi diversamente, essendo ora possibile che alcuni embrioni vengano prodotti senza essere necessariamente finalizzati ad una gravidanza: ed in tale ipotesi l'odc avrebbe una sostanziale analogia con quella dell'ivg. Ma, come detto, la legge n. 40/2004 riconosceva il diritto all'odc anche prima della sentenza della Corte.

<sup>14</sup> M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004, nota 178.

<sup>15</sup> Su cui v., F. GRANDI, *Unione civile e obiezione di coscienza: “questo matrimonio non s'ha da fare, né domani, né mai”*, in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 1, 2017, 15 ss.

possano essere svolte da persona a ciò delegata dal sindaco, ad esempio tra i componenti del consiglio comunale, sicché il problema della “coscienza individuale” del singolo ufficiale di stato civile, ai fini degli adempimenti richiesti dalla legge n. 76/2016, può agevolmente risolversi senza porre in discussione - il che la legge non consentirebbe in alcun caso – il diritto fondamentale e assoluto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile<sup>16</sup>. Motivazione che merita di essere ripresa per l’aspetto della “sostituibilità”.

Peraltro, la questione si è posta anche in altri ordinamenti, costringendo ad intervenire sia il Tribunale supremo spagnolo che il *Conseil constitutionnel* francese, come anche la Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale ha affermato che nel margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati rientra anche la possibilità di dare prevalenza al diritto di una coppia di omosessuali di vedere registrata la propria unione rispetto al diritto del potenziale celebrante di manifestare la propria fede religiosa<sup>17</sup>. Né può dimenticarsi il caso – sebbene riferito ad una sfera di rapporti interpretati – della “torta nuziale”, che ha interpellato la Corte suprema degli Stati Uniti sul rifiuto di un pasticciere di preparare un dolce per il matrimonio di una coppia *same-sex*<sup>18</sup>.

Anche nel caso dell’incriminazione del Sindaco di Riace, Domenico Lucano, arrestato dalla Guardia di finanza con l’accusa di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina e fraudolento affidamento diretto del servizio di raccolta dei rifiuti per avere violato delle disposizioni di legge al fine di favorire alcuni immigrati, si è parlato da parte di alcuni di diritto all’odc, mentre altri hanno ritenuto trattarsi – eventualmente – di una forma di disobbedienza civile<sup>19</sup>.

Così pure a seguito dell’entrata in vigore delle disposizioni del decreto-legge n. 113/2018 (c.d. decreto Salvini), alcuni sindaci, tenuti a darne attuazione e ritenendo che in forza di esse non fosse loro consentito iscrivere i richiedenti asilo nel registro anagrafico, hanno invocato il diritto di disobbedire in forza di ragioni di coscienza. Così, ad esempio, il Sindaco di Napoli ha dichiarato che «noi applichiamo le leggi ordinarie solo se rispettano la Costituzione repubblicana. È obbedienza alla Carta e non disobbedienza civile», sottintendendo che il decreto in questione non rispetta la Costituzione e quindi potrà non essere applicato. Anche Luigi Ferrajoli ha condiviso questa impostazione: «Il rifiuto dei sindaci di applicare il decreto Salvini è un atto ammirevole di disobbedienza civile e di obiezione di coscienza»<sup>20</sup>.

Personalmente ritengo che in tali situazioni l’opposizione/contrarietà al dettato normativo non possa classificarsi come una vera e propria odc: e ciò per varie ragioni, relative sia alla motivazione dell’opposizione (che sembra riguardare più una contrarietà, anche giustificata sul piano dell’opportunità oltre che su quello costituzionale<sup>21</sup>, alla scelta politica alla base della normativa cui si deve esecuzione) che anche alla qualità di pubblici ufficiali dei soggetti invocanti la presunta odc (e

<sup>16</sup> Sul parere v. le considerazioni critiche di R. TONIATTI, *Un parere accomodante, interlocutorio e fondato sull’ineguaglianza delle forme familiari*, in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, 1, 2017, 25 ss.

<sup>17</sup> *Eweida and others v. The United Kingdom*, sez. IV, ric. n. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10, 16 gennaio 2013.

<sup>18</sup> Su cui v. A. SPERTI, *Obiezione di coscienza e timori di complicità*, in *Federalismi.it*, 20, 2017.

<sup>19</sup> G. PELLEGRINO, *Il gioco della disobbedienza*, in *Il Mulino*, 5 ottobre 2018.

<sup>20</sup> L. FERRAJOLI, *I sindaci e il decreto Salvini: oltre la disobbedienza*, in *Il Manifesto*, 6 gennaio 2019.

<sup>21</sup> Opportunamente A. SPERTI, *Obiezione di coscienza, cit.*, parla – con riguardo ad atteggiamenti analoghi emergenti nell’ambito lavorativo - di «diniego di prestazioni lavorative o di servizi ispirate da timori di complicità».

per i quali potrebbero valere le motivazioni addotte dalla Corte costituzionale nelle richiamate pronunce sulla possibilità per i giudici tutelari di invocare l'odc nei confronti dell'ivg). Ma al di là di tutto questo, ammettendo che si tratti effettivamente di odc, è evidente che la "coscienza" che si intende far prevalere, in tali circostanze, riguarda una (determinata) concezione di "famiglia" (nel primo caso) ovvero di accoglienza degli immigrati (accoglienza che implica tuttavia la necessità di garantire diritti fondamentali, negli altri), magari rafforzata mediante il richiamo alla necessità di rispettare la Costituzione a fronte di un intervento legislativo ritenuto lesivo di essa.

Così pure potrebbe essere qui considerata la c.d. obiezione fiscale, consistente nel rifiuto, opposto da alcuni cittadini, di versare una quota del prelievo fiscale dagli stessi dovuto per legge, al fine di segnalare la propria contrarietà a sostenere spese pubbliche ritenute contrastanti con la propria coscienza. L'ambito nel quale essa si è maggiormente diffusa<sup>22</sup> è quello delle spese militari (per il quale fu anche presentata una proposta di legge nel corso della X legislatura<sup>23</sup>): coloro che la praticano, in sostanza, non versano all'erario una quota del carico fiscale da loro dovuto, corrispondente alla percentuale dei fondi pubblici destinati dallo Stato alle "spese militari". Nello stesso tempo, tale quota non viene trattenuta dal contribuente "obiettore", ma viene da questi versata a vantaggio di altre finalità, ritenute maggiormente coerenti con la propria coscienza (per lo più trattasi di attività svolte da organizzazioni di carattere umanitario).

Al di là del problema se questo tipo di comportamento possa annoverarsi tra le ipotesi di odc<sup>24</sup>, sta il dubbio in relazione a quanto si sta dicendo: se cioè con tale comportamento l'"obiettore" intenda manifestare la propria contrarietà all'utilizzo delle risorse pubbliche (che non riguarderebbe quindi, se non parzialmente, il rispetto del comando non uccidere) o se invece intenda, più specificamente, riferirsi a quelle spese pubbliche che siano mirate all'utilizzo di armi per uccidere altre persone (e quindi, per essere più chiari, alle spese militari). Il tema è, come ben si comprende, assai delicato e controverso, anche in relazione al rapporto causa-effetto che andrebbe dimostrato con *probatio diabolica* (in sostanza si dovrebbe dimostrare che la propria quota di imposta non versata sia finalizzata all'utilizzo di armi per uccidere persone). Non possiamo approfondire il tema, ma basti in questa sede segnalare l'ipotesi come possibile ambito di esplicazione dell'odc in relazione a comportamenti che non si pongono in diretta applicazione del principio del non uccidere.

<sup>22</sup> Ma vi sono state ipotesi, più limitate, di obiezione fiscale alle spese destinate dallo Stato al finanziamento dell'attuazione della legge sull'ivg, su cui v., ad es., Comm. trib. I grado di Padova, sez. IV, 11 marzo 1986, n. 292.

<sup>23</sup> Progetto di legge n. 3935 presentato alla Camera dei deputati dall'on. Luciano Guerzoni.

<sup>24</sup> La Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 65 del 1993 ha un po' sbrigativamente dichiarato manifestamente inammissibile la questione sollevata dalla Commissione tributaria di I grado di Brescia nella parte in cui «il mancato riconoscimento della c.d. obiezione fiscale determinerebbe una disparità di trattamento rispetto ad altre forme di manifestazione della libertà di coscienza, le quali, viceversa, sono riconosciute dall'ordinamento giuridico, ancorché le motivazioni religiose dell'obiettore fiscale possano essere identiche e ugualmente profonde, con conseguente violazione degli artt. 3 e 19 della Costituzione»: per la Corte il giudice *a quo* ha sbagliato nell'individuazione della disposizione dalla quale deriverebbe la dedotta lesione dei principi costituzionali.

## 5. Quale fine persegue il soggetto che si dichiara obiettore?

Dunque, riprendendo le fila del discorso, possiamo dire che le motivazioni in base alle quali una persona si dichiara obiettore (cioè impossibilitata ad adempiere per ragioni di coscienza) ad un dovere imposto dalla legge possono riguardare beni giuridici diversi (il rispetto della vita, una concezione di istituzione familiare o di procreazione, la tutela dei diritti fondamentali, ecc.): tali beni vengono apprezzati dal legislatore al fine di definire quali siano “meritevoli” per riconoscere all’obiettore il diritto di sottrarsi all’obbligo. Come si è detto, dunque, non è il *rispetto della coscienza* in sé considerato che viene apprezzato dal legislatore, bensì il *bene giuridico* che la coscienza mira a tutelare: e tale bene giuridico può in talune fattispecie riguardare la sola sfera soggettiva del soggetto agente, mentre in altre può riguardare e coinvolgere altre persone (o altri esseri viventi), destinatari della previsione normativa imponente l’obbligo. Questo apre ad un secondo aspetto che dobbiamo considerare.

In che modo il fine che muove l’obiettore può realizzarsi? Ovvero, detto in altri termini, come il bene giuridico che sta alla base del riconoscimento legislativo del diritto ad obiettare viene effettivamente realizzato dall’obiettore mediante il proprio comportamento?

Proprio in quanto l’odc è riconosciuta dal legislatore in relazione al bene giuridico da tutelare, l’obiettore non può ritenersi soddisfatto e garantito (semplicemente) dal potersi sottrarre all’adempimento dell’obbligo, rimanendo indifferente rispetto alla produzione degli effetti derivanti dall’applicazione della legge stessa. Chi obietta, infatti, lo fa (e viene tutelato) in quanto ritiene che la scelta effettuata dal legislatore, con l’imposizione di quell’obbligo, sia sbagliata e dannosa, quindi da limitare il più possibile e, se possibile, da “boicottare”, impedendo (in tutto o in parte) l’effetto voluto dalla legge stessa. Così era evidente fin dalla prima esperienza di odc riconosciuta nel nostro ordinamento, quella al servizio militare. La finalità perseguita dagli obiettori di coscienza non era soltanto di non usare personalmente le armi per “salvarsi l’anima”, rimanendo indifferenti all’utilizzo delle stesse da parte di altri e all’uso della forza armata per la soluzione dei conflitti: al contrario, il loro intento era di contribuire a realizzare una forma di difesa della Patria alternativa a quella in armi. Ciò fu ben riconosciuto anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 113/1986, per la quale «più che all’ottica dei “modi”, è all’ottica dei “limiti” del servizio militare obbligatorio, del pari fatti oggetto di riserva di legge dall’art. 52, secondo comma, della Costituzione, che deve ricondursi il discorso sull’ammissione al servizio sostitutivo civile. Ed in quanto limite all’adempimento dell’obbligo del servizio militare, essa non può non tradursi in *un’alternativa di natura profondamente diversa*» (corsivo aggiunto): tanto che ricorrente nel dibattito – non soltanto giuridico – era la qualificazione del servizio civile come *alternativo* più che *sostitutivo*<sup>25</sup>. In altri termini, come si diceva con uno slogan del tempo, con l’odc al servizio militare si mirava all’“abolizione dell’esercito”, al fine di favorire l’introduzione di forme di difesa non armata e nonviolenta.

Ma analogamente può dirsi per le altre forme di odc concernenti comportamenti riguardanti terzi: chi obietta, perlomeno nella stragrande maggioranza dei casi, non lo fa perché ritiene che la legge sia giusta e corretta ma non possa personalmente rispettarla per motivi di coscienza; al contrario, egli ri-

<sup>25</sup> V., per tutti, R. VENDITTI, *Dovere costituzionale di difesa e servizio civile dell’obiettore di coscienza*, in AA. VV., *Obiezione di coscienza al servizio militare*, Padova, 1989, 17 ss.

tiene che quella legge sia sbagliata e pericolosa, e con il proprio comportamento intende, oltre a dimostrare pubblicamente<sup>26</sup> questo, impedire che essa produca i propri effetti.

Non mi convince pertanto la tesi di chi sostiene il contrario di quanto vado dicendo: e cioè che l'odc all'ivg – ad esempio – «non è pensata per permettere al medico di perseguire la tutela della vita prenatale impedendo la realizzazione di un aborto», e che quindi «non è la vita umana prenatale il bene giuridico tutelato da questa forma di odc, bensì la coscienza che a quel bene giuridico si ispira»<sup>27</sup>. Altri ancora hanno ritenuto, sulla medesima linea, che il diritto all'odc non è strumentale «alla difesa di beni o valori mediati che possono spingere un soggetto ad obiettare (come la difesa della sacralità o intangibilità della vita del nascituro nel caso dell'igv»<sup>28</sup>), e che questi obiettivi potrebbero essere propri della disobbedienza civile ma non della odc<sup>29</sup>. Per controbattere a tali affermazioni basti richiamare quanto già detto: perché allora il legislatore dovrebbe scegliere quali comportamenti sono meritevoli di esser garantiti con l'obiezione e quali no? Se si volesse garantire soltanto la libertà di coscienza, al legislatore sarebbe preclusa la possibilità di distinguere situazione da situazione: questa potrebbe essere valutata ed apprezzata soltanto dalla coscienza individuale, perché altrimenti si tratterebbe di un'intromissione esterna – come tale incostituzionale - nella sfera della coscienza individuale.

Al contrario, il legislatore sceglie sulla base – lo si ripete ancora una volta – del bene giuridico che l'obiettore intende tutelare: e per l'obiettore quel bene si tutela cercando di impedire l'effetto che l'obbligo normativo mira a realizzare. Se infatti l'obiettore fosse indifferente rispetto a tale effetto, si tratterebbe di un modo per “mettersi a posto la coscienza”: espressione che anche nel linguaggio comune assume il significato di un atteggiamento ipocrita. Si potrebbe ritenere pertanto tale atteggiamento come espressione di una “falsa coscienza”: si pensi ad esempio al caso di un farmacista che sia contrario per motivi di coscienza alla somministrazione di un determinato farmaco e di fronte ad una richiesta di un cliente chiami un collega perché glielo fornisca. Possiamo ritenere che il farmaci-

<sup>26</sup> Sul carattere pubblico dell'odc v. M. C. RUSCAZIO, *Preferirei di no. Le ragioni dell'obiezione di coscienza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2014, 397, secondo la quale essa non può essere limitata alla dimensione della vita privata del cittadino e al limitato terreno delle pratiche liturgiche-culturali, in quanto «è proprio nella dimensione pubblica che la libertà di coscienza si trova più facilmente esposta a restrizioni e interferenze, e pertanto più abbisogna di riconoscimento e protezione».

<sup>27</sup> D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, Bagno a Ripoli (FI), 2011, 92.

<sup>28</sup> M. SAPORITI, *Se fossero tutti obiettori? Paradossi e fraintendimenti dell'obiezione di coscienza all'aborto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2013, 481.

<sup>29</sup> In particolare, si ritiene da diversi autori che mentre la disobbedienza (civile) mira a provocare una reazione che ha come esito finale (auspicato da chi la pratica) la modifica o comunque la disapplicazione della norma giuridica cui si disobbedisce, al contrario l'odc ha valenza prettamente individuale e non si pone l'obiettivo di un intervento complessivo sulla norma giuridica. Tale distinzione, tuttavia, non soltanto è assai sfumata (in quanto i due comportamenti «possono intendersi come due momenti della stessa realtà: un momento collettivo e, quindi, politico della disobbedienza civile ed uno etico o di coscienza sotteso al primo, nell'odc»: così P.B. HELZEL, *L'obiezione di coscienza incontro/scontro tra diritto naturale e diritto positivo: il caso dell'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Federalismi.it*, 7), ma è anche contestabile in termini teorici, in quanto la distinzione tra le due sembra risiedere, piuttosto, nella motivazione che è alla base della contestazione (mentre nella disobbedienza può trattarsi di una contrarietà in termini politici o di opportunità, nell'odc occorre che il fondamento sia in un contrasto con la coscienza individuale). Ciò sebbene l'odc «sembra condividere con la disobbedienza civile la natura di risposta spontanea al deficit di rappresentanza politica»: così F. GRANDI, *Doveri costituzionali*, cit., 207.

sta “obiettore” abbia adempiuto al proprio obbligo di coscienza, o non dobbiamo invece supporre che in questo modo egli semplicemente si sia “lavato le mani” per scaricare su altri la responsabilità?<sup>30</sup>. Così facendo, tali obiettori non soltanto non tutelano il bene giuridico che essi affermano di voler salvare (e che è alla base del riconoscimento dell’odc), ma al contempo costringono altri a rendersi responsabili, al proprio posto, di quel comportamento che essi rifiutano.

Perciò, in sostanza, il vero obiettivo che un obiettore dovrebbe porsi, per essere coerente, è di “boicottare” la legge: ma tale obiettivo è impossibile, dal punto di vista dell’ordinamento<sup>31</sup>. Perché se quell’effetto si producesse, ciò significherebbe che gli effetti che la legge intende realizzare sono rimessi al comportamento di quanti sono chiamati ad applicarla: e se quella legge tende a garantire dei diritti, questa tutela sarebbe rimessa alle scelte degli operatori. «Se tutti fossero obiettori», come ha scritto qualcuno, si potrebbe produrre «la paralisi del funzionamento di una determinata legge»<sup>32</sup>, perché questa risulterebbe *praticamente inapplicabile*, e quei diritti che la legge mira a garantire non potrebbero esserlo, oppure gli interessati dovrebbero rivolgersi ad altri. Nel caso dell’ivg, ad esempio, se tutto il personale medico delle strutture pubbliche fosse obiettore, la donna che volesse interrompere la propria gravidanza non lo potrebbe fare: e ciò per il medico obiettore costituirebbe un successo, perché avrebbe salvato la vita di quell’embrione che egli non vuole contribuire a sopprimere. Allo stesso tempo, però, se la donna si rivolgesse ad un’altra struttura (pubblica o privata, autorizzata o non autorizzata), l’obiettivo dell’obiettore risulterebbe nella sostanza vanificato: ancora di più qualora si verificasse un problema anche per la salute della donna, che magari non si sarebbe ragionevolmente verificato se l’intervento fosse stato compiuto nella struttura in cui opera l’obiettore.

Ma, d’altra parte, le istituzioni sono tenute a garantire le prestazioni che la legge prevede, e le amministrazioni cui compete l’applicazione della legge devono individuare soluzioni organizzative tali da garantire comunque il diritto riconosciuto dalla legge: come avviene in tutte le circostanze in cui le strutture sanitarie operano per assicurare una presenza di personale non obiettore per realizzare l’ivg (ovvero la fecondazione assistita, la sperimentazione sugli animali, e così via). La stessa legge che ha introdotto la possibilità, a certe condizioni, dell’ivg e della connessa possibilità di obiettare, ha stabilito all’art. 9 che «gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l’espletamento delle procedure previste dall’articolo 7 e l’effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti». Né va dimenticato che tale adempimento è richiesto al nostro Paese (come agli altri Stati contraenti) da organismi internazionali: per due volte, ad esempio, il Comitato europeo dei diritti sociali ha invitato il Governo italiano ad assicurare il tempestivo accesso delle donne alle pratiche mediche necessarie per l’ivg, affermando altresì che nessuna donna deve

<sup>30</sup> Significativo, al riguardo, quanto avvenuto in sede di applicazione della prima legge sull’odc al servizio militare: la legge n. 772 del 1972 prevedeva la possibilità che un obiettore svolgesse, al posto del servizio militare armato, un servizio civile sostitutivo ovvero un “servizio militare non armato”, cioè facesse parte delle forze armate in tutto e per tutto, salvo che nell’uso delle armi. Pressoché nessuno scelse questa opzione: forse anche per ragioni di comodo, ma certamente perché essa non esprimeva il carattere di contestazione dell’istituzione militare che gli obiettori miravano a far risaltare.

<sup>31</sup> Merita ricordare che il Comitato nazionale di Bioetica, nel documento *Obiezione di coscienza e bioetica* del 2012, ha sottolineato come «il riconoscimento dell’odc non implica una sorta di potere di boicottaggio della legge, la cui vigenza deve essere garantita così come dev’essere garantito l’esercizio dei diritti da essa previsti».

<sup>32</sup> M. SAPORITI, *Se fossero tutti obiettori?*, cit., 477 ss.

essere posta di fronte all'incertezza sul dove, come e quando potersi sottoporre all'intervento<sup>33</sup>. E si ricordino i bandi di assunzione riservati a personale non obiettore adottati da alcune aziende ospedaliere nazionali, che pure hanno dato luogo a critiche in ordine alla presunta violazione del principio di eguaglianza<sup>34</sup>. Tanto che al riguardo si è parlato di "sostenibilità del diritto di obiezione di coscienza del personale sanitario, il cui riconoscimento è ancorato alla garanzia del servizio interruttivo"<sup>35</sup>: in sostanza, per quest'ultima impostazione, è possibile garantire il diritto all'odc nella misura in cui l'effetto che l'obiettore mira a tutelare, e che l'ordinamento ritiene meritevole di garanzia non può essere realizzato: ovvero, detto al contrario, nella misura in cui quell'effetto che l'obiettore rifiuta si può comunque realizzare, a prescindere dal comportamento dell'obiettore.

Quanto detto per l'odc all'ivg vale anche per le altre fattispecie di odc riguardanti situazioni coinvolgenti terzi: così, nell'ipotesi dell'odc alla fecondazione assistita, l'obiettore potrà rifiutarsi di prestare la propria opera, ma non potrà impedire che altri lo facciano al proprio posto (e che quindi, in definitiva, quella coppia che ha deciso di ricorrere a quelle tecniche possa farlo); analogamente nel caso della sperimentazione su animali.

Diverso è il caso dell'odc ai trattamenti sanitari: in tal caso, infatti, la prestazione medica (richiesta o che si rifiuti) potrebbe essere non sostituibile da altri; di conseguenza, la decisione del medico obiettore potrebbe consentire di vanificare le garanzie assicurate dalla disposizione (vale a dire il prodursi dell'effetto voluto dal paziente mediante il suo diritto all'autodeterminazione). Ciò induce a riflettere se effettivamente nel caso della legge 219/2017 sia ammissibile un diritto all'odc, anche alla luce di quanto affermato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207/2018, per la quale «il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive».

Al di là comunque di tale ultimo caso, negli altri è evidente che il riconoscimento dell'odc introduce un elemento di contraddizione nel sistema, non facilmente risolvibile<sup>36</sup>. E, per risolverlo, non può certo invocarsi «il carattere minoritario delle posizioni degli obiettori, cui è collegata la relativa esigenza

<sup>33</sup> Cfr. decisioni IPPF EN c. Italy del 30 aprile 2014 e CGIL c. Italy del 11 aprile 2016, su cui – tra gli altri – v. C. LUZZI, *La questione dell'obiezione di coscienza alla luce della legge 219/2017 tra fisiologiche esigenze di effettività e nuove prospettive di tutela*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2019, 15 ss.

<sup>34</sup> Su tali bandi, e a sostegno della loro legittimità, v., in particolare, S. TALINI, *Interruzione volontaria della gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. Profili critici e ipotesi di superamento*, in *Rivista AIC*, 2, 2017, 10 ss. Da segnalare come il problema si è posto anche in altri ordinamenti, con interventi legislativi e pronunce giurisdizionali tendenti a contemperare i diversi interessi in gioco: v. una sintetica rassegna in I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 19 ss.

<sup>35</sup> C. LUZZI, *La questione dell'obiezione di coscienza*, cit., 21.

<sup>36</sup> Osserva L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del Ssn. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 21, come mentre negli anni Settanta il dibattito fosse incentrato sul bilanciamento tra i diritti della donna e la necessità di garantire la tutela del nascituro, oggi il focus si è spostato sulla tensione tra le modalità di realizzazione di un diritto garantito dall'ordinamento e la garanzia della libertà di coscienza del medico.

di tutela della libertà di coscienza»<sup>37</sup>. Tale carattere minoritario può verificarsi di fatto, ma dal punto di vista dell'ordinamento non è possibile produrlo: una regola che limitasse il diritto all'odc ad un numero massimo di operatori sarebbe evidentemente e irrimediabilmente incostituzionale con riferimento al primo comma dell'art. 3 Cost.<sup>38</sup>.

## 6. L'obiezione di coscienza come "accomodamento ragionevole"

Diversi sono i problemi che si pongono nelle ipotesi in cui l'odc non riguardi (diritti dei) terzi, ma i cui effetti siano limitati alla sfera del soggetto agente (o obiettante). In tali casi, infatti, non vi è né da parte dell'obietto né da parte dell'ordinamento un interesse a che la legge venga attuata ed applicata in un modo oppure in un altro. Chi obietta alla formula del giuramento, ad esempio, non ha interesse a che quella formula venga cambiata per tutti: né l'ordinamento ha interesse a che la posizione dell'obietto rimanga minoritaria per non vedere compromessa l'attuazione della regola in termini generali. Così pure vale per chi chieda di essere esonerato dal rispetto di un giorno festivo per ragioni di coscienza o altri casi analoghi: in tutte queste circostanze l'obiezione di coscienza può realizzarsi senza sostanziali limiti; anche la posizione dell'obietto non può essere accusata di ipocrisia, perché ciò che egli intende tutelare (e che l'ordinamento gli garantisce di tutelare) si realizza con il semplice comportamento obiettante, senza riflessi sulla sfera giuridica di terzi.

Questi casi, dunque, non costituiscono un problema: al contrario di tutti gli altri che si sono considerati. E per i quali, come anche diffusamente si è scritto anche in passato, il tema dell'odc apre a numerosi e complessi interrogativi sul piano della sistematica costituzionale, nell'evidente difficoltà di rinvenire soluzioni pienamente soddisfacenti dei diversi interessi in gioco.

Soluzioni che possono valutarsi in una logica di "accomodamento ragionevole", sia dal punto di vista della persona che obietta che da quello dell'ordinamento<sup>39</sup>. Per il primo, se è vero che l'obietto che si rifiuta di tenere quel comportamento costringe altri a realizzarlo (senza consentirgli di impedire la realizzazione dell'evento che egli mira a scongiurare), è tuttavia anche vero che comunque egli può sottrarsi dal tenere un comportamento contrario ai propri convincimenti. Ed inoltre, che il suo comportamento può assumere un carattere "profetico" ovvero di denuncia: con l'obiezione egli dichiara infatti pubblicamente il proprio dissenso rispetto alla scelta di garantire quella prestazione voluta dal legislatore, con la speranza che da ciò possa scaturire un futuro ripensamento della scelta legislativa. Dal punto di vista dell'ordinamento, invece, mentre viene riconosciuto ad un soggetto il diritto di obiettare rispetto ad un comportamento finalizzato a realizzare un obiettivo posto dalla legge, l'ordinamento deve comunque garantire che quell'obiettivo si realizzi: un "accomodamento ragione-

<sup>37</sup> M. SAPORITI, *Se fossero tutti obiettori?*, cit., 480.

<sup>38</sup> Va segnalata al riguardo la proposta di legge n. 669 presentata nel corso della presente legislatura alla Camera dei deputati (proponente on. Labriola di Forza Italia), con la quale si intenderebbe introdurre un limite numerico (pari al 50%) per il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie che può dichiararsi obietto.

<sup>39</sup> D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., 321, parla al riguardo di una "natura conciliativa" propria dell'istituto dell'odc.

vole”, dunque, come si è detto, tra il perseguimento delle finalità per cui la legge è posta e l’esigenza di tutelare alcune situazioni individuali<sup>40</sup>.

Sotto entrambe le prospettive indicate si tratta di equilibri assai delicati e necessariamente compromissori, rispetto ai quali i comportamenti individuali e le prassi applicative possono svolgere un ruolo decisivo.

---

<sup>40</sup> Analogamente A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, 1995, 240 ss.

## **Homo religiosus, laicità e scienze cognitive. Prime intersezioni**

**Giancarlo Anello\***

*HOMO RELIGIOSUS, SECULAR LAW AND COGNITIVE SCIENCES. EARLY INTERSECTIONS*

**ABSTRACT:** This essay aims at exploring the possibility to apply a phenomenological approach to the relation between religions and bioconstitutionalism. The author focuses on the legal framework of such an approach, that is an intercultural conception of “laicità”, understood as procedural cognitive process to be realized by balancing legal claims, rights and existential conceptions of religious actors. Conclusions are dedicated to the definition of an interdisciplinary paradigm of legal subjectivity which may combine the traditional, humanistic and constitutional perspective to the evolutionist-anthropological one resulting from the most recent evidence of cognitive sciences of religion (CSR).

**KEYWORDS:** Freedom of religion; constitution; secular law; biolaw; cognitive science of religions (CSR)

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. Costituzione, religioni, biodiritto – 2. Per una rilevanza giuridica della “religiosità” nell’era biogiuridica – 3. Concezioni della laicità e decisioni esistenziali religiosamente orientate – 4. Religiosità e soggettività (bio)giuridica: prime intersezioni

### **1. Introduzione. Costituzione, religioni, biodiritto**

**D**iversi secoli sono trascorsi dalle prime manifestazioni della religiosità nell’essere umano. Da allora alcune fedi sono tramontate e altre sono sorte, la società si è caratterizzata per un progresso intellettuale e tecnologico straordinario e inimmaginabile, nondimeno il condizionamento della sfera ultramondana sull’esistenza degli individui non sembra essere scemato. La religione, colta nella sua dimensione interiore più recondita, insita nella postura fideistica dell’essere umano, rappresenta ancora un potente motore dei processi di rivendicazione d’identità, di autonomia, di riconoscimento. La matrice religiosa costituisce e sostiene molte delle premesse di senso e di valore da cui dipendono le diverse forme e articolazioni della soggettività. Anche in campo giuridico, le religioni rappresentano una fonte di legittimazione e d’interpretazione del diritto in molti ordinamenti nel mondo. Ciò nonostante, la fenomenologia dell’*homo religiosus* rappresenta un oggetto di studio giuridico relativamente poco sondato. Complice lo spirito antireligioso dell’illuminismo, il pensiero moderno ha prodotto una certa marginalizzazione del “sacro vissuto” nell’ambito del diritto, sulla base di teorie che facevano della religione una superstizione, un retaggio irrazionale del passato pre-moderno,

\* *Professore di Intercultura e pluralismo istituzionale del Dipartimento DUSIC dell’Università di Parma. Mail: [giancarlo.anello@unipr.it](mailto:giancarlo.anello@unipr.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

ovvero uno strumento di potere e di ingerenza delle chiese nei confronti dell'allora nascente ente statale<sup>1</sup>.

Questo contributo si propone di riprendere alcune di quelle prospettive di studio e di porre il problema di un'eventuale rilevanza giuridica della "religiosità" personale, intesa come esperienza vissuta del sacro, nell'ambito del biodiritto. Nel farlo, si propone di ipotizzare una concezione della laicità – quale assetto costituzionale regolatore dei rapporti tra normatività pubblica e attitudini religiose – non già come un principio/valore acquisito, ma come un processo cognitivo volto a bilanciare, una volta compresi nella loro profondità culturale, i diritti, le pretese e le concezioni esistenziali dei diversi attori laici e religiosi protagonisti del consorzio giuridico. La complessità religiosa della società globalizzata reinterroga infatti il principio di laicità ponendo quesiti e problemi a oggi inediti. Nelle sue conclusioni, il contributo formula alcune considerazioni, riassuntive e non esaustive, volte a ipotizzare un approccio interdisciplinare alla fenomenologia dell'*homo religiosus* e alla sua soggettività giuridica in grado di coniugare la prospettiva tradizionale, personalistica e costituzionale, a quella evoluzionista-antropologica risultante dalle evidenze più recenti delle scienze cognitive della religione (CSR).

## 2. Per una rilevanza giuridica della "religiosità" nell'era biogiuridica

La religione è non solo un assetto istituzionale o confessionale, ma anche un'attitudine dell'essere umano antecedente alle diverse forme che le religioni assumono quando storicamente si socializzano<sup>2</sup>. Un'impostazione che dia rilievo a questo aspetto della fenomenologia religiosa implica che siano messe da parte, almeno in un primo momento, le teorie formalistiche che assegnano alla religione una rilevanza giuridica solo in funzione della dimensione istituzionale e confessionale che essa assume nei vari ordinamenti<sup>3</sup>. Non si tratta – sia chiaro – di negare la giuridicità delle religioni organizzate, quanto piuttosto di analizzare la maggiore complessità che la dimensione globalizzata delle religioni determina nella dialettica tra individuo e collettività nell'esercizio delle libertà giuridiche connesse alla personalità. Né questo approccio coincide perfettamente con la discussione in materia di libertà di coscienza, poiché la religiosità al contrario di quella, implica l'adesione specifica ad una cultura o tradizione religiosa. Una prospettiva di questo genere sembra attagliarsi in modo particolare alla rinnovata importanza che le religioni hanno assunto nella sfera pubblica con la globalizzazione, con modalità nuove e a scapito della dimensione statale e normativa delle religioni confessionali. Le religioni globali oggi funzionano come linguaggi transnazionali della contemporaneità, capaci di veicolare e traghettare informazioni su situazioni esistenziali, per questo in grado di orientare i processi decisionali e quindi i

<sup>1</sup> Per il quadro completo di questa critica all'approccio formalistico alla libertà religiosa e alla soggettività giuridica, si permetta un rinvio allo studio monografico G. ANELLO, *Teologia linguistica e diritto laico*, Milano, 2019, *passim*.

<sup>2</sup> Per le argomentazioni storico-antropologiche di questa posizione, cfr. W.C. SMITH, *The Meaning and End of Religion*, Minneapolis, 1991, 19 ss.

<sup>3</sup> A proposito, G. ANELLO, *Organizzazione confessionale, culture e Costituzione*, Soveria Mannelli, 2009 e più di recente cfr. ID., *Costituzione, religione e cambiamenti nel diritto e nella società. Appunti interdisciplinari per una libera religiosità nella sfera del diritto*, in P. CONSORTI (a cura di), *Costituzione, Religione e cambiamenti nel diritto e nella società*, Pisa, 2019, 279 ss.

comportamenti giuridici d'individui e comunità. Spesso questi condizionamenti sono culturali, psicologici, valoriali e prescindono, in tutto o in parte, dall'assetto istituzionale che le varie confessioni religiose assumono in un paese o in un altro. L'esempio dell'Islam in Europa è, in tal senso, decisamente indicativo: a prescindere dal riconoscimento giuridico ad associazioni e denominazioni giuridiche nazionali, i valori e la cultura dell'Islam globale alimentano e danno sostanza all'axiologia religiosa dei diritti umani e fondamentali, nelle loro chiavi d'elaborazione e d'interpretazione di pretese giuridiche. Un simile itinerario, pur non rinnegando il passato, potrebbe essere adeguato nell'interpretare le istanze giuridiche derivanti dalle intersezioni tra la sfera biogiuridica e i comportamenti religiosamente orientati nella società globalizzata. Peraltro, lo stesso statuto epistemologico del biodiritto parrebbe un ambito favorevole a questo tipo di itinerari di ricerca<sup>4</sup>: assumendo, difatti, che il biodiritto abbia a oggetto la vita e la natura dell'esistenza, il suo perimetro andrebbe certamente a ricomprendere le differenti concezioni culturali, psicologiche e religiose che nella società si occupano del medesimo oggetto, il *bios*<sup>5</sup>.

Anche l'attitudine interdisciplinare del biodiritto, costitutiva sia della fase fondazionale sia della fase di sviluppo di questa nuova disciplina, consente il collegamento metodologico con altre scienze o con altri metodi di osservazione, in funzione del problema giuridico da esaminare<sup>6</sup>. Nel caso della fenomenologia religiosa, la dimensione neuro-cognitiva e psicologica<sup>7</sup> è una chiave straordinaria per comprendere fino in fondo i giudizi personali relativi al nesso tra cause ed effetti degli eventi esistenziali, può servire a inquadrare le valutazioni e le scelte etiche degli individui, a scandagliare la loro sfera emotiva e le loro motivazioni finalistiche, a ricostruire e disciplinare i processi che regolano la memoria di singoli e collettività<sup>8</sup>.

Infine, a dispetto di un'apparente diversità d'impostazione e di contenuto, entrambe le prospettive si allineano lungo un'unica direttrice che rappresenta, al tempo stesso, l'essenza stessa dell'esperienza religiosa, nonché fondamento e termine del *bioconstitutionalism*<sup>9</sup>: il principio giuridico personalista<sup>10</sup>, nelle sue varie accezioni disciplinari<sup>11</sup>, avvalorata in maniera assoluta la personalità di ogni individuo, ricomprendendone anche gli aspetti più intimi e insondabili, come la religiosità e la coscienza, nelle loro diverse forme storiche e culturali di espressione e manifestazione.

<sup>4</sup> A. D'ALOIA, *Biodiritto*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di Filosofia del Diritto*, vol. II, Torino, 2012, 39 e 44.

<sup>5</sup> L. VIOLINI, *Biodiritto e Costituzione italiana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 65 ss.

<sup>6</sup> A. D'ALOIA, *op. cit.*, 56 ss.

<sup>7</sup> Si veda, P. SOMMAGGIO, *Scenari di neurociviltà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2015, 137 ss., nonché il numero monografico di questa rivista, *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2017, dedicato alle neuroscienze.

<sup>8</sup> J. BERING, *The God Instinct. The Psychology of Souls, Destiny, and the Meaning of life*, London, 2013, *passim*.

<sup>9</sup> A. D'ALOIA, *op. cit.*, 59.

<sup>10</sup> Cfr. a riguardo A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, 50 ss.; P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966; P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato (1967-1987)*, Padova, 1988; A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it – Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 17, 2013, 1 ss.; E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, 38 ss., inoltre, L. VIOLINI, *op. cit.*, 71.

<sup>11</sup> Ad esempio, I.V. PONKIN, A.A. PONKINA, *On the issue of the content of notion of "Human Being" from the Perspective of Medical Law and Bioethics*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.sta-tochiese.it)*, 16, 2016, 4.

### 3. Concezioni della laicità e decisioni esistenziali religiosamente orientate

Le variazioni lessicali connesse alla storia del concetto di laicità ne testimoniano la natura straordinariamente proteiforme e la particolare capacità di assorbire i mutamenti di prospettiva: laicizzazione, laicismo, laicità e per connessione secolarizzazione, secolarismo e secolarità sono alcuni dei lemmi che sono stati utilizzati per descrivere i vari profili di questa idea. Ognuno di questi termini è poi stato politicamente enfatizzato o variamente combinato, tanto in coppie oppostive (ad esempio, quella di secolarizzazione vs secolarismo) quanto in descrizioni ascendenti (dalla laicizzazione al laicismo), tali da esprimere, secondo il contesto e l'indirizzo ideologico, un apprezzamento o un disvalore, anche se malcelati, in termini giuridici.

Passando in rassegna alcuni degli usi correnti, e senza pretesa di completezza, il concetto è basilaramente in grado di evocare l'ipotesi di un processo di transizione da uno stato di fatto approssimativamente caratterizzato da pienezza o incisiva presenza della religione nella società a un altro contraddistinto invece da una certa diluizione dell'elemento religioso in precedenza dominante.

Se inteso antropologicamente e soggettivamente, questo termine contrassegna un atteggiamento cognitivo, una postura psicologica relativa ai processi dell'esperienza funzionalizzati alla guida di successivi comportamenti: in tal senso, è laico chi, nel valutare le cose della realtà, si distacca dalla morale religiosa consapevole della propria autodeterminazione, della propria capacità di creare razionalmente valori validi, intellegibili sulla base della ragione e utili a orientare le decisioni della propria umana esistenza<sup>12</sup>.

Se riferito all'assetto istituzionale, la parola rinvia a quel carattere di legittimità dello Stato moderno propriamente fondato su una progressiva distinzione tra *ordini* normativi dello Stato nazionale e della Chiesa, il primo *grosso modo* corrispondente alla sfera degli affari secolari, il secondo a quella degli affari spirituali, distinzione configuratasi in seguito alla maturazione del dualismo filosofico e scientifico illuminista tra ragione e religione.

Se considerato poi quale principio/valore caratterizzante l'ordinamento giuridico, il concetto ha dato luogo a una molteplicità di moduli di relazione tra Stato e confessioni religiose, la cui sintesi è riassumibile nella constatazione che tale formula non rappresenta un assoluto fuori dal tempo, ma è frutto di processi storici e di fondamenti filosofici differenti<sup>13</sup>.

Una specificazione di tenore marcatamente gius-politico ha riferito la laicità all'azione dello Stato, contrassegnandone l'esigenza di *neutralità* nei confronti del fenomeno religioso: lo Stato laico è – o dovrebbe essere – caratterizzato da una certa equidistanza e imparzialità nella valutazione e regolamentazione dei fenomeni sociali scaturenti da fedi personali e gruppi religiosi. Tale paradigma, di tipo ottocentesco, contenutistico e politico, è stato per molto tempo incarnato dallo Stato francese ma da ultimo è stato messo fortemente in crisi dal sempre più crescente pluralismo culturale e religioso in Europa. Da più parti si è rilevato come la stessa laicità *alla francese* sia diventata una sorta di *religione*

<sup>12</sup> La bibliografia in materia di laicità è sterminata, *ex multis* e a titolo meramente orientativo, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Roma-Bari, 2010; S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2010; N. COLAIANNI, *Laicità: finitezza degli ordini e governo delle differenze*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica*, 39, 2013, 1. ss.; P. STEFANI, *La laicità nell'esperienza giuridica dello Stato*, Bari, 2007.

<sup>13</sup> J. BAUBÉROT, *Le tante laicità del mondo*, Roma, 2008.

*civile* che concepisce i valori occidentali come contenuti da imporre nella regolamentazione dei rapporti sociali e nella limitazione delle pretese giuridiche provenienti da minoranze, stranieri e immigrati. Per questo motivo, tale concezione è stata affiancata da un'altra idea che guarda alla laicità come a un metodo essenzialmente giuridico che non avrebbe la pretesa di informare ai propri valori la società civile, ma di regolare i rapporti tra questa e lo Stato attraverso l'attrezzatura del diritto<sup>14</sup>. A guardar bene, tuttavia, neanche questo tipo di laicità ha una natura esclusivamente formale ma presenta anch'essa tratti contenutistici che sono legati a doppio filo ai valori (libertà, pluralismo, uguaglianza ecc.) che vuole preservare. Questi ultimi, a causa della loro importanza di base, costituiscono i *limiti* dell'agire sociale pur ammettendosene circostanziate attenuazioni (*accomodation theories*) o differenziazioni (*legal pluralism*).

Da ultimo, una critica radicale ha messo in dubbio l'idea che lo stesso diritto, inteso in senso oggettivo, possa considerarsi in sé neutrale. Con l'avvento della globalizzazione, infatti, la rappresentazione (o meglio, l'autorappresentazione) in virtù della quale il processo di formazione della modernità giuridica sia andata di pari passo col processo di secolarizzazione delle istituzioni statali si è rivelata piuttosto fittizia. La religione continua a vivere mimetizzata nelle pratiche sociali, a fornire un asse di legittimazione implicito delle istituzioni pubbliche, ad alimentare processi di significazione e di valorizzazione dell'agire individuale e collettivo<sup>15</sup>. Sebbene il lessico giuridico europeo si sia autorappresentato come neutrale, razionale, asettico, in realtà esso è intriso di rimandi alla cultura religiosa di matrice giudaico-cristiana. Questa caratteristica del linguaggio giuridico è peraltro comune a tutti i cataloghi normativi connessi a tradizioni religiose sottostanti<sup>16</sup>. Non riconoscere questi assunti nel determinare il principio di laicità significherebbe impartirne una versione *asimmetrica*, vicina alle pretese e ai comportamenti che trovano riscontro nella cultura e nelle matrici cristiane dell'Occidente e lontana da quelle pratiche e quei concetti che sono fondati su una piattaforma culturale di tipo islamico, buddista o induista. Una persona non cristiana o non occidentale non avrebbe la possibilità di estendere la volontà – ovvero la libertà – della propria sfera privata nella dimensione sociale, senza la collaborazione degli altri consociati o il riconoscimento delle istituzioni<sup>17</sup>. Tale operazione infatti necessita di commensurabilità e di continuità di senso tra i propri valori interiori e i comportamenti tenuti nella sfera pubblica, del suo lessico istituzionale, di codici culturali, etici e religiosi ampiamente condivisi, dell'articolarsi proattivo e solidaristico dei rapporti giuridici. Analogamente, decisioni e comportamenti ispirati da un'etica laica e totalmente secolarizzata<sup>18</sup> sarebbero frustrati all'interno di una sfera pubblica ammantata di religiosità. Su questo punto specifico vale la pena fare una rapidissima menzione a un caso giurisprudenziale in cui alcuni aspetti e profili dei problemi qui delineati sembrano prendere forma: si tratta del cosiddetto "caso Cappato", oggetto dell'ordinanza n. 207 del 2018 con cui la Corte costituzionale ha rinviato al 24 settembre 2019 la decisione sulla legittimità costituzionale del reato di assistenza al suicidio, al fine di lasciare spazio a un intervento legislativo del Parlamento su alcuni profili particolari del caso di

<sup>14</sup> S. FERRARI, *Religione civile in Europa. Laicità asimmetrica*, in *Il Regno*, Attualità, 6, 2006, 200 ss.

<sup>15</sup> *Ex multis*, M. RICCA, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, 2013.

<sup>16</sup> G. ANELLO, *Tradizioni di giustizia e stato di diritto*, vol. I, Napoli, 2011.

<sup>17</sup> A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica*, Torino, 2011.

<sup>18</sup> Cfr., anche se datato, il volume di U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Milano, 1998.

specie. Lungi dal costituirne un commento, per il quale si rinvia a letture più qualificate<sup>19</sup>, i riferimenti incidentali all'ordinanza della Corte rappresentano piuttosto l'occasione o il punto di avvio per riflettere sui processi di categorizzazione e di qualificazione costituzionale di quei "valori non negoziabili" rispetto ai quali un'eventuale rilevanza giuridica della religiosità personale in una società multireligiosa potrebbe rappresentare una fonte di pericolosa frammentazione. Ciò detto, appare emergere tra le righe delle ordinanze sul caso Cappato la latenza culturale della religiosità come elemento dello sfondo degli assetti normativi volti a regolare alcune situazioni biogiuridiche molto sensibili: l'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*, ad esempio, ha rinvenuto proprio nella "sacralità" e nell'indisponibilità della vita indici di religiosità posti a presidio della vita nel codice penale di età fascista e concordataria. Questa osservazione del giudice *a quo* è stata confutata nell'ordinanza della Corte che ha ravvisato nell'art. 580 del codice penale non già una norma posta presidio di un bene in virtù della sua sacralità, quanto piuttosto una sanzione coerente col principio costituzionale della supremazia della persona umana e della centralità della vita, nel caso di persone deboli o malate, che altrimenti sarebbero esposte al rischio di essere indotte più facilmente a congedarsi prematuramente dalla vita. Ciò nondimeno è altrettanto indubbio ravvisare una certa continuità in questo tipo di linguaggio giuridico personalista e i lineamenti essenziali della pedagogia cattolica quando questi ultimi avvisano che «il suicidio contraddice la naturale inclinazione dell'essere umano a conservare e a perpetuare la propria vita», ovvero che «la cooperazione volontaria al suicidio è contraria alla legge morale»<sup>20</sup>.

Alcune concezioni critiche della laicità invitano quindi a tenere in conto la religiosità quale fattore implicito dell'ambiente normativo. Esse preparano il campo per il superamento di concezioni formali della laicità e ne ipotizzano piuttosto una nozione *finalistica* e *processiva*. Si potrebbe dire, cioè, che la laicità non è un principio/valore acquisito ma un assetto che deve essere costantemente ri-assicurato dalla scienza giuridica in ragione e nonostante il mutamento del ruolo delle religioni nella sfera pubblica. Da tale osservazione segue un corollario scientifico relevantissimo: in simili condizioni, una vera neutralità non dipende più dalle formulazioni linguistiche pregresse di istituti o diritti, ma consiste in un atteggiamento cognitivo ed ermeneutico improntato a una equidistanza culturale nei confronti delle nuove istanze di riconoscimento<sup>21</sup>.

L'*agire giuridico religiosamente connotato* rappresenta pertanto il fenomeno di trasformazione da studiare con le lenti del giurista pratico e col sostegno di una base teorica adeguata. Tale assunto va spiegato dettagliatamente: è cosa nota che varie tradizioni religiose abbiano nel corso dei secoli dato vita a sistemi di diritto religiosi (diritto ebraico, canonico, musulmano, indu ecc.). A loro volta, tali sistemi hanno interagito coi sistemi di diritto secolare o statale in vari modi, intrecciando una serie di interdipendenze che durano anche oggi:

<sup>19</sup> Si veda piuttosto, su questa rivista, C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 3, 2018, 139 ss.; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 3, 2018, 153 ss.

<sup>20</sup> Così i punti 2281 e 2282 del catechismo della Chiesa cattolica. Nella tradizione canonistica, il disvalore etico del suicidio è principio consolidato, da cui normativamente consegue la sanzione di negare le esequie a coloro i quali si sono tolti la vita, in quanto peccatori manifesti, cfr. G.P. MASSETTO, *Il suicidio nella dottrina dell'età di mezzo*, in *Acta Historiae*, 12, 2004, 1, 139 ss. e cann. 1183-1185 del Codice del 1983.

<sup>21</sup> M. RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo, 2012.

- in alcuni casi, i diritti religiosi danno corpo, in tutto o in parte, al diritto positivo di alcuni stati stranieri. In questo caso, il diritto religioso rappresenta la legge personale dello straniero: si tratta d'ipotesi di rilevanza inter-normativa delle norme religiose che dipende dal rinvio che a esse fanno le disposizioni di diritto statale, nei limiti del diritto internazionale pubblico e privato;
- in altri casi, i diritti religiosi rappresentano la fonte di ispirazione delle legislazioni nazionali o internazionali, in termini di modelli giuridici, di istituti, di valori e di interessi meritevoli di tutela anche al di sotto delle formulazioni dei diritti umani (ad esempio, nel caso di disposizioni patrimoniali testamentarie ispirate a moduli e valori religiosi o nel caso di contratti, anche internazionali, di vendita o di finanziamento)<sup>22</sup>. La rilevanza di tali norme o modelli si può tradurre nella richiesta di utilizzare istituti giuridici tipici in combinazione con altri per conseguire finalità atipiche, o nell'elaborazione *ex novo* di combinazioni inedite negoziali siano elaborate per evitare la violazione degli obblighi di deontologia religiosa da parte dei soggetti agenti religiosamente motivati;
- infine, le norme dei diritti religiosi possono rilevare come principi di fede che ispirano la coscienza, e indirettamente e culturalmente, comportamenti individuali e di gruppo (si tratta di una rilevanza che richiama da vicino la teoria di diritto canonico conciliare della *potestas mediata in temporalibus*). In questo caso, la loro rilevanza non è tanto connessa alla possibilità da parte del soggetto di diritto di chiedere l'applicazione di norme confessionali, ma attiene alla dimensione interiore ed esperienziale dei singoli soggetti e si esprime nel concreto dei comportamenti giuridici o nelle interpretazioni personali dei diritti umani e fondamentali, che possono dipendere da indici di senso religiosi.

In tutti i casi, la dinamica tra diritti religiosi e diritti statali può suscitare istanze di riconoscimento o forme di adeguamento all'interno di una cornice pubblica di tipo costituzionale e pluralista. Tale aggiustamento può dispiegarsi a un livello più superficiale secondo processi d'interazione tecnica e normativa attraverso i sistemi di diritto internazionale privato o richiedere un riconoscimento più profondo di tipo culturale e intersoggettivo, attraverso le piattaforme giuridico-valoriali dei diritti umani/fondamentali.

A questo livello si avverte il maggiore intervallo teorico tra le precedenti formulazioni della laicità e una prospettiva finalistica di tipo interculturale. Gli obblighi di coscienza e religiosi, infatti, possono costituire regole per l'azione, ovvero dare sostanza alla premessa motiva di comportamenti che hanno una rilevanza nella sfera giuridica. L'appartenenza religiosa a livello globalizzato porta in dotazione all'individuo non solo una serie di diritti fondamentali, ma anche un "set" di obblighi e doveri religiosi, alla cui osservanza i singoli fedeli possono dare una importanza analoga al rispetto delle leggi di uno Stato. In molte circostanze, gli *allocolti* e gli stranieri possono manifestare l'interesse primario non tanto di applicare le norme del diritto religioso o del proprio Stato di origine, quanto di tradurre i propri "abiti" culturali in pretese giuridiche che producano gli effetti concreti d'istanze e obblighi religiosi negli ordinamenti in cui vivono. Tale premessa motiva è in grado, attraverso la mediazione dei diritti

<sup>22</sup> R.A. DEBS, *Islamic Law and Civil Code*, New York, 2010.

fondamentali e dei diritti umani, di intersecare qualsiasi branca del diritto, da quella personale e familiare a quella pubblica, da quella economico-civilistica<sup>23</sup> a quella esistenziale-bioetico<sup>24</sup>. Anche in questo caso, un breve cenno al “caso Cappato” può dare un’idea concreta di quanto appena osservato: tra i motivi della rimessione alla Corte costituzionale, il giudice *a quo* ha fatto menzione del diritto di ciascun individuo al rispetto della propria vita privata, sancito dall’art. 8 della CEDU, un diritto tale da comprendere una certa sfera di autonomia nelle decisioni che coinvolgono il proprio corpo eventualmente ispirate da ragioni e motivi di carattere religioso, secondo traiettorie e casistiche che è certo difficile ipotizzare aprioristicamente. Questo particolare punto ha dato l’occasione allo stesso giudice costituzionale di ammettere che situazioni particolarmente difficili – come quella del caso di specie –, sotto l’aspetto non solo biologico ma anche psicologico ed esistenziale, possano di volta in volta ridisegnare i confini di tutela della dignità della persona nel solco del dettame dell’art. 32, secondo comma, Cost. Va peraltro aggiunto come i parametri del concetto di dignità varino sensibilmente da una religione a un’altra, sia nel tempo, sia nello spazio<sup>25</sup>. Alcune religioni orientali indicano nella morte onorevole una via per salvaguardare l’onore della famiglia e la dignità personale in situazioni esistenziali difficili<sup>26</sup>; altre negano in radice la distinzione cartesiana tra corpo e mente che, in situazioni come quelle del caso Cappato, sostengono il ragionamento giuridico col parametro chiave della “capacità di agire”<sup>27</sup>; altre ancora, come l’Islam, ritengono che una persona gravemente afflitta nel suo corpo non sia in grado di prendere decisioni razionali circa il suo stato di salute, in ragione dello stato emotivo di preoccupazione e di stress causato dall’infermità<sup>28</sup>.

In circostanze analoghe non è difficile ipotizzare che un agire giuridico religiosamente connotato può determinarsi in modo inedito seppure all’interno dei limiti giuridici previsti da ordinamenti che considerano la religione non come una caratteristica irrilevante dell’esperienza soggettiva, quanto piuttosto come la matrice di senso di una libertà fondamentale da salvaguardare in regime di pluralismo confessionale e culturale. In un quadro di questo genere, a dispetto di concezioni della laicità caratterizzate

<sup>23</sup> Si permetta un rinvio per un esempio in tema a G. ANELLO, *Deontologie religiose, cultura economica e rapporti contrattuali. Riflessioni a partire dai processi di negoziazione*, in A. FUCCILLO (a cura di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, Napoli, 2017, 366-386.

<sup>24</sup> Cfr. F. COMPAGNONI, F. D’AGOSTINO (a cura di), *Il confronto interculturale: dibattiti bioetici e pratiche giuridiche*, Cinisello Balsamo, 2003; I. QUARANTA, M. RICCA, *Malati fuori luogo. Medicina interculturale*, Milano, 2012.

<sup>25</sup> In materia di dignità, diritti umani e diritti religiosi merita una menzione la Conferenza internazionale tenuta a Roma dal 20-22 gennaio 2019, *Religious Voices, Human Dignity, and the Making of Modern Human Rights Law*, a cui anche il sottoscritto ha potuto prendere parte, organizzata dalla Pontificia Università Antonianum in cooperazione con l’*International Center for Law and Religion Studies (ICLRS) – Brigham Young University; the Oxford Journal of Law and Religion; the Religion, Law and International Relations Programme of the Oxford Centre for Christianity and Culture at Regent’s Park College, Oxford; and the Oxford Society of Law and Religion*, [www.iclrs.org/index.php?pageId=1&contentId=1&blurbId=104575](http://www.iclrs.org/index.php?pageId=1&contentId=1&blurbId=104575), ultima consultazione 25/1/2019.

<sup>26</sup> R. GOEL, *Can I Call Kimura Crazy? Ethical Tensions in the Cultural Defense*, in *Seattle Journal for Social Justice*, 3, 1, 2004, 443 ss. Per un commento del famoso caso Kimura, F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica*, ottobre 2007, 36 ss.

<sup>27</sup> B.A. HOLDREGE, *Body connections: Hindu discourses of the body and the study of religion*, in *International Journal of Hindu Studies*, December 1998, 2, 3, 341-386.

<sup>28</sup> Nel caso dei trattamenti sanitari, G. ANELLO, *Multiculturalità, “diritti” e differenziazioni giuridiche: il caso dei trattamenti sanitari*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica*, 16, 2013, 4 ss. Si veda, in generale, D. ATIGHETCHI, *Islam e bioetica*, Roma, 2009.

per una loro stabilità o fissità, s'impone una rielaborazione del concetto che guardi all'integrazione tra forme inconsuete dell'agire giuridico e ordinamenti di diritto statale, secondo modalità culturalmente equidistanti e finalisticamente orientate al pluralismo e al cosmopolitismo.

#### 4. Religiosità e soggettività (bio)giuridica: prime intersezioni

In questo quadro si colloca lo studio dell'*homo religiosus* e della sua particolare forma di soggettività (bio)giuridica. Questo studio si presta a differenti tipi di approcci:

- il primo approccio, di tipo storico-sociologico attento ai profili collettivi della dimensione religiosa, parte dalla constatazione che successive generazioni di persone, in diversi contesti geografici, sociali, culturali hanno osservato, interpretato, tramandato tradizioni religiose, testi e norme, dando luogo a credenze, riti e istituzioni religiosi di diversa natura. Si tratta, com'è evidente, del tipo di approccio più consueto nello studio giuridico del fenomeno religioso<sup>29</sup>;
- il secondo approccio, di tipo emico<sup>30</sup> è attento al profilo individuale del fenomeno religioso e si preoccupa di considerare il punto di vista interiore e di coscienza dell'*homo religiosus*. Si tratta di prendere sul serio l'ottica psicologico-esistenziale del fedele, del suo modo particolare di percepire la realtà, sia interiore, sia esteriore, in dipendenza di una particolare postura fideistica. In altri termini, si presuppone che una persona consideri reale e veritiera la dimensione mondana ed extramondana della religione, qualunque essa sia, e viva la propria esistenza alla luce delle credenze religiose. Questo approccio si concentra sulla dimensione interiore della religione ed è stata parzialmente applicata in campo giuridico soprattutto in relazione alle tematiche connesse alla libertà di coscienza<sup>31</sup>;
- il terzo approccio, di tipo evoluzionista, è di tipo recente e ancora in via di definizione (*Cognitive Sciences of Religions CSR*)<sup>32</sup>. Le varie correnti che lo rappresentano sono accomunate dal proporre chiavi di lettura di tipo scientifico e neuro-cognitivo del fenomeno religioso<sup>33</sup>. Queste correnti, innanzitutto, criticano la distinzione cartesiana tra corpo e anima, prospettando un concetto unificatore di *mente incorporata (embodied mind)*, quale facoltà personale di relazione con il mondo

<sup>29</sup> J. WAARDENBURG, *Classical Approaches to the Study of Religion. Aims, Methods, and Theories of Research. Introduction and Anthology*, Berlin/Boston, 2017.

<sup>30</sup> In antropologia cognitiva, con la contrapposizione emico/etico si distinguono i fenomeni interiori di coscienza degli attori sociali, le loro credenze e i loro valori, dalla percezione dei medesimi fenomeni sulla base dei comportamenti esterni degli attori da parte di un osservatore. Cfr. M. HARRIS, *History and Significance of the Emic/Etic Distinction*, in *Annual Review of Anthropology*, 5, 1976, 329-350.

<sup>31</sup> Per una ricognizione recente, D. FERRARI, *La libertà di coscienza nella pluralità degli ordinamenti giuridici, Trieste*, 2015, 7 ss.; inoltre C. PICCIOCCHI, *Diritto e coscienza: circoscrivere per garantire, in nome del pluralismo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 115 ss.

<sup>32</sup> J.A. LANMAN, *Evolutionary Anthropology and Religion: Surveying the Field*, in N.K. CLEMENTS (ed.), *Mental Religion: The Brain, Cognition, and Culture*, Farmington Hills, 2016, 63-82.

<sup>33</sup> Cfr. per un primo orientamento in materia, J.L. BARRETT, E. REED BURDETT, *Cognitive Science of Religion*, in *The Psychologist*, 24, 4, April 2011, 252 ss.; J.L. BARRETT, J.A. LANMAN, *The science of religious beliefs*, in *Religion*, 38 (2008), 109-124; H. WHITEHOUSE, *Modes of Religiosity: Towards a Cognitive Explanation of the Sociopolitical Dynamics of Religion*, in *Method & Theory in the Study of Religion*, 14, 2002, 293 ss.; J. SØRENSEN, *Religion in Mind: A Review Article of the Cognitive Science of Religion*, in *Numen*, 52, 4, 2005, 465 ss.

e strumento cognitivo di verifica dell'esperienza reale. In relazione all'esperienza religiosa, pertanto, esse rappresentano la persona umana come un sistema integrato tra corpo e mente che segue le leggi della natura e dell'evoluzione, tra le quali quelle che predispongono l'individuo a un atteggiamento religioso<sup>34</sup>.

Rispetto a questa tripartizione e alla prospettiva giuridica tradizionale che indagava le religioni attraverso il metodo giuspositivistico o storico-sociologico, l'era biogiuridica implicherebbe l'adozione di un'ottica unitaria e interdisciplinare.

Qui di seguito, per esempio, si propone di percorrere una prima fase di questa transizione, collocandola all'interno del quadro costituzionale italiano. Così, l'approccio storico-sociologico alla fenomenologia religiosa, mediato dalle teorie liberali sulla libertà religiosa e istituzionistiche di Santi Romano, è stato quello più risalente, che ha maggiormente ispirato la redazione delle norme costituzionali (artt. 7, 8 e 19 cost.) e la loro successiva interpretazione. Per dare una rappresentazione icastica di questa fase, si può citare un passaggio tratto dalla prolusione che Francesco Cossiga – allora Presidente della Repubblica Italiana – tenne l'11 gennaio del 1992, in occasione del conferimento della laurea *ad honorem* della Università cattolica di Loyola di Chicago. In quell'occasione Cossiga scelse di trattare il tema della storia della libertà religiosa in Italia<sup>35</sup>. La relazione di Cossiga prendeva avvio cronologicamente dal periodo pre-costituzionale, in cui la libertà religiosa era posta al centro di un 'sistema di libertà' ad essa collegate<sup>36</sup>. In estrema sintesi, l'argomento si sviluppava notando come la postura e la coscienza religiosa dell'individuo facessero da sfondo a una serie di comportamenti formalmente ascrivibili ad altre libertà, quali quelle di espressione, di riunione e di associazione ma che tutte trovassero nella libertà religiosa una matrice di senso e di valore. Cossiga (dopo aver citato le dottrine storiche in materia di libertà religiose, e in modo particolare Francesco Ruffini) entrava nel merito della disciplina costituzionalistica, descrivendo le caratteristiche del diritto di libertà religiosa nell'ordinamento giuridico italiano: «A completely new age for religious freedom, with the comprehensive recognition of inviolable human rights, dawned with the 1948 Republican Constitution which profoundly innovated the very foundations of the system of relations between the State and the Catholic Church; between the State and religious denominations; and between the State, citizens, and religious communities, in relation to freedom of religion, conscience, and worship [...]. The individual and collective right to freedom of religion, already fully guaranteed by the Italian Constitution, was further protected by the international undertakings of the State, with a variety of guarantees in the unity of juridical experience. The specific originality of the Italian Constitution, developing coherently from a pluralist standpoint gives full recognition to the legal systems of religious denominations and governs relations between them and the State under bilateral agreements. It is evident that such far-reaching innovative principles, dictated by the provisions of the Constitution, would have to be developed at a later stage by a comprehensive renewal of ecclesiastical law, which has largely been completed over the past few years»<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> E. SLINGERLAND, *Who's Afraid of Reductionism? The Study of Religion in the Age of Cognitive Science*, in *Journal of the American Academy of Religion*, 76, 2, Jun. 2008, 378-9.

<sup>35</sup> Cfr. F. COSSIGA, *A History of Religious Freedom in Italy*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 23, 4, 1992, 619 ss.

<sup>36</sup> In particolare si citava, il testo di R.H. BAINTON, *The Travail of Religious Liberty*, Philadelphia, 1951.

<sup>37</sup> F. COSSIGA, *op. cit.*, 625-626.

In termini estremamente sintetici, la rappresentazione di Cossiga circa il fenomeno religioso all'interno della costituzione dava pienamente conto dell'idea che la religione, o le religioni, fossero fenomeni storici concreti, in grado di assumere rilevanza giuridica una volta istituzionalizzati e, di conseguenza, entrando in un rapporto pattizio con lo Stato. Probabilmente, questo tipo di rappresentazione era legata alla simbiosi tra formalismo giuridico e prevalenza sociologica, tipica del contesto italiano, di forme di religiosità di tipo istituzionale, come quelle derivanti dal cristianesimo, e dalla sostanziale assenza di forme di religiosità di tipo personale, come quelle tipizzate in molte religioni orientali<sup>38</sup>.

Nondimeno, negli ultimi decenni le religioni globali hanno guadagnato la scena e un ruolo centrale anche nello spazio pubblico europeo e italiano, nelle prospettive assiologico-costituzionali dei diritti umani e fondamentali, nelle chiavi d'elaborazione e d'interpretazione di pretese giuridiche. Le religioni, intese non solo come istituzioni ma soprattutto come matrici di esperienze individuali, sono tra le chiavi di lettura più efficaci degli esodi, delle migrazioni, dei tentativi d'integrazione sociale di fedi e religioni diverse, delle modalità di interazione interculturale tra individui e gruppi, delle rivendicazioni di identità, delle pretese di riconoscimento, in chiave politica e giuridica. All'ombra dei processi di secolarizzazione e d'istituzionalizzazione, infatti, molte correnti filosofiche e cognitive del pensiero moderno hanno coltivato uno studio scientifico della religione anche sollecitate da realtà provenienti dall'Oriente extraeuropeo<sup>39</sup>. Tali voci guardano alla religiosità individuale e alla religione come un'esperienza vissuta del sacro, una forma particolare di cognizione della realtà esteriore, mediata da testi, miti, riti, sentimenti, simboli e, infine, dal linguaggio. Scoprire e affermare la centralità del ruolo dell'esperienza nel dare forma alle istituzioni dell'*homo religiosus* è stata, al pari delle concezioni illuministiche e liberali antireligiose, frutto della modernità e dello studio scientifico delle religioni. Tali analisi hanno percorso in parallelo l'itinerario che ha condotto all'epoca contemporanea, alimentando concezioni alternative della rilevanza della religione nella sfera giuridica soggettiva. Simili concezioni, basate sull'indagine antropologica e linguistica, svoltesi nel medesimo periodo di elaborazione della nozione liberale della libertà religiosa, sono rimaste tuttavia all'ombra delle concezioni formalistiche del diritto. Certamente si tratta di percorsi d'indagine oggi riscoperti, ma non privi di insidie e di difficoltà specifiche. In termini antropologici, infatti, vi è un disaccordo di base se sia adeguato concettualizzare le religioni solo attraverso le prassi epistemiche interne (quelle delle stesse rivelazioni religiose) o se sia necessario applicare a esse una prospettiva di studio specifica che prenda a oggetto la mente umana. Questa dicotomia, per quanto avvertita, pare tuttavia oggi in via di superamento. Le prospettive di studio della religione di tipo emico e scientifico-evoluzionista presentano infatti punti di intersezione a livello molto profondo. Studi di linguistica comparata hanno, per esempio, sottolineato la priorità del profilo personale della religione rispetto a quello istituzionale: «men throughout history and throughout the world have been able to *be* religious without the assistance of a special term, without the intellectual analysis that the term implies. In fact, it is probably easier to be religious without the concept; that the notion of religion can become an enemy of piety. The concern of the religious man is with God; the concern of the observer is with religion»<sup>40</sup>. Questi studi spiegano, cioè, come

<sup>38</sup> Cfr. a proposito il bellissimo volume di H. KIPPENBERG, *La scoperta della storia delle religioni*, Brescia, 2002.

<sup>39</sup> W. COHN, "Religion" in Non-Western Cultures?, in *American Anthropologist, New Series*, 69, 1, Feb. 1967, 73.

<sup>40</sup> Cf. W.C. SMITH, *op. cit.*, 19.

nella maggior parte delle tradizioni linguistiche antiche non vi sia stata una parola specifica per significare ciò che oggi si intende con “religione”, vale a dire un assetto unitario e autonomo di nozioni e di credenze. I testi sanscriti dell’Induismo, del Buddismo Mahayana e del Buddismo Pali Theravada, i testi egiziani ed ebraici, i testi del cinese classico o greci del Nuovo Testamento non presentavano un simile equivalente traduttivo. Queste fonti, piuttosto, descrivevano i diversi aspetti vitali dei comportamenti umani come la fede, l’obbedienza e la disobbedienza, la pietà, la verità, i riti. La religione musulmana è stata una parziale eccezione rispetto a questo schema, poiché fin dalle sue origini si è dotata di un nome proprio (“Islam” è di per sé un nome verbale – un “masdar” – del verbo *aslama*) e la sua cultura possiede un termine (*dyn*) che descrive la religione come un sistema di credenze e regole oggettive<sup>41</sup>. Tuttavia, anche nella tradizione islamica il termine con cui si contrassegna il concetto di religione – *dyn* – presenta un’etimologia che restituisce l’idea cognitivista della “percezione” come facoltà che caratterizza ogni uomo, nell’intimità della sua anima ed è descritta anche come una facoltà fisiologica o come un organo del corpo<sup>42</sup>.

Le recenti ipotesi di ricerca cognitivista che associano antropologia a evolucionismo riprendono il percorso proprio da questo punto, tuttavia riformando in parte il modello tradizionale darwiniano. In particolare, da un lato, si abbandonano i tre paradigmi della variazione, dell’ereditarietà e della selezione, caratteri che hanno condotto a legittimare il colonialismo, in virtù del maggiore avanzamento delle potenze europee rispetto alle nazioni colonizzate. Inoltre, è stata abbandonata l’impostazione della scuola dell’antropologia evolucionistica che rintracciava nelle religioni primitive i tratti originari della religione in quanto tale, impermeabile alla contestualizzazione culturale. Dall’altro, si rimpiazzano i paradigmi contestati mediante l’argomento dell’“albero filogenetico”, concetto che mostra le relazioni fondamentali di discendenza comune di gruppi tassonomici di organismi, ma che al contempo spiega come le differenti specie divergano le une dalle altre anche nel corso del tempo. Ciò vale anche per le diversità culturali che vengono a essere trasmesse socialmente attraverso le religioni.

Di conseguenza, i paradigmi della “nuova” antropologia evolucionistica sono soprattutto il principio della *gene-culture coevolution*, della selezione tra gruppi culturali e del “fascio” di fenomeni.

1. Il primo si basa sul principio che alcune predisposizioni cerebrali e psicologiche rendano certi tipi d’informazioni più facilmente conservabili e trasmissibili socialmente. Gli esseri umani avrebbero cioè progressivamente e culturalmente sviluppato alcune predisposizioni psicologiche strutturali, in funzione di una loro maggiore utilità in un ambiente connotato culturalmente. In tal senso anche la cultura, non solo la psiche, sarebbe responsabile della propria autotrasformazione<sup>43</sup>.
2. Il secondo principio afferma che tra i gruppi culturali vi sia una competizione (a tratti feroce), che ne giustifica una selezione. In questo tipo di competizione ciò che rende una variante culturale più o meno rilevante è se essa sia in grado di produrre benefici per il gruppo di persone che la condivide. Per esempio, questo tipo di giustificazione renderebbe le attitudini e i comportamenti

<sup>41</sup> Inoltre, essa si autorappresenta linguisticamente come una “religione” tra le religioni, o meglio mira ad essere la migliore tra le religioni dell’umanità (*inna dyna Muhammadin khayr al-adyan*), predisponendosi a un’esplicita competizione religiosa a livello globale.

<sup>42</sup> G. ANELLO, M. ARAFA, *The meaning of ‘Religion’ in the Legal Context. Some Remarks on the Pragmatics of Islam in Egyptian Law*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica*, 39, 2017, 10-28.

<sup>43</sup> P.J. RICHERSON, R. BOYD, *Not by Genes Alone: How Culture Transformed Human Evolution*, Chicago, 2005.

cooperativi e prosociali delle comunità religiose particolarmente adeguati a sostenere la competizione tra gruppi: le regole circa le pratiche agricole, molto presenti e dettagliate nei testi religiosi più antichi sarebbero stati fondamentali per garantire la sussistenza, la coesione e la solidarietà all'interno del gruppo stesso.

3. Il terzo principio del nuovo evolucionismo critica l'idea tradizionale che la religione costituisca un oggetto specifico e "isolato", avente un particolare assetto di cause e di effetti in grado di autorregolarsi in maniera indipendente dall'ambiente. Piuttosto, sostiene che nella religione si riscontri un fascio di fenomeni (come quelli legati alla credenza di agenti soprannaturali, la credenza della creazione, l'esistenza e la reiterazione dei rituali e gli stati di coscienza alterati) che, come tali, possano essere esaminati nelle loro interrelazioni funzionali. Nel suo sviluppo scientifico più recente, questo approccio distingue due tipi di filoni, quello delle spiegazioni "adattazionaliste" e quello delle spiegazioni "sottoprodotto". Le prime sostengono che le pratiche religiose e i riti sono direttamente il risultato dell'evoluzione genetica e della selezione culturale; le seconde sostengono che esse non sono immediatamente collegate alla religione quale fenomeno in sé, ma rappresentano una comune forma di adattamento cognitivo alle esigenze connesse ai coefficienti evolutivi ed esse rendono reiterabili e diffusibili le pratiche religiose.

Si tratta, com'è ovvio, di una serie di prospettive di studio e di ricerca tanto affascinanti quanto problematiche<sup>44</sup>, ancora tutte da sondare anche alla luce delle indicazioni derivanti dalle scoperte più recenti delle scienze cognitive<sup>45</sup>. Un dato appare assai incoraggiante: nel giustapporre le varie metodologie non sembra che l'approccio cognitivista debba necessariamente stravolgere i paradigmi dell'approccio tradizionale, soprattutto se entrambi vengono rapportati al quadro giuridico della soggettività giuridica e al principio personalista. Una testimonianza di questa convergenza virtuosa è tratta dalla definizione di religiosità della scuola fenomenologica americana, che appare un punto di partenza tanto risalente nel tempo quanto adeguato alle applicazioni giuridiche e costituzionali odierne dell'eventuale "rivoluzione" cognitivista. Anche in questo caso, in termini icastici, si richiama il testo fondamentale di William James in cui egli tratteggiò la distinzione tra religione rituale e personale. Secondo James, la religione rituale concerneva Dio e la divinità e si concretizzava nelle forme istituzionali del rito e del culto; la religione personale invece concerneva la persona umana e le forme in cui si manifestava una coscienza religiosa. James sosteneva, inoltre, che le forme di religione personale precedessero le forme di religione rituale: «in one sense at least the personal religion will prove itself more fundamental than either theology or ecclesiasticism. Churches, when once established, live at second-hand upon tradition; but the founders of every church owed their power originally to the fact of their direct personal communion with the divine. Not only the superhuman founders, the Christ, the Buddha, Mahomet, but all the originators of Christian sects have been in this case; - so personal religion should still seem the primordial thing, even to those who continue to esteem it incomplete»<sup>46</sup>. Quindi William James descriveva la religione personale in questi termini: «Religion, therefore, as I now ask

<sup>44</sup> A. D'ALOIA, *Neuroscienze e diritto. Appunti preliminari*, in *BiLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2017, 1 ss.

<sup>45</sup> Cfr. P. MCNAMARA, *The Neuroscience of Religious Experience*, Cambridge, 2009; P. SHAH, *The Neuroscience of Religion*, in *The Nerve, Boston University's neuroscience magazine*, [www.bu.edu/thenerve/archives/spring-2010/articles-spring-2010/religion](http://www.bu.edu/thenerve/archives/spring-2010/articles-spring-2010/religion), ultima consultazione 14/01/2019.

<sup>46</sup> W. JAMES, *The Varieties of Religious Experience. A Study in Human Nature*, New York-London-Bombay, 1902, 31.

you arbitrarily to take it, shall mean for us the feelings, acts, and experiences of individual men in their solitude, so far as they apprehend»<sup>47</sup>.

Alla luce di queste premesse, la convergenza tra le citate metodologie di approccio alla religione, in funzione della regolamentazione biogiurica personalista, consiste nel fatto che sia la visione storica, sia quella emica, sia quella scettico-razionalista assumono che la religione possa originare nella sfera interiore individuale, sotto forma di timore, sentimento o in quanto attitudine neurocognitiva. Per di più questa attestazione non sarebbe in contrasto con la prospettiva strettamente religiosa e fideistica che la scintilla religiosa possa accendersi all'interno della coscienza o della mente a causa di Dio (*Vox Dei ipsissima*) o per rivelazione di un fatto esterno. Una volta sgorgata, la religiosità individuale si costruirebbe come esperienza religiosa sensibile alle condizioni del tempo e dello spazio e si renderebbe disponibile alla comunicazione interpersonale secondo i diversi codici culturali.

Questa ricostruzione avrebbe implicazioni notevoli sulla costruzione personalistica della libertà religiosa: la realtà neurale, nella sua origine chimica e nella sua pragmatica cognitiva, diventerebbe una struttura fisiologica necessaria per codificare le istanze religiose innate che, tuttavia, richiederebbero un ulteriore accoglimento attraverso forme di collaborazione sociale e istituzionale. Di conseguenza – innovando rispetto al passato ma in continuità con esso – la libertà religiosa sarebbe non più (o non solo) il fulcro di un sistema di diritti positivi a essa collegati<sup>48</sup> ma diverrebbe un'istanza fondamentale alla libera estrinsecazione della religiosità, delle capacità cognitive e dell'esperienza dell'individuo nei confronti della società, nelle nuove e varie modalità in cui tale fascio di prerogative culturali può dispiegarsi oggi (come ad esempio, nelle scelte esistenziali, nell'estrinsecazione del pensiero, nello sviluppo della personalità e nell'educazione, nella tutela della privacy, nel diritto all'integrità psicologica)<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> W. JAMES, *ivi*, 30.

<sup>48</sup> Cfr. per tutti, F. RUFFINI, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Milano, 1992.

<sup>49</sup> In senso stretto si veda, P. SOMMAGGIO, M. MAZZOCCA, A. GEROLA, F. FERRO, *Cognitive liberty. A first step towards a human neuro-rights declaration*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2017, 32 ss. spec. 34 e 39, in cui si ipotizza un diritto umano alla "libertà cognitiva"; in senso più ampio si veda, A. HONNETH, *op.cit.*, 78-79.

## Il principio di precauzione nella prospettiva del giudice costituzionale

Giada Ragone\*

THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN THE CONSTITUTIONAL COURT'S PERSPECTIVE

ABSTRACT: The article focuses on the precautionary principle, a principle that - according to a quite shared definition - requires decision-makers to adopt precautionary measures to prevent environmental or human health hazards, even when scientific evidence is uncertain. After some preliminary remarks on the possible meanings of this principle and its historical roots and development, the article analyses the role of the precautionary principle within the Italian Constitutional case-law. Among the possible uses of the principle by the Court, two are worth studying: the reference to a precautionary approach when fixing conflicts between State and Regions, and the use of the precaution in order to assess the balance between values in the judicial review of legislation.

KEYWORDS: Precautionary principle; constitutional Court; science and law; judicial review of legislation; principle of reasonableness

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Nascita ed evoluzione di un principio di difficile definizione – 3. Il principio di precauzione nel diritto italiano: principio (costituzionale) implicito? – 4. Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale italiana. Cenni introduttivi – 4.1. Il principio di precauzione come strumento utile alla soluzione dei conflitti tra Stato e regioni – 4.2. L'utilizzo del principio di precauzione per valutare la ragionevolezza del bilanciamento tra diritti e interessi confliggenti – 5. Tra precauzione e "ragionevolezza scientifica", alcune considerazioni problematiche

### 1. Introduzione

« Quando la collettività è divisa sul modo in cui affrontare i rischi legati al cibo geneticamente modificato, o al terrorismo, o ai pesticidi, o al riscaldamento globale, ciò accade sia perché si registrano differenze in merito ai fatti sottesi a questi rischi, ma anche perché fra le persone esistono differenze che attengono a questioni fondamentali»<sup>1</sup>. Queste parole del celebre costituzionalista statunitense, Cass R. Sunstein, ben introducono ad alcune delle principali problematiche connesse allo studio del principio di precauzione: la molteplicità di rischi cui è potenzialmente esposta la collettività, l'incertezza legata alla valutazione dell'effettiva esistenza di tali minacce e alle modalità più idonee a farvi fronte, le divisioni politiche e valoriali che influenzano le scelte relative alla gestione dei rischi.

\* *Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Milano. Mail: [Giada.ragone@unimi.it](mailto:Giada.ragone@unimi.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

<sup>1</sup> C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010, 13.

In base ad una definizione relativamente condivisa ed essenziale<sup>2</sup>, il principio in esame impone di adottare misure a tutela dei beni vita, salute e ambiente<sup>3</sup> quando vi sia il dubbio, alimentato da incertezza scientifica<sup>4</sup>, che tali beni siano posti sotto minaccia. Al di là di questo nucleo fondamentale, non è tuttavia agevole individuare con esattezza l'ampiezza di contenuto del principio. Anzitutto, ad una sua interpretazione "massimalista", tendente a vietare qualunque progetto che presenti anche solo rischi ridotti, si contrappone quella "minimalista" che, invece, imporrebbe il ricorso a misure di precauzione esclusivamente in presenza di rischi seri più che probabili<sup>5</sup>. Inoltre la sua applicazione richiede la determinazione di elementi – quali il livello di rischio che si ritiene accettabile, gli organi deputati a valutare la sussistenza del rischio e dell'incertezza scientifica, nonché le modalità attraverso cui tale valutazione deve avvenire – che possono variare a seconda del bene da tutelare, degli interessi confliggenti che dovrebbero venire sacrificati, dell'ambito all'interno del quale il principio è invocato, dalla cultura giuridica di riferimento e così via. Anche quando compare all'interno di fonti di diritto positivo, raramente del principio di precauzione si trovano definizioni univoche e, ad oggi, la dottrina è ancora divisa tra chi lo considera un principio procedurale, in grado di indicare un metodo d'intervento all'autorità pubblica, e chi invece ritiene che esso sia dotato di un contenuto sostanziale<sup>6</sup>. Per questo, affermato e riconosciuto all'interno di numerosi ordinamenti, esso trova nella prassi – e nelle indicazioni provenienti dal diritto pretorio – interpretazioni e applicazioni che, al di là del suo nucleo essenziale, sono spesso non sovrapponibili.

Secondo autorevoli voci<sup>7</sup>, la necessità di ricorrere a misure precauzionali è intrinsecamente legata all'aumento dei fattori di rischio che, nelle nostre società, sono introdotti, tra l'altro, dell'evoluzione

<sup>2</sup> Sulla definizione minimale del principio di precauzione cfr. S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2003, 152. Ivi si afferma: «Gli aspetti essenziali del contenuto del principio [...] corrispondono d'altra parte alle indicazioni contenute in un importante atto ricognitivo del significato del principio di precauzione, la comunicazione del 2 febbraio 2000 della Commissione delle Comunità europee».

<sup>3</sup> Secondo taluni sarebbe sufficiente fare riferimento al bene ambiente, intendendosi per "ambiente" tutto ciò che riguarda la vita di ogni essere vivente sul Pianeta Terra. Sul punto cfr. S. ZORZETTO, *Concetto di rischio e principio di precauzione (I parte). L'approccio precauzionale nei confronti dei rischi delle moderne società tecnologiche al vaglio del senso comune e della storia e nella sua dimensione etico-filosofica*, in *Sintesi Dialettica*, 19 ottobre 2012.

<sup>4</sup> Tale indicazione rischia, peraltro, di risultare estremamente vaga e inadeguata a tracciare il campo di applicazione del principio. Infatti, come si nota in M. TALLACHINI, *Sicurezza e responsabilità in tempi di crisi*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2012, 4-5, «l'incertezza intrinseca del sapere scientifico contemporaneo non dipende unicamente dall'aumento delle situazioni di rischio o di imprevedibilità connesse al procedere della conoscenza, ma dall'intrinseca incompiutezza e indeterminazione della scienza rispetto alla necessità di definizione delle scelte sociali, delle politiche pubbliche, delle decisioni giuridiche».

<sup>5</sup> A riguardo v. F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e «qualità» dell'azione amministrativa*, in *Rivista Italiana Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, 1676, nota 9 e A. ZEI, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, 2008, 722. Sul tema giova altresì richiamare nuovamente C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, 31: «Cosa esattamente implica o impone il principio di precauzione? Ne esistono più di 20 definizioni, e fra loro nessuna è compatibile con l'altra».

<sup>6</sup> Sul punto si veda approfonditamente R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018, XV ss.

<sup>7</sup> *Ex multis*, cfr. R. TITOMANLIO, *op. cit.*, XIII; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, XVII; F. TRIMARCHI, *op. cit.*, 1676, secondo cui: «La finalità del principio è [...] quella di gestire

tecnologica in un vasto numero di ambiti<sup>8</sup>. In base a questa lettura, il principio risponderebbe ad un'etica della responsabilità<sup>9</sup> che tenta di fronteggiare la «insicurezza generata da un indiscusso, incondizionato ed incontrollato primato della scienza [...] [e da] alcuni degli “effetti collaterali” determinati dall'incessante modernizzazione della società contemporanea [...] resi più “sconcertanti” dall'autentica capacità di annientamento che essi sono in grado di spiegare»<sup>10</sup>. Ciò non significa, tuttavia, che il principio di precauzione venga invocato solo ed esclusivamente in relazione a minacce (presunte o tali) che provengono dal progresso e dallo sviluppo scientifico-tecnologico: al contrario, basti pensare a come, all'indomani dell'attentato alle Torri Gemelle, il Presidente degli Stati Uniti giustificò l'inizio della guerra in Iraq quale azione precauzionale avverso la minaccia terroristica, per comprendere l'ampiezza di significato attribuibile al concetto in parola<sup>11</sup>.

Più in generale, può dirsi che la fortuna giuridica del principio di precauzione, che nella sua *ratio* più elementare è riassumibile nel motto “*better safe than sorry*”<sup>12</sup>, dipende dal fatto che, nella storia del costituzionalismo, lo stato social-democratico si è gradualmente incaricato di garantire ai propri cittadini la protezione di una serie di beni ritenuti preminenti (*in primis* salute e ambiente) attraverso interventi proattivi e preventivi. In questo contesto, il principio di precauzione è divenuto criterio atto ad orientare la decisione politica nell'attuazione di misure volte a fronteggiare una pluralità di fattori di rischio, i quali – in un dato momento storico – sono ritenuti più meritevoli di attenzione di altri<sup>13</sup>.

Tra le molte questioni che rendono di particolare problematicità la concreta attuazione del principio di precauzione v'è il suo complicato, e per certi versi contraddittorio, porsi al crocevia tra scienza, tecnica, diritto e politica<sup>14</sup>. Da una parte, considerando che il principale presupposto per la sua invocazione, che lo distingue dall'attiguo principio di prevenzione o dell'azione preventiva<sup>15</sup>, è la presenza di

---

nel modo più adeguato i rischi e la loro percezione» nella società; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004.

<sup>8</sup> Rileva Beck che «sicuramente i rischi non sono un'invenzione della modernità». Ma, a differenza di ciò che accade nelle moderne società industriali del rischio, in passato «si trattava di rischi personali, non di pericoli globali come quelli che incombono sull'umanità» (cfr. U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, 14).

<sup>9</sup> Fondamentale a riguardo è la teorizzazione offerta da H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Francoforte, 1984.

<sup>10</sup> A. MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 maggio 2011, 2.

<sup>11</sup> Cfr. C.S. SUNSTEIN, *op. cit.*, 14. La natura precauzionale dell'intervento militare in Iraq è, d'altro canto, controversa. Si è, infatti, anche parlato di “guerra preventiva”. In tema di “*preventive war doctrine*” cfr., *inter alia*, R.J. DELAHUNTY, J. YOO, *The Bush Doctrine: Can Preventive War Be Justified?*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy* 32, 3, 2009, 843-866.

<sup>12</sup> Cfr. C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, 7.

<sup>13</sup> Similmente M. GROS, G. SERGES, *Il principio di precauzione dinnanzi al giudice amministrativo Francese*, in *Diritto e Società*, 4, 2013, 711: «La diffusione del principio di precauzione – come, d'altronde, del principio di prevenzione – è naturalmente legata alla diffusione della protezione dell'ambiente come bene da tutelare anche a livello giuridico».

<sup>14</sup> Cfr. L. BUFFONI, A. CARDONE, *Il procedimento normativo precauzionale come caso paradigmatico del ravvicinamento “formale-procedurale” delle “fonti” del diritto*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2012.

<sup>15</sup> Cfr. M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, 174 ss; cfr. altresì M. GROS, G. SERGES, *op. cit.*, 710: il «c.d. “principio di prevenzione” [...] invece muove dalla pretesa di una “certezza scientifica” – concetto di per sé piuttosto fumoso [...], allorché in realtà può parlarsi, al limite, di una minore incertezza, ma

incertezza scientifica, si può sostenere che si tratti di principio altamente ascientifico. Figlio della c.d. *Ignoranztheorie*<sup>16</sup>, l'approccio precauzionale impone alla pubblica autorità di prescrivere o vietare pur in circostanze di non conoscenza, cioè a dirsi in assenza di una chiara rappresentazione dei presupposti empirici a giustificazione dell'intervento<sup>17</sup>. Il che crea «una situazione di conflitto con il metodo scientifico»<sup>18</sup> dal momento che suggerisce la limitazione o la messa al bando di pratiche, agenti, fenomeni o attività che la scienza non ha provato essere pericolosi.

Per altro verso, una volta che sia stata evidenziata l'esistenza di un possibile rischio a danno di beni ritenuti di particolare rilievo e che sia stata presa la decisione politica di intervenire, l'applicazione del principio di precauzione richiede che le autorità deputate all'adozione delle adeguate misure entrino in dialogo e si confrontino con tecnici e scienziati che forniscano loro possibili alternative d'intervento. Questo aspetto implica che la produzione normativa attuativa del principio di precauzione «sappia metabolizzare l'incontro di enunciati eteromorfi»<sup>19</sup>. A tal riguardo preme chiarire che, come suggerito anche dalla legge di Hume che vieta il salto logico tra proposizioni indicanti fatti (l'essere, *is*, *Sein*) e proposizioni indicanti valori (il dover essere, *ought*, *Sollen*)<sup>20</sup>, si è dell'opinione che la produzione di norme precauzionali non debba e non possa tradursi in un appiattimento della norma giuridica sul contenuto prescrittivo delle opinioni offerte dagli scienziati: «sebbene il rapporto tra la scienza e il diritto divenga cruciale per la definizione di una politica di gestione del rischio, la politica continua ad offrire un irrinunciabile contributo assiologico»<sup>21</sup>.

Stanti queste premesse, condotto un preliminare *excursus* sulle origini del principio di precauzione e sul suo accoglimento all'interno dell'ordinamento italiano, si intende analizzare in che modo esso venga impiegato nella giurisprudenza costituzionale italiana. Delimitando il campo alle ipotesi più frequenti, si verificherà quale incidenza il principio abbia nella soluzione dei conflitti tra Stato e regioni e nella valutazione sulla ragionevolezza del bilanciamento tra diritti e interessi confliggenti. L'analisi della giurisprudenza sui conflitti Stato-regioni consentirà, in qualche misura, di mettere in luce a quali condizioni la Corte costituzionale ritenga legittimi interventi precauzionali posti in essere dal legislatore. Invece, lo studio dei casi coinvolgenti la valutazione sulla ragionevolezza di bilanciamenti tra diritti permetterà di osservare l'impiego della precauzione nel ragionamento giuridico della Consulta. In conclusione, si porrà in luce come l'intreccio tra valutazioni tecniche e valutazioni politiche, caratterizzante l'adozione di misure precauzionali, ponga delicate questioni anche in relazione al ruolo del Giudice delle leggi.

---

non certo di una certezza – per la quale si possono conoscere quali danni potrebbero prodursi, ma non se effettivamente tali danni si produrranno».

<sup>16</sup> Come si ricorda in S. GRASSI, A. GRAGNANI, *op. cit.*, 154, la suddetta teoria richiede che, in mancanza di conoscenze scientifiche circa possibili conseguenze dannose di attività ritenute pericolose, vengano poste in essere misure capaci di ridurre al minimo le minacce, facendo ricorso alle migliori tecniche disponibili.

<sup>17</sup> «Per questo la dottrina si è espressa talvolta in termini estremamente critici sulla compatibilità del principio» anche con alcuni principi irrinunciabili della scienza giuridica, «come la certezza del diritto e il principio di legalità» (A. ZEI, *Principio di precauzione*, in *Digesto. Discipline giuspubblicistiche*, 2008, 688).

<sup>18</sup> P. VECCHIA, *La scienza e il principio di precauzione: il caso dei campi elettromagnetici*, in *Analysis*, 1, 2001, 2.

<sup>19</sup> L. BUFFONI, A. CARDONE, *op. cit.*, 2.

<sup>20</sup> Ci si riferisce al c.d. *Is-ought problem* (cfr. D. HUME., *Trattato sulla natura umana (1739-40)*, in *Id.*, *Opere Filosofiche*, I, 1987, Roma-Bari, 496 ss).

<sup>21</sup> A. ZEI, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, *op. cit.*, 721.

## 2. Nascita ed evoluzione di un principio di difficile definizione

La genesi del principio di precauzione, sullo studio del quale la dottrina giuridica (e non) «ha ormai raggiunto una ricchezza tale da rendere impossibile una visione d'insieme»<sup>22</sup>, viene solitamente collocata in Germania, intorno agli anni '70<sup>23</sup>. All'epoca, il verificarsi del fenomeno delle piogge acide, principalmente attribuibile al ricorso a determinate tecniche di combustione fossile in ambito industriale e nel settore dei trasporti, provocò gravissimi danni alla vegetazione della *Schwarzwald* ed ebbe grande impatto sull'opinione pubblica. In risposta alle istanze della società civile e dei movimenti ecologisti, la Repubblica Federale Tedesca elaborò una politica ambientale ispirata al *Vorsorgeprinzip*, ossia "il principio del preoccuparsi prima" di possibili danni irreparabili, tradizionalmente considerato la primigenia formulazione del principio di precauzione. Per ciò si comprende che tedesche si ritengano anche le matrici culturali del principio<sup>24</sup>, alla cui elaborazione hanno fortemente contribuito pensatori del calibro di Hans Jonas<sup>25</sup> e Ulrich Beck<sup>26</sup>.

Quanto, invece, alla sua fortuna giuridica, il principio di precauzione ha mosso i primi significativi passi nel diritto internazionale ambientale: tra le prime convenzioni ad affermare la necessità di ricorrere ad un approccio precauzionale nella tutela dell'ambiente vi è la Carta Mondiale della Natura, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU nel 1982<sup>27</sup>. Ad essa sono seguite numerose altre convenzioni<sup>28</sup>, tra le quali si segnala la celebre Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992 che ha offerto al principio la sua più nota definizione: «Al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il principio di precauzione. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale»<sup>29</sup>.

<sup>22</sup> M. CECCHETTI, *op. cit.*, 175.

<sup>23</sup> Cfr., *ex multis*, A. ZEI, *Principio di precauzione*, *op. cit.*, 673 e S. GRASSI, A. GRAGNANI, *op. cit.*, 151.

<sup>24</sup> Cfr. F. DEGL'INNOCENTI, *Rischio d'impresa e responsabilità civile. La tutela dell'ambiente tra prevenzione e ripara-*  
*zione dei danni*, Firenze, 2013, 78; S. ZORZETTO, *op. cit.*

<sup>25</sup> Cfr. H. JONAS, *op. cit.*

<sup>26</sup> Cfr. U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Francoforte, 1986.

<sup>27</sup> Secondo il documento del 1982, «(i) le attività che comportano un elevato grado di rischio per la natura devono essere precedute da un esame approfondito e i loro promotori devono dimostrare che i benefici derivanti dall'attività prevalgono sui danni eventuali alla natura; e (ii) qualora gli effetti nocivi di tali attività siano conosciuti in maniera imperfetta, esse non dovranno essere intraprese (art. 11, b)».

<sup>28</sup> Cfr. ad esempio le Dichiarazioni delle Conferenze Interministeriali per la Protezione del Mare del Nord (1984, 1987, 1990, 1995) e la Dichiarazione di Bergen sullo sviluppo sostenibile (1990).

<sup>29</sup> Così recita il Principio n. 15 della Convenzione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo. Secondo le linee direttive per l'attuazione di tale principio non è necessario che il danno si sia già prodotto perché gli Stati adottino adeguate misure di salvaguardia, essendo invero sufficiente che ne incorra la sola minaccia. Tuttavia, è richiesto che il rischio paventato sia grave o irreversibile in riferimento alle conseguenze patrimoniali e all'impossibilità di ripristinare la situazione ambientale precedente.

Sempre al 1992 risale la positivizzazione del principio di precauzione all'interno del diritto dell'Unione Europea. Il Trattato di Maastricht ha, infatti, stabilito che la politica della Comunità in materia ambientale si debba fondare sul principio che qui si sta esaminando<sup>30</sup>. Successivamente, attraverso la giurisprudenza comunitaria, quello di precauzione è divenuto principio generale del diritto comunitario<sup>31</sup>, il quale, in situazioni di incertezza scientifica, anche al di fuori della politica ambientale, impone «alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici»<sup>32</sup>.

Anche e soprattutto grazie al processo di integrazione europea, il principio di precauzione è stato gradualmente recepito negli ordinamenti nazionali degli Stati Membri. Sebbene con implicazioni e declinazioni diverse, «e ciò non solamente a causa delle differenti tradizioni giuridiche e dei diversi strumenti di garanzia consolidati nei singoli ordinamenti nazionali, ma anche per la sua attitudine a porsi sia come strumento di politica normativa ecologista e/o ecocentrica, sia come una declinazione più originale dei più tradizionali compiti di tutela dello Stato, in una logica di prevenzione»<sup>33</sup>.

### 3. Il principio di precauzione nel diritto italiano: principio (costituzionale) implicito?

Per ciò che concerne l'ordinamento italiano, è possibile individuare, in diverse fonti normative, richiami al principio di precauzione, sia diretti sia indiretti. Tra questi ultimi, uno dei più rilevanti è quello effettuato dalla legge n. 241 del 1990<sup>34</sup>, come modificata nel 2005<sup>35</sup>, la quale esige che l'attività amministrativa sia retta dai principi dell'ordinamento comunitario<sup>36</sup>. E, come si è visto pocanzi, tali principi includono a pieno titolo anche quello di precauzione. Riferimenti espliciti a quest'ultimo sono rintracciabili nel Codice dell'ambiente (che lo pone tra i “principi dall'azione ambientale”<sup>37</sup>), nel Codice del

<sup>30</sup> Ai sensi dell'articolo 130 R: «La politica della Comunità in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, anzitutto alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio “chi inquina paga”. Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre politiche comunitarie.

In questo contesto, le misure di armonizzazione conformi a tali esigenze comportano, nei casi appropriati, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura comunitaria di controllo».

<sup>31</sup> La letteratura sul principio di precauzione nel diritto dell'Unione Europea è ampia e in continuo aggiornamento. *Ex plurimis*, si segnalano i seguenti contributi: L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, 2006; A. ALEMANNI, *The precautionary principle*, in C. BAUDENBACHER (a cura di), *The handbook of EEA law*, New York, 2016, 839-851; R. TITOMANLIO, *op. cit.*, 2018.

<sup>32</sup> Cfr., *ex multis*, Sentenza del Tribunale CE, sez. II ampliata, 26 novembre 2002, caso Artergodan punto 184; Sentenza del Tribunale CE, II sez., 21 ottobre 2003, caso Solvay. Fondamentale per comprendere la portata del suddetto principio all'interno dell'Unione è altresì la famosa Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione COM/2000/0001, del 2 febbraio del 2000.

<sup>33</sup> Cfr. A. ZEI, *Principio di precauzione*, *op. cit.*, 675.

<sup>34</sup> Legge 7 agosto 1990, n. 241 recante «Nuove norme sul procedimento amministrativo».

<sup>35</sup> Così come modificato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15.

<sup>36</sup> Cfr. art. 1.

<sup>37</sup> Cfr. art. 3 *ter* del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

consumo<sup>38</sup>, all'interno delle norme che regolano l'inquinamento elettromagnetico<sup>39</sup> e gli organismi geneticamente modificati<sup>40</sup>, nonché in altre fonti attuative del diritto dell'Unione Europea.

Nessuna menzione del principio di precauzione è, invece, fatta dalla nostra Costituzione. Il che non stupisce, dal momento che, più in generale, le tematiche ambientali non sono state oggetto di specifiche considerazioni nei lavori dell'Assemblea Costituente<sup>41</sup>, né di successive leggi costituzionali<sup>42</sup>. Cionondimeno, secondo alcuni autori<sup>43</sup>, il nucleo minimo dell'approccio precauzionale sarebbe comunque implicitamente garantito dai dettami costituzionali che tutelano quei beni alla cui preservazione tende il principio stesso: la salute e l'ambiente<sup>44</sup>. Così, se si prende ad esempio il diritto alla salute, si può facilmente concordare con l'opinione<sup>45</sup> secondo cui «la Repubblica» fallirebbe nel compito di tutela affidatole dell'art. 32 Cost. se, in presenza di possibili rischi gravi e irreparabili per la salute dei consociati, non predisponesse misure cautelative<sup>46</sup>.

D'altro canto, appare insoddisfacente pensare che le potenzialità garantiste del principio in esame si esauriscano nel perimetro della tutela che i diritti costituzionali alla salute e alla preservazione dell'ambiente, naturalmente, prescrivono. Ed infatti non può sottovalutarsi che il principio di precauzione arricchisce la tutela di quei beni richiedendo un'anticipazione dell'intervento<sup>47</sup>. Tale anticipazione, peraltro, non implica solo la necessità di preservare il bene prima che la minaccia si realizzi, ma richiede altresì che l'azione conservativa sia posta in essere anche prima che sull'esistenza del rischio ci sia certezza: è sufficiente, al contrario, che si tratti di una minaccia scientificamente e razionalmente ipotizzabile sulla base delle conoscenze al momento disponibili<sup>48</sup>.

<sup>38</sup> Cfr. la Parte IV «Sicurezza e qualità» del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

<sup>39</sup> Cfr. art. 1 della legge 22 febbraio 2001, n. 36.

<sup>40</sup> Cfr. in particolare il decreto legislativo 24 aprile 2001, n. 212.

<sup>41</sup> Sul punto, ampiamente, B. VIMERCATI, *Il diritto ai beni vitali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2016, 21 ss.

<sup>42</sup> A differenza di quanto avvenuto, ad esempio, in Francia dove, con la legge costituzionale n. 205/2005, la Carta dell'ambiente – enunciante anche il principio di precauzione – è stata allegata alla Costituzione del 1958 (cfr. M. GROS, G. SERGES, *op. cit.*, 729). Nel panorama italiano si segnala, molto più semplicemente, che la legge costituzionale n. 3 del 2001 ha inserito nel nuovo art. 117 Cost. la parola “ambiente”. Inoltre, è in corso di esame in Commissione permanente “Affari costituzionali” il disegno di legge costituzionale S. 1203 che intende modificare l'articolo 9 della Costituzione, aggiungendo un terzo comma del seguente tenore: «La Repubblica tutela l'ambiente e l'ecosistema, protegge le bio-diversità e gli animali, promuove lo sviluppo sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni».

<sup>43</sup> Cfr. A. ZEI, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, *op. cit.*, 760; A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2003, 35.

<sup>44</sup> Come è noto la tutela della salute è esplicitamente garantita in Costituzione dall'art. 32. Più complessa è, invece, la ricostruzione dello statuto costituzionale della tutela dell'ambiente. Tuttavia, quest'ultima è da tempo considerata un “valore costituzionale” che emerge dal combinato disposto degli artt. 2, 9 e 32 Cost. A riguardo cfr. M. CECCHETTI, *op. cit.*, 6 ss e B. CARAVITA DI TORITTO, A. MORRONE, *Ambiente e Costituzione*, in B. CARAVITA DI TORITTO, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016. Inoltre, è oramai ampiamente affermato in dottrina e nella giurisprudenza della Corte costituzionale che quello all'ambiente salubre sia un nuovo diritto e un nuovo diritto fondamentale. Sul punto cfr. B. VIMERCATI, *op. cit.*, 17 ss.

<sup>45</sup> Si veda, in particolare, A. GRAGNANI, *op. cit.*, 35.

<sup>46</sup> Seppur con riferimento alla necessità di azioni preventive (e non di precauzione) a tutela del diritto costituzionale alla salute, rileva a riguardo quanto afferma la sent. cost. 399/1996 (2 C.i.D.).

<sup>47</sup> Così M. CECCHETTI, *op. cit.*, 176.

<sup>48</sup> *Ibidem*, 177.

Quest'ultimo aspetto, ossia l'imperativo ad agire pur in presenza di opinioni scientifiche discordanti sulla sussistenza effettiva di rischi, pone considerevoli problematiche attuative, anche nella prospettiva del giudice costituzionale. Non è, infatti, questione di banale entità quella di valutare fino a che punto l'anticipazione della tutela di un diritto costituzionale, in presenza di minacce scientificamente incerte, sia legittima anche quando lede o limita altre libertà o diritti costituzionalmente garantiti. Del resto, dottrina e giurisprudenza<sup>49</sup> sono da anni concordi nel ritenere che «anche a diritti e valori considerati “assoluti e primari” [...] non corrisponde una [...] irrilevanza degli altri beni giuridicamente protetti»<sup>50</sup>. Anzi, «i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»<sup>51</sup>.

Per tutte queste ragioni, non sembra irrilevante tentare di indentificare i tratti peculiari e l'ampiezza d'applicazione del principio di precauzione nella prospettiva della giurisprudenza costituzionale.

#### 4. Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale italiana. Cenni introduttivi

Una prima osservazione circa l'applicazione del principio di precauzione da parte del Giudice delle leggi italiano è che non sempre il suo impiego è accompagnato da un richiamo esplicito<sup>52</sup>: al contrario, il termine “precauzione” è pressoché totalmente assente nella giurisprudenza costituzionale antecedente al 2002<sup>53</sup>, pur potendosi riscontrare, anche prima di tale data, pronunce in cui la Corte valuta interventi legislativi precauzionali ovvero sentenze poggianti su di un atteggiamento o un “ragionamento di precauzione”<sup>54</sup>.

In secondo luogo, va subito rilevato che i commentatori sono generalmente concordi nell'affermare che la Corte costituzionale abbia, nel corso degli anni, offerto una lettura cauta del principio di precauzione. In più circostanze, infatti, il giudice delle leggi ha affermato che, affinché possa ritenersi legittima

<sup>49</sup> Per un'affermazione risalente di tal principio, con riferimento alla tutela dell'ambiente, cfr. ad es. Corte cost., sent. n. 94 del 1985: «la tutela del paesaggio presuppone, normalmente, la comparazione ed il bilanciamento di interessi diversi, in particolare degli interessi pubblici rappresentati da una pluralità di soggetti».

<sup>50</sup> L. VIOLINI, *Protezione della salute e dell'ambiente «ad ogni costo»*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, 729.

<sup>51</sup> Cfr. sent. cost. n. 85/2013 sul caso Ilva.

<sup>52</sup> Cfr. G. DI COSIMO, *Il principio di precauzione nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, 25, 2006, 1.

<sup>53</sup> Prima dell'ordinanza n. 182/2002 che, in qualche misura, può essere considerata di rilievo per lo studio del principio di precauzione, le uniche due pronunce in cui la “precauzione” è menzionata sono la sent. n. 57/1957 (che, tuttavia, nulla ha a che fare con l'applicazione del principio in esame) e la sent. n. 4/2000, che parla dell'applicazione della museruola ai furetti come di atto di precauzione che permette di considerare tali animali come strumenti ausiliari ai cacciatori.

<sup>54</sup> Tra le sentenze che la dottrina ha ritenuto rilevanti per lo studio del principio di precauzione, anche a prescindere da un esplicito riferimento ad esso, si segnalano le seguenti: 399/1996, 185/1998, 121/1999, 351/1999, 382/1999, 282/2002, 307/2003, 338/2003, 166/2004, 135/2005, 406/2005, 116/2006, 104 e 105/2008, 235/2009, 248/2009, 85/2013, 83/2015, 84/2016, 267/2016, 98/2017, 170/2017, 232/2017, 240/2017. Sull'opportunità di riferirsi al “ragionamento di precauzione”, cfr S. GRASSI, A. GRAGNANI, *op. cit.*, 160.

l'applicazione di misure precauzionali a tutela di salute e ambiente, che gravino su confliggenti interessi costituzionali, è necessario che preventivamente sia stata verificata l'esistenza, almeno probabile, di rischi gravi, ovvero di un'incertezza scientifica a riguardo<sup>55</sup>. Inoltre, la Corte ha avuto occasione di sottolineare la necessità che i processi decisionali che conducono all'adozione di strumenti di precauzione, in ragione delle loro possibili conseguenze afflittive, siano frutto di ampia partecipazione e rispettosi del principio di pubblicità<sup>56</sup>.

Questi elementi di temperanza sono rintracciabili in entrambi i principali impieghi del principio di precauzione da parte della Corte costituzionale<sup>57</sup>: nella soluzione di conflitti d'attribuzione tra Stato e regioni, nonché nella valutazione sulla ragionevolezza del bilanciamento tra contrapposti diritti e interessi (spesso salute e ambiente, da una parte, contro libertà d'iniziativa economica<sup>58</sup> e libertà di ricerca<sup>59</sup>, dall'altra) operato dalla disciplina posta al vaglio della Consulta.

#### 4.1. Il principio di precauzione come strumento utile alla soluzione dei conflitti tra Stato e regioni

La maggior parte delle sentenze costituzionali che poggiano la propria argomentazione nel solco di un atteggiamento di precauzione vertono su conflitti di attribuzione Stato-regioni e, come si è anticipato, consentono di enucleare le condizioni in presenza delle quali la Corte ritiene legittima l'adozione di misure legislative precauzionali. È il caso, ad esempio, della pronuncia n. 382/1999, che ha risolto in favore del Veneto un conflitto d'attribuzione relativo ad una legge regionale concernente la prevenzione dei danni derivanti dai campi elettromagnetici, e la sent. 407/2002, che ha rigettato il ricorso in via principale del Governo contro una legge lombarda più severa della legislazione statale nella regolamentazione di attività a rischio di incidenti rilevanti.

Nei casi menzionati, la *ratio* che ispira la decisione finale può riassumersi nei seguenti termini: l'intervento regionale può prevedere *standard* di tutela della salute e dell'ambiente più elevati rispetto alla normativa quadro statale, pur a discapito di confliggenti interessi nazionali<sup>60</sup>, sebbene non vi sia certezza scientifica sulla necessità di innalzamento delle soglie di precauzione.

La Corte, tuttavia, soprattutto a seguito della riforma costituzionale del Titolo V<sup>61</sup>, ha nel tempo posto varie restrizioni alla possibilità per i legislatori regionali di ricorrere a simili deroghe. Anzitutto esse

<sup>55</sup> V. la sent. 282/2002.

<sup>56</sup> Sul punto cfr. ad es. quanto afferma la Corte nella sent. 85/2013: «Il procedimento che culmina nel rilascio dell'AIA, con le sue caratteristiche di partecipazione e di pubblicità, rappresenta lo strumento attraverso il quale si perviene, nella previsione del legislatore, all'individuazione del punto di equilibrio in ordine all'accettabilità e alla gestione dei rischi, che derivano dall'attività oggetto dell'autorizzazione».

<sup>57</sup> Similmente cfr. G. Di COSIMO, *Il principio di precauzione nella recente giurisprudenza costituzionale*, op. cit. Secondo l'Autore, nella giurisprudenza costituzionale tre sono gli "usi processuali" del principio di precauzione: verifiche in ordine al principio, tecnica del bilanciamento d'interessi e riparto di competenza fra legge statale e regionale.

<sup>58</sup> Cfr. sent. 116/2006.

<sup>59</sup> Cfr. sent. 166/2004.

<sup>60</sup> La sent. 382/1999 ammette la sopportazione di maggiori oneri economici per il gestore della rete elettrica, ricadenti su tutti gli utenti del territorio nazionale, a fronte di un presunto beneficio degli abitanti della sola regione Veneto derivante dall'applicazione di una legge regionale in materia di prevenzione dei danni derivanti dai campi elettromagnetici.

<sup>61</sup> Non si trascuri del resto che «le sentenze rese nel vigore del nuovo Titolo V [sono] accomunate dall'affermazione dell'indole trasversale delle funzioni di tutela ambientale» (Q. CAMERLENGO, *Il nuovo assetto costituzionale*

sono ritenute ammissibili solo a patto che il rischio di un grave danneggiamento a salute e ambiente sia, razionalmente e scientificamente, ipotizzabile. Si veda, in questa direzione, la nota sent. 282/2002, che ha dichiarato illegittimo il divieto marchigiano di terapie ricorrenti all'elettroshock poiché il legislatore regionale avrebbe agito in assenza di indicazioni scientifiche<sup>62</sup> tese a dimostrare che esse provocano «danni temporanei o permanenti alla salute del paziente». Giova, altresì, ricordare la sent. 338/2003, anch'essa in tema di terapie elettroconvulsivanti, che, tra gli altri aspetti, critica la scelta del legislatore regionale di porre un vincolo alle suddette pratiche sulla base di opinioni espresse da una non meglio precisata comunità scientifica regionale, «non potendosi certo ammettere [...] un vincolo, in una sola Regione, a rispettare indicazioni provenienti da un solo settore, territorialmente circoscritto, della comunità scientifica».

La Consulta ha, inoltre, avuto occasione di precisare che il principio della derogabilità *in melius*, da parte delle regioni, degli *standard* posti dallo Stato non trova applicazione qualora la legislazione statale tenda a garantire la fruizione uniforme di diritti fondamentali sul territorio nazionale<sup>63</sup>, ovvero realizzi un equilibrio tra esigenze plurime di rilievo costituzionale attraverso un bilanciamento il cui esito sia da considerarsi principio fondamentale<sup>64</sup>: se, infatti, l'aggiunta regionale si traduce in una alterazione, quindi in una violazione, dell'equilibrio tracciato dalla legge statale di principio, essa dovrà ritenersi incostituzionale<sup>65</sup>.

Accanto ai casi sin qui citati, ove il sollevamento del conflitto proveniva da parte statale, si segnalano altresì sentenze, rilevanti per giudicare l'ammissibilità di normative precauzionali, in cui il pregiudizio è stato lamentato da parte di legislatori regionali. Nella sent. 351/1999, per esempio, la Corte decide un conflitto sollevato dalla Lombardia avverso un decreto del Ministero della Salute, recante misure integrative per la sorveglianza delle encefalopatie spongiformi degli animali. L'intervento governativo non viene, qui, considerato esorbitante l'ambito delle competenze riservate allo Stato in materia di sanità veterinaria, anche in considerazione del fatto che esso costituisce «un'azione aggiuntiva - necessariamente unitaria e su base nazionale, per affrontare l'emergenza derivante da rischi per gli animali a causa di encefalopatie spongiformi con focolai all'estero - e di straordinaria urgenza per una adeguata "salvaguardia a fini di tutela della salute" umana». In casi come questo, è allo Stato che è consentita una derogabilità in senso più restrittivo di *standard* precauzionali.

#### 4.2. L'utilizzo del principio di precauzione per valutare la ragionevolezza del bilanciamento tra diritti e interessi confliggenti

Sin qui si è messo in luce l'atteggiamento della Corte nel valutare la legittimità di norme ultimamente ispirate al principio di precauzione. I casi che seguono riguardano, invece, l'impiego del principio di

*delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2003, 2). Sul mutamento di segno della giurisprudenza in senso restrittivo v. S. MANGIAMELI, *Il riparto Stato-Regioni tra assetto delle materie e disciplina delle fonti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2004, 4.

<sup>62</sup> La decisione critica duramente la scelta del legislatore delle Marche per il fatto di non «fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti, [...] e di presentarsi] come una scelta legislativa autonoma, dichiaratamente intesa a scopo cautelativo, in attesa di futuri accertamenti».

<sup>63</sup> V. sent. 338/2003.

<sup>64</sup> V. sent. 307/2003.

<sup>65</sup> V. sent. 331/2003. Similmente anche sent. 166/2004.

precauzione nel ragionamento giuridico della Corte costituzionale, ossia all'interno della valutazione circa la ragionevolezza<sup>66</sup> del bilanciamento operato dalle norme poste al suo vaglio: spesso, infatti, «il principio di precauzione opera come strumento che aiuta ad individuare il punto di equilibrio fra i principi in contrasto»<sup>67</sup>.

Anche in questo ambito, emerge un'interpretazione cauta delle esigenze precauzionali, talvolta ritenute prevalenti<sup>68</sup>, ma – non di rado – giudicate infondate. Di particolare rilievo è qui la sent. 85/2013, la quale ha rigettato la questione di legittimità sollevata sul decreto provvedimentale con cui il Governo ha autorizzato la prosecuzione temporanea dell'attività produttiva di un'importante acciaieria del sud Italia, l'Ilva di Taranto, non ritenendo necessaria la chiusura dello stabilimento per tutelare la salubrità dell'ambiente circostante e, di conseguenza, la salute dei lavoratori e dei cittadini residenti nelle aree circostanti. Nella pronuncia si afferma che il bilanciamento realizzato dalla normativa impugnata, tra le esigenze di tutela dell'ambiente e i confliggenti interessi costituzionali (inclusi il diritto al lavoro e all'attività produttiva), deve presumersi ragionevole in quanto recepisce criteri di protezione ambientale assai stringenti, «avuto riguardo [...] all'individuazione delle migliori tecnologie disponibili».

Il tentativo della Corte di evitare letture radicali ed "eccessi di cautela" emerge, poi, ogni volta in cui essa richiede che le conoscenze scientifiche relative al pericolo potenzialmente corso dai beni che si avvantaggiano del principio di precauzione siano verificate. Chiare affermazioni in tal senso emergono nella sent. 406/2005, concernente misure di eradicazione della febbre catarrale degli ovini, secondo cui «il principio comunitario di precauzione [...] rappresenta un criterio direttivo che deve ispirare l'elaborazione, la definizione e l'attuazione delle politiche ambientali della Comunità europea sulla base di dati scientifici sufficienti e attendibili valutazioni scientifiche circa gli effetti che possono essere prodotti da una determinata attività».

Decisione particolarmente esemplificativa dell'orientamento segnalato è, poi, la sent. 116/2006 in tema di organismi geneticamente modificati. Quello degli Ogm<sup>69</sup> è un campo di studio particolarmente significativo per l'applicazione del principio di precauzione<sup>70</sup>, sia per l'incertezza scientifica che, in certa misura, permea ancora il dibattito sulla loro sicurezza, sia perché la scelta sulla commerciabilità e sulla coltivabilità di tali organismi può avere importanti ripercussioni su diversi beni che – all'interno del

<sup>66</sup> Del resto, se si definisce il principio di precauzione come principio in base al quale, anche in caso di incertezza scientifica, la decisione di gestione del rischio «deve essere supportata da un'adeguata istruttoria volta a far emergere il rischio probabile e deve, in ogni caso, essere proporzionata, non si può non pervenire alla conclusione che si tratti di un principio [...] collegato con il principio (istituzionale) di ragionevolezza» (cfr. F. DE LEONARDIS, *op. cit.*, p.180-181).

<sup>67</sup> R. TITOMANLIO, *op. cit.*, 182.

<sup>68</sup> Come nella pronuncia n. 170/2017, relativa ad attività coinvolgenti idrocarburi.

<sup>69</sup> In questa sede s'intende ogni organismo il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto si verifichi in natura con l'accoppiamento e/o la ricombinazione genetica naturale.

<sup>70</sup> Sull'uso, in relazione agli Ogm, del principio di precauzione in ambito europeo cfr. *ex multis*, L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, *op. cit.* Per un confronto tra approccio UE e USA in materia, cfr. F. BRUNO, R. ESPOSTI, *Perché USA e Unione Europea hanno approcci differenti agli OGM*, in *Informatore Agrario*, 2002, 47 ss; L. SCAFFARDI, *Principio di precauzione e ingegneria genetica nella catena alimentare*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *op. cit.*, 659 ss.; L. TRUCCO, *OGM: Profili di diritto internazionale e comparato*, in P. COSTANZO (a cura di), *Organismi geneticamente modificati: una prospettiva giuridica*, Genova, 2016, 47 ss; sia consentito altresì il rinvio a G. RAGONE, *La disciplina degli OGM tra Unione Europea e Stati nazionali: a chi spetta il diritto all'ultima parola su questioni scientifiche controverse?*, in *BioLaw Journal*, 1, 2015, 119.

nostro ordinamento – trovano riconoscimento nella Costituzione. Si pensi in particolare al diritto alla salute, alla tutela dell'ambiente, alla libera iniziativa economica e alla libertà di ricerca scientifica. Questo vale sia per il caso in cui si opti per un approccio liberale nei confronti dei prodotti in questione, sia per l'ipotesi contraria. Nella prima evenienza si favorirà la libera iniziativa delle imprese agricole e sementiere, dell'industria alimentare e mangimistica, nonché degli operatori della distribuzione e del settore delle biotecnologie, ma si renderà necessaria l'adozione di precauzioni che garantiscano la massima tutela della salute dei consumatori e dei territori eventualmente destinati alle colture biotech. Nell'ipotesi in cui, invece, si scelga un regime regolatorio fortemente cauto e prudentiale, si rischia di comprimere maggiormente le prerogative discendenti dall'art. 41 Cost., nonché la libertà della ricerca scientifica. Inoltre, poiché la modificazione genetica delle piante permette la coltivazione di varietà vegetali particolarmente resistenti che non richiedono l'impiego di sostanze chimiche antiparassitarie, anche nel caso di una chiusura incondizionata verso l'impiego e la coltivazione degli Ogm si rischia d'incorrere in una limitazione del diritto alla salute dei consumatori (privati della possibilità di accedere a prodotti potenzialmente più salubri) e della tutela dell'ambiente. Per tutti questi motivi e per il fatto che, quanto a rischi per la salute e l'ambiente, «ogni asserzione in tema di Ogm conosce il suo contrario, ogni dato viene relativizzato, ogni tesi viene messa in dubbio»<sup>71</sup> non è facile ponderare chiaramente quale debba essere il peso dell'opinione della scienza nella scelta sul regime regolatorio di questi prodotti. Con la sent. 116/2006, la Corte costituzionale ha affermato che l'imposizione di limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica, sulla base dei principi di prevenzione e precauzione nell'interesse dell'ambiente e della salute umana, può essere giustificata costituzionalmente solo sulla base 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».

Il monito rivolto al decisore politico non sembra essere quello di rimettere la decisione precauzionale ai soggetti tecnici: il rischio tollerabile deve sempre essere scelta politica<sup>72</sup>. E nemmeno significa che, per l'applicazione di misure di precauzione, debbano sussistere indicazioni scientifiche conclusive e concordanti (viceversa sarebbe sufficiente fare riferimento al principio di prevenzione o dell'azione preventiva)<sup>73</sup>. Piuttosto la citata giurisprudenza sembra suggerire al legislatore un agire informato, ossia in dialogo con le principali autorità scientifiche in materia, volto ad evitare l'ingiustificata soccombenza di importanti valori costituzionali a favore di contrapposti interessi "tiranni".

<sup>71</sup> F. ROSSI DAL POZZO, *Profili recenti in tema di organismi geneticamente modificati nel settore agroalimentare tra procedure di comitato e tutela giurisdizionale*, in *Diritto commerciale internazionale*, 2, 2014, 342.

<sup>72</sup> Cfr. G. DI COSIMO, *Corte costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10 marzo 2015, 4.

<sup>73</sup> Tuttavia, il confine tra i due principi, anche nelle pieghe della giurisprudenza costituzionale, risulta flebile. Sul punto cfr. G. DI COSIMO, *Il principio di precauzione nella recente giurisprudenza costituzionale*, op. cit. 2.

## 5. Tra precauzione e “ragionevolezza scientifica”, alcune considerazioni conclusive

Il campione giurisprudenziale preso in considerazione dimostra come la Consulta sia tendenzialmente propensa a giustificare scelte legislative che impongono la contrazione di interessi di rilievo costituzionale a scopo precauzionale solo a condizione che siano supportate da opinioni scientifiche (anche non pacificamente condivise)<sup>74</sup>.

Se, da un lato, tale condizione appare giustificata dalla necessità di evitare letture eccessivamente radicali del principio di precauzione; d'altro canto, essa solleva un quesito particolarmente delicato, relativo al ruolo della Corte stessa: ossia se essa, in sede di sindacato di legittimità, debba disporre verifiche atte a constatare se sia scientificamente plausibile affermare l'esistenza del rischio alla base dell'intervento normativo posto al suo vaglio oppure no.

Passando in rassegna la giurisprudenza rilevante, non è possibile individuare un unico e costante *trend*. La Consulta, infatti, in alcune decisioni semplicemente non affronta l'interrogativo circa la reale sussistenza di presupposti scientifici che legittimino l'intervento normativo: è il caso delle citate pronunce in materia di influenza ovina e Ogm. In altre, come nel caso della sentenza 282/2002, si limita a controllare che, alla base dell'atto legislativo indubbiato, sia stata condotta un'adeguata istruttoria, in dialogo con organi dotati di *expertise* tecnico-scientifica. In altre ancora, invece, essa entra nel merito della valutazione circa la fondatezza scientifica della scelta legislativa. Rileva, in questo senso, la sent. 83/2015 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma del T.U. sulle imposte su produzioni e consumi, la quale sottoponeva ad una tassazione elevata la commercializzazione di prodotti non contenenti nicotina, idonei a sostituire il consumo dei tabacchi. Dal momento che «la comunità scientifica non ha ancora raggiunto alcun prevalente consenso intorno alla dannosità dei prodotti in questione»<sup>75</sup>, un'interpretazione ampia del principio di precauzione avrebbe forse potuto suggerire alla Corte una soluzione differente, portandola a premiare una scelta legislativa, di fatto, disincentivante sostanze di dubbia nocività per la salute<sup>76</sup>. Viceversa, la Corte sostiene che «mentre il regime fiscale dell'accisa con riferimento al mercato dei tabacchi, trova la sua giustificazione nel disfavore nei confronti di un *bene riconosciuto come gravemente nocivo per la salute* e del quale si cerca di scoraggiare il consumo, tale *presupposto* non è ravvisabile in relazione al commercio di prodotti contenenti “altre sostanze”, diverse dalla nicotina, idonee a sostituire il consumo del tabacco». In sintesi, sulla base della constatazione - opinabile - che le sostanze diverse dalla nicotina non siano nocive, la Corte ha ritenuto intrinsecamente irrazionale, poiché priva di fondamento scientifico, la scelta di assoggettare a un'aliquota significativa i prodotti utilizzati nel fumo elettronico.

<sup>74</sup> Un esempio a contrario è offerto da sent. 407/2002 poiché «dalle parole della sentenza potrebbe evincersi (l'errata) conclusione che una legislazione regionale possa, senza alcuna esplicita istruttoria (e quindi arbitrariamente), fissare limiti più rigorosi di quella statale» (F. DE LEONARDIS, *op. cit.*, 240).

<sup>75</sup> D. SERVETTI, *Ragionevolezza dell'imposta sulle sigarette elettroniche, principio di precauzione e scienza privata del giudice costituzionale. Nota alla sentenza della Corte n. 83 del 2015*, in *Rivista Aic*, 4, 2015, 11.

<sup>76</sup> A tale esito è, peraltro, pervenuta in seguito la sent. 240/2017, secondo cui «la finalità secondaria di tutela della salute propria dell'imposta di consumo, che già di per sé giustifica l'imposizione sui prodotti nicotinici, legittima anche l'eventuale effetto di disincentivo, in nome del principio di precauzione, nei confronti di prodotti che potrebbero costituire un tramite verso il tabacco».

Un caso particolare è, poi, offerto dalla sent. 166/2004, relativa ad una legge dell'Emilia-Romagna volta a vietare la vivisezione di animali. Qui la Corte non si esprime sulla nocività della pratica vietata, bensì sulla sua efficacia a fini scientifici. Secondo la Corte, simili attività di sperimentazione «sono ritenute indispensabili, sulla base delle attuali conoscenze di tipo scientifico» per la ricerca e non meritano di essere tenute in conto tesi contrarie poiché «si tratta di opinioni scientifiche finora largamente minoritarie».

In casi come questi, il sindacato della Consulta sembra risolversi in un giudizio di “ragionevolezza” scientifica<sup>77</sup>, cioè nella verifica della correttezza scientifica dei presupposti empirici su cui poggia la scelta normativa<sup>78</sup>. Quest'ultimo approccio conduce ad alcune – conclusive – considerazioni problematiche<sup>79</sup>.

Non v'è dubbio che l'attenzione della Corte a che le scelte del legislatore non ignorino macroscopiche evidenze empiriche costituisca un'importante garanzia: il Giudice delle leggi ben può contestare opzioni normative gravanti su interessi e prerogative di rilievo costituzionale che risultino essere assolutamente arbitrarie perché fondate su di una rappresentazione completamente infondata della realtà. È questo, ad esempio, il caso degli anacronismi legislativi, come quello rilevato nella nota sent. n. 202/1976 che ha condotto all'abolizione del monopolio pubblico televisivo.

Tuttavia, non va sottovalutato che, l'ambito d'applicazione del principio di precauzione è quello delle c.d. questioni scientifiche controverse, le quali riguardano «casi di incertezza scientifica o di alta complessità tecnologica»<sup>80</sup>, «questioni sulla cui soluzione vigono nella comunità scientifica incertezze o divergenze di opinioni»<sup>81</sup>. Si tratta insomma di «tutti quei casi in cui gli scienziati non concordano sul modo di interpretare certi fatti o sulle conseguenze che se ne possono trarre»<sup>82</sup>.

Rispetto a simili ipotesi, si concorda con l'opinione<sup>83</sup> secondo cui la possibilità che all'istruttoria scientifica condotta dal legislatore si sostituisca un'autonoma istruttoria da parte della Corte vada scongiurata.

Evidente è la necessità, sottolineata dalla stessa giurisprudenza costituzionale italiana<sup>84</sup>, che il legislatore tenga nel dovuto conto lo stato delle acquisizioni scientifiche che riguardano le materie che si trova a regolare. Ma altrettanto chiara è l'opportunità di ricavare al legislatore un certo margine di discrezionalità nella valutazione e nella considerazione degli strumenti che la scienza gli offre. Non si

<sup>77</sup> In termini simili R. TITOMANLIO, *op. cit.*, 191, secondo cui la portata del principio di precauzione nelle valutazioni sul bilanciamento finisce per identificarsi con un giudizio di ragionevolezza delle scelte del legislatore. Più in generale, sul sindacato di ragionevolezza scientifica cfr. S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 16.6.2014.

<sup>78</sup> Sul ricorso ad un sindacato intrinseco della ragionevolezza scientifica delle scelte del legislatore cfr. G. RAGONE, *Valutazioni e fatti scientifici tra ragionevolezza e proporzionalità: brevi note sul ragionamento giuridico della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 287 ss.

<sup>79</sup> A riguardo, più ampiamente, sia consentito rinviare a G. RAGONE, *Scienza e diritto nell'argomentazione della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2015.

<sup>80</sup> L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, 1986, Pavia, 8.

<sup>81</sup> *Ibidem*, 13.

<sup>82</sup> *Ibidem*, 16.

<sup>83</sup> Cfr. S. GRASSI, A. GRAGNANI, *op. cit.*, 157.

<sup>84</sup> Cfr., *ex multis*, le sent. nn. 114/1998 (4 C.i.D.), 185/1998 (8 C.i.D.), 83/2015 (5.1 C.i.D.), 96/2015 (9 e 10 C.i.D.).

trascuri, del resto, che le scelte legislative – anche quelle a contenuto tecnico - e «le decisioni politiche sono quasi sempre rischiose, nel senso che richiedono una scelta tra alternative le cui conseguenze sono solo probabili»<sup>85</sup>. Più in generale, «i giudizi politici esigono valutazioni tanto delle incertezze quanto dei compromessi. In questi casi la competenza superiore degli esperti si assottiglia»<sup>86</sup> e deve lasciar spazio a valutazioni circa la «relativa desiderabilità di compromessi fra i diversi valori»<sup>87</sup>.

*Special Issue*

---

<sup>85</sup> R.A. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, Roma, 1997, 110.

<sup>86</sup> *Ibidem*, 111.

<sup>87</sup> *Ibidem*, 111.





## La nascita del biodiritto come prodotto della costituzionalizzazione dell'ordinamento

*Giacomo D'Amico\**

THE ORIGINS OF BIOLAW AS A PRODUCT OF THE LEGAL SYSTEM'S CONSTITUTIONALISATION

ABSTRACT: The following essay focuses on the origins of Italian Constitution and on Founding Fathers' idea of human rights. The author describes the developments since the entry into force of the Italian Constitution, emphasizing in particular the so called Constitutionalisation of legal system. This process has shifted the focus from the authority of State to the individual, contributing to the origins of Biolaw's study. Two opposite extremes can compromise the recognition of the biorights: the trend to transform every personal desire in a right, on the one hand, and a paternalistic attitude, on the other hand.

KEYWORDS: Biolaw; Constitution; human Rights; Constitutional court; Parliament

SOMMARIO: 1. Premessa. L'erompere della «fattualità» nel diritto pos-moderno – 2. L'uomo «situato» come paradigma di riferimento dell'assetto costituzionale dei diritti e delle libertà – 3. La costituzionalizzazione dell'ordinamento e la vocazione espansiva dei diritti dentro o al di fuori del testo costituzionale – 4. Il biodiritto e i biodiritti: l'approdo ultimo del processo di costituzionalizzazione e i rischi connessi

### 1. Premessa. L'erompere della «fattualità» nel diritto pos-moderno

La nascita o, più correttamente, l'emersione del c.d. biodiritto è solitamente ricondotta alla repentina e imprevedibile evoluzione della scienza e della tecnica che ha caratterizzato il secolo scorso e, in particolare, gli ultimi settanta anni. La possibilità di avvalersi di strumenti scientifici nuovi e di tecniche prima sconosciute ha, senza dubbio, contribuito a prospettare questioni giuridiche inedite e a interrogarsi su delicati problemi di natura etica, che finiscono, in ultima istanza, con il gravare sul legislatore e sul giudice. Ciò nondimeno, non può esaurirsi solo in questa dinamica il crescente interesse per i temi bio-giuridici.

L'avvento delle Costituzioni liberal-democratiche del secondo dopoguerra ha costituito un momento di svolta nell'evoluzione degli ordinamenti giuridici, ponendo l'individuo, nella sua concretezza, al centro del quadro costituzionale. A ciò ha contribuito il doloroso vissuto che ha preceduto la nascita delle Costituzioni in alcuni dei principali Stati europei (Italia, Germania e Francia, su tutte); infatti, la drammaticità della guerra con il suo inevitabile corollario di grandi e piccole tragedie ha sostanzialmente

---

\* *Professore associato di diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina e assistente di studio presso la Corte costituzionale. Mail: [gdamico@unime.it](mailto:gdamico@unime.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

“imposto” ai Padri Costituenti di abbandonare la prospettiva di una proclamazione stentorea e distaccata dei diritti del cittadino e/o del regnicolo a favore di un approccio rivolto al «pieno sviluppo della persona umana» e all’«effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese», secondo la formula utilizzata dall’art. 3, secondo comma, Cost.

In altre parole, la dolorosa esperienza di cui si è appena detto ha reso pressoché necessario il superamento del modello di Stato liberale di diritto, incentrato sulla formale dichiarazione di diritti del cittadino, a favore di un inquadramento dei rapporti tra individuo e autorità caratterizzato dall’esistenza di corpi intermedi e orientato a garantire l’«effettività» della tutela dei diritti inviolabili dell’uomo e quindi l’eguaglianza sostanziale.

Questo fortissimo condizionamento esercitato dall’immediato passato sulla stesura delle Carte costituzionali del secondo dopoguerra è una delle cause dell’erompere della “fattualità” nel diritto post-moderno o, come ama dire Paolo Grossi<sup>1</sup>, pos-moderno. In questa prospettiva vanno inquadrate la “riscoperta” della complessità dell’universo giuridico e la “primazia” del diritto rispetto allo Stato. La disarmante semplicità dell’ordito costituzionale dello Stato liberale ottocentesco si è rivelata, infatti, tristemente fragile al cospetto della violenza dei regimi autoritari che hanno caratterizzato la prima metà del Novecento in Europa. Emblematico è, in tal senso, il quadro costituzionale delle libertà e dei diritti presente nello Statuto albertino, composto da nove articoli, ispirati a una chiara visione stato-centrica e legolatrica. Significativo è in proposito il riconoscimento del diritto di adunarsi pacificamente e senz’armi «uniformandosi alle leggi che possono regolarne l’esercizio nell’interesse della cosa pubblica» (art. 32, primo periodo); disposizione, questa, che comunque non era applicabile «alle adunanze in luoghi pubblici od aperti al pubblico», che rimanevano «interamente soggetti alle leggi di polizia» (art. 32, secondo periodo). Era, dunque, rimesso al legislatore non solo il compito di riempire di contenuto una formula vaga come quella dell’«interesse della cosa pubblica», ma anche quello di regolare le adunanze in luoghi pubblici o aperti al pubblico. Decisamente più stringata la formula dell’art. 26, relativo alla «libertà individuale», la cui tutela era limitata a un generico *habeas corpus*.

A questo quadro, del tutto compromesso dalla deriva autoritaria del ventennio fascista, si contrappone il disegno della Costituzione repubblicana che fa della “costruzione” del rapporto tra persona e Stato una delle più decisive «scelte della Costituente»<sup>2</sup>. Dalla configurazione di questo rapporto deriva, infatti, l’intero assetto delle libertà e dei diritti fondamentali e, di riflesso, degli strumenti posti a loro

<sup>1</sup> Tra i tanti scritti di questo illustre Studioso sul tema in oggetto si rinvia alla raccolta di saggi contenuta in P. GROSSI, *Società, Diritto Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, e, tra gli scritti più recenti, *Id.*, *Verso il domani. La difficile strada della transizione*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016, 25 ss. e *Id.*, *Costituzionalismi tra “moderno” e “pos-moderno”. Tre lezioni suor-orsoline*, Napoli, 2019, spec. 42 ss.

<sup>2</sup> Secondo l’espressione che dà il titolo ad una delle più complete ricerche sui lavori dell’Assemblea Costituente e sulle ascendenze culturali e politiche delle proposte avanzate in quella sede: U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Tomo I: *Costituzione italiana e modelli stranieri*, e Tomo II: *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Bologna, 1980.

tutela<sup>3</sup>. Al contempo, il peculiare assetto dei rapporti tra individuo e autorità consente di leggere, anche attraverso il canone dell'interpretazione evolutiva<sup>4</sup>, disposizioni e vicende, molto distanti dal tempo in cui fu scritta la Costituzione, senza smarrire il sentiero in essa tracciato. Anzi, proprio in questo ambito, la presbiopia della Carta costituzionale<sup>5</sup> si manifesta in modo magistrale, assicurando un'ultrattività della stessa che, in tempi – come quelli odierni – caratterizzati dalla precarietà e dalla contingenza, appare una dote rara. Si deve a questa “capacità di guardare lontano” la straordinaria adattabilità della Costituzione a contesti sociali, politici, economici, scientifici e culturali profondamente diversi. Emblematica è proprio la genesi del secondo comma dell'art. 32 Cost., che, come si vedrà più avanti, fu elaborato al fine di vietare le pratiche di sterilizzazione coatta.

Dalla Carta costituzionale del 1947 emerge, quindi, l'immagine di un individuo, costituito da «una *persona* in carne ed ossa immersa al centro di un tessuto relazionale di diritti e di doveri, sempre pensata in dialettica con l'*altro* e inserita in formazioni sociali che la arricchiscono e ne incrementano lo spessore»<sup>6</sup> (corsivi testuali). Quanto appena detto ha un'evidente ricaduta anche sul piano dell'interesse per il giurista, il quale è chiamato a confrontarsi non più con l'individuo quale indefinita componente dell'entità statale (alla stregua dell'immagine del Leviatano riprodotta nella copertina dell'omonimo libro di T. Hobbes) ma con una persona concreta, “situata” nei diversi contesti sociali in cui opera, e dunque, in ultima istanza, con la “fattualità” del fenomeno giuridico, che deve essere visto sempre più come «ordinamento», anziché come «potere»<sup>7</sup>.

## 2. L'uomo «situato» come paradigma di riferimento dell'assetto costituzionale dei diritti e delle libertà

La “riscoperta” dell'individuo, nella dimensione poco sopra indicata, costituì uno sbocco quasi inevitabile dei dibattiti svoltisi in Costituente e dei processi culturali che li avevano preceduti e accompagnati. La necessità di creare il c.d. “uomo nuovo”<sup>8</sup> era, infatti, l'obiettivo verso il quale tendevano le principali forze politiche presenti in Assemblea, sia pure per ragioni e secondo percorsi diametralmente opposti. Dallo scenario “finale” di ispirazione comunista dell'estinzione dello Stato a quello di matrice cattolica della centralità della persona umana rispetto allo Stato, tutto deponeva a favore del superamento del soggetto di diritto dello Stato liberale. In questo processo, graduale ma al tempo stesso rapido (se si pensa che in meno di due anni dall'elezione dell'Assemblea Costituente condusse all'elaborazione

<sup>3</sup> Sul legame esistente tra la dichiarazione dei diritti e l'organizzazione dei poteri si veda G. MARANINI, *Il mito della Costituzione*, Roma, 1996, 125.

<sup>4</sup> Cfr., *ex plurimis*, F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione* (1952), in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino, 1965, spec. 168 ss.; Id., *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano 1962, 885, che, sia pure incidentalmente, non manca di notare il carattere «spiccatamente evolutivo» dell'interpretazione costituzionale.

<sup>5</sup> Secondo la nota definizione data da P. CALAMANDREI in *Assemblea Costituente* (seduta del 4 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, I, Camera dei deputati - Segretariato generale, Roma 1970, 163).

<sup>6</sup> P. GROSSI, *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, in Id., *Società, Diritto Stato. Un recupero per il diritto*, cit., 231.

<sup>7</sup> Anche su questo punto si rinvia a P. GROSSI, *op. cit.*

<sup>8</sup> Quello della “novità” fu un tema assai ricorrente in quegli anni: si pensi, ad esempio, al «partito nuovo» auspicato da Palmiro Togliatti.

della Costituzione), risulta determinante, tra gli altri, il contributo di idee offerto da Giorgio La Pira. Si deve a Lui, infatti, il merito di aver riportato, nella sua relazione in prima Sottocommissione, il senso più profondo ma anche più concreto (avendo comunque formulato un articolato) della «rivoluzione personalista»<sup>9</sup> che era attecchita nella Francia degli anni '30 e '40 del Novecento, trovando terreno fertile nella crisi, dapprima, economica, ma poi anche sociale e politica, deflagrata nel 1929. È stato osservato: «in Giorgio La Pira costituente, il valore della persona umana quale fondamento dei diritti naturali dell'uomo, in una dichiarazione che si estenda anche ai diritti sociali rispettando la persona nella comunità familiare, nella comunità religiosa, nella comunità di lavoro, nella comunità locale e nella comunità nazionale, è rispecchiato [...] nell'esperienza francese»<sup>10</sup>. È, infatti, alla prospettiva personalista che guarda La Pira, volgendo la propria attenzione soprattutto al pensiero di E. Mounier che, nelle pagine della rivista *Esprit* delinea una vera e propria «teoria personalista del potere», in cui «il diritto è la garanzia istituzionale della persona» e «lo Stato è per l'uomo, non l'uomo per lo Stato»<sup>11</sup>. È Mounier ad auspicare «un pubblico statuto della persona»<sup>12</sup>, anche qui ripreso da La Pira, secondo cui gli *status* della persona devono avere «una essenziale rilevanza costituzionale». A loro volta, Mounier e lo stesso La Pira si alimentano del pensiero di Jacques Maritain, la cui ricostruzione teorica dei rapporti tra l'uomo e lo Stato non è priva di un sano realismo, specie là dove sostiene che «uomini divisi da opposte concezioni teoriche possono giungere a un accordo puramente pratico circa l'enumerazione dei diritti umani»<sup>13</sup>.

Particolarmente significativi furono anche gli interventi di Lelio Basso e di Palmiro Togliatti. Il lavoro, spesso sotterraneo, svolto da questi esponenti politici emerse, in particolare, nella presentazione e nella successiva approvazione, nella seduta del 24 marzo 1947, dell'emendamento all'art. 6 del progetto, che fu largamente condiviso da tutti gli schieramenti presenti in Assemblea<sup>14</sup>.

Con l'approvazione del testo dell'odierno art. 2 Cost. può dirsi che sia stata costituzionalizzata la figura dell'*homme situé*. Questa formula, elaborata da Georges Burdeau<sup>15</sup> e largamente ripresa da costituzionalisti, politologi e sociologi, fotografa perfettamente l'obiettivo che i Padri Costituenti vollero raggiungere con l'approvazione dell'anzidetta disposizione costituzionale. Per Burdeau l'evoluzione dello Stato democratico ha portato all'avvento del popolo reale, in contrapposizione al popolo giuridico o astratto (tipico della c.d. democrazia governata, che Burdeau contrappone a quella c.d. governante). La volontà del popolo reale «*se forme au niveau de cet homme situé; elle se nourrit de ses aspirations*

<sup>9</sup> E. MOUNIER, *Rivoluzione personalista e comunitaria* (1934), Bari, 1984, 74 ss.

<sup>10</sup> G. CONTICELLI, *Giorgio La Pira "figlio adottivo della Francia"*, in P.L. BALLINI (a cura di), *Giorgio La Pira e la Francia. Temi e percorsi di ricerca. Da Maritain a De Gaulle*, Milano, 2005, VII ss.

<sup>11</sup> E. MOUNIER, *Il personalismo* (1964), introd. di G. CAMPANINI, trad. it. di A. CARDIN, Roma, 1999, 154 ss.

<sup>12</sup> E. MOUNIER, *op. cit.*, 156.

<sup>13</sup> J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato* (1951), introd. di V. POSSENTI, trad. di L. FRATTINI, Genova-Milano, 2003, 75.

<sup>14</sup> Per un tentativo di ricostruzione dei dibattiti svoltisi in quella sede sia consentito rinviare a G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano, 2018, 97 ss. ma spec. 101 ss.

<sup>15</sup> G. BURDEAU, *Traité de science politique*, VII, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, Paris, 1973, 37 ss., ma la formula dell'*homme situé* è presente già nella prima edizione del 1956.

*réelles; elle exprime ses revendications*»<sup>16</sup>. Quest'uomo concreto, appunto "situato", è «definito non dalla sua essenza, dalla sua parentela con un tipo ideale o dalla ragione che ha sede in lui, ma dalle particolarità ch'egli deve alla situazione contingente in cui si trova». È, dunque, l'uomo «che incontriamo nelle relazioni della vita quotidiana, quale è caratterizzato dalla sua professione, dai suoi mezzi e dal suo modo di vivere, dai suoi gusti, dai suoi bisogni e dalle possibilità che gli si offrono. In una parola, è l'uomo condizionato dal suo ambiente, che viene rivelato non da una riflessione metafisica sul suo essere, ma dall'osservazione della sua maniera di essere». Così definita, la c.d. «democrazia governante tende naturalmente all'instaurazione della democrazia sociale», in cui l'individuo è libero da ogni forma di schiavitù<sup>17</sup>.

È sufficiente limitare l'analisi agli artt. 2 e 3 della nostra Costituzione, per rendersi conto che quello descritto da Burdeau, più che un modello, è una realtà<sup>18</sup> in cui i principi costituzionali sopra indicati trovano pieno invero. La Carta repubblicana ha, infatti, riconosciuto non solo un astratto primato della persona rispetto allo Stato, non solo la precedenza assiologica e logica dell'individuo rispetto alla comunità politica, ma anche i diritti dell'individuo all'interno delle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità. Queste ultime costituiscono, peraltro, il luogo per eccellenza in cui l'uomo è "situato" (si pensi, ad esempio, alla famiglia, alla scuola, alla comunità di lavoro, ai partiti).

In altre parole, la formula dell'*homme situé* pare idonea a descrivere la sintesi operata dai Costituenti tra l'impostazione cattolica e quella socialista e comunista<sup>19</sup>. Questa impostazione, per la sua vocazione alla concretezza delle situazioni, costituisce, a ben vedere, l'unico strumento in grado di assicurare l'effettività della tutela dei diritti. Non più quindi astratte libertà ma concreti diritti in cui i bisogni dell'individuo assumono la veste di situazioni giuridiche attive.

L'approdo alla visione dell'individuo concreto, collocato nel contesto sociale, politico, economico in cui vive e opera, è il punto di arrivo di un processo di superamento di due prospettive antitetiche tra loro: da una parte, l'organicismo totalitario e, dall'altra, l'individualismo puro<sup>20</sup>.

Sicuramente, ciò che accomunava i Padri Costituenti era l'esigenza di superare l'esperienza dello Stato totalitario e la teoria dei c.d. diritti riflessi<sup>21</sup>, in base alla quale «non vi sono, per l'uomo, diritti naturali ed originari; vi sono soltanto concessioni, diritti riflessi: queste "concessioni" e questi "diritti riflessi" possono essere in qualunque momento totalmente o parzialmente ritirati, secondo il beneplacito di

<sup>16</sup> Così J.J. CHEVALLIER, *Référence bibliographique de livre: G. Burdeau, Traité de science politique*, VII, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, Paris, 1973, in *Revue internationale de droit comparé*, 4, 25, 1973, spec. 941.

<sup>17</sup> G. BURDEAU, *Democrazia*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1977, ora in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), § 3.

<sup>18</sup> Discutere di un modello astratto significherebbe, infatti, traviare l'impostazione di questo Autore che sottolinea la differenza tra l'astratto cittadino e l'individuo concreto e "situato".

<sup>19</sup> Si pensi solo che tra i fattori che determinano la "situazione" in cui l'uomo di Burdeau è collocato, un ruolo fondamentale è svolto dal lavoro.

<sup>20</sup> In generale, sulla dialettica individualismo/comunitarismo si rinvia, tra gli scritti più recenti, all'interessante studio di F. PALLANTE, *Per scelta o per destino? La Costituzione tra individuo e comunità*, Torino, 2018, 153 ss. Fondamentale è poi la riflessione di N. BOBBIO, *Organicismo e individualismo: un'antitesi*, in A.M. PETRONI e R. VIALE (a cura di), *Individuale e collettivo. Decisione e razionalità*, Milano, 1997, 179 ss.

<sup>21</sup> Sul «superamento dell'assorbimento della società nello Stato» come atto fondativo della Repubblica italiana si veda E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il concetto di Repubblica nella Costituzione italiana*, Milano, 2015, 25 ss.

colui dal quale soltanto tali diritti derivano, lo Stato»<sup>22</sup>. Il principale responsabile di questa impostazione culturale è individuato in Hegel e nella riduzione – da lui operata – della persona «ad un momento accidentale della sostanza statale», con la conseguenza che se non vi è alcuna anteriorità dell'individuo rispetto allo Stato, quest'ultimo assume una posizione di «anteriorità metafisica rispetto all'individuo»<sup>23</sup>.

Contestualmente a questo processo si assiste al superamento del modello individualistico “puro” di matrice liberale, che affondava le sue radici in talune posizioni estremistiche assunte nel periodo della Rivoluzione francese. Il riferimento è, fra gli altri, alla c.d. *Loi Le Chapelier* del 1791 che, sull'altare dell'esaltazione dell'individuo e delle sue libertà, sacrificava ogni forma di associazione professionale, padronale od operaia che fosse, introducendo il c.d. *délit de coalition*<sup>24</sup>. Questa legge – che si fondava sull'idea che la frapposizione di qualsivoglia forma di associazione tra l'individuo e lo Stato potesse inficiare la validità e, forse anche, la “genuinità” di questo rapporto – vietava la formazione di quei «corpi intermedi», che caratterizzavano, invece, il «governo moderato» di Montesquieu<sup>25</sup>. L'obiettivo principale era quello di «mettere fine al ruolo vincolante delle tradizionali corporazioni di mestiere e [di] incrementare la libertà economica», ma con questo e con altri provvedimenti restrittivi fu limitata anche l'«espressione politica collettiva», suscitando forti proteste da parte di chi riteneva che siffatti divieti fossero incompatibili con la Dichiarazione dei diritti e con i principi del 1789<sup>26</sup>.

In realtà, dietro questo atto dell'Assemblea nazionale stava l'idea di «abolire tutto ciò che è monopolio, privilegio o regolamentazione» e, come notano Furet e Richet, «è un segno dei tempi che a sinistra della Costituente nessuno si levi a difendere il diritto dei salariati a coalizzarsi»<sup>27</sup>. A sua volta, Le Chapelier, estensore di questa legge, si ispirò a Rousseau, che, nel descrivere il carattere «indistruttibile» della volontà generale, scriveva: «quando il nodo sociale comincia ad allentarsi e lo Stato a indebolirsi, quando gl'interessi particolari cominciano a farsi sentire e le piccole società cominciano a premere sulla grande, l'interesse comune si altera e trova degli oppositori»<sup>28</sup>. Era chiaro, quindi, che uno dei

<sup>22</sup> Così G. LA PIRA nella sua relazione sui *Principii relativi ai rapporti civili*, in *Assemblea costituente, Atti della Commissione per la Costituzione, II, Relazioni e proposte*, Camera dei deputati – Segretariato generale, Roma, 1948, 14.

<sup>23</sup> Sempre G. LA PIRA in *Principii relativi ai rapporti civili*, in *Assemblea costituente, Atti della Commissione per la Costituzione, II, Relazioni e proposte*, cit.

<sup>24</sup> Questo reato sarà, poi, abolito solo nella seconda metà dell'Ottocento.

<sup>25</sup> Per Montesquieu la presenza dei «poteri intermedi» era determinante per far sì che il governo monarchico fosse preferibile a quello repubblicano e a quello dispotico. Infatti, «i poteri intermedi, subordinati e dipendenti, costituiscono la natura del governo monarchico, cioè di quello in cui uno solo governa per mezzo di leggi fondamentali», cioè di quelle leggi «fisse e immutabili» che si sottraggono alla potestà legislativa del monarca (C.L. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), I, trad. it. di B. BOFFITO SERRA, Milano, 1996, 162 ss.). In questa prospettiva i poteri intermedi dipendenti, da una parte, impedivano che il popolo prendesse troppo il sopravvento, dall'altra parte, svolgevano una formidabile funzione di protezione dalla corruzione del potere («è raro che gli ordini dello Stato siano interamente corrotti». *Ibid.*, 205).

<sup>26</sup> Le ragioni dell'introduzione di questo provvedimento e le reazioni che esso suscitò sono ricostruite in J. ISRAEL, *La rivoluzione francese. Una storia intellettuale dai Diritti dell'uomo a Robespierre* (2014), trad. di P. DI NUNNO E M. NANI, Torino, 2015, 174 ss.

<sup>27</sup> F. FURET, D. RICHEL, *La Rivoluzione francese* (1965), I, trad. di S. BRILLI CATTARINI, C. PATANÈ, Roma-Bari, 2011, 141 ss.

<sup>28</sup> J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), trad. di M. GARIN e introd. di T. MAGRI, Roma-Bari, 2002, 153.

primi obiettivi della rivoluzione dovesse essere quello di “bloccare” le «piccole società» per evitare che potessero «premere» sullo Stato.

Il riconoscimento dell'autonomia dell'*homme situé* – *id est*, della sfera di libertà e di diritti che fa capo all'individuo “situato” – non è, dunque, una stantia riproposizione del modello liberale ma va oltre, finendo con il costituire l'autentica *Grundnorm* dello Stato costituzionale. Da questo punto di vista, è proprio l'autonomia dell'*homme situé* a riempire di senso il principio/valore della “dignità dell'uomo”, definito dalla dottrina costituzionalistica come una sorta di norma di chiusura dell'ordinamento costituzionale<sup>29</sup> o come un principio che non è soggetto a bilanciamento, «ma è ess[o] stess[o] la bilancia, il criterio di misurazione e di accertamento dei singoli giudizi»<sup>30</sup> o, ancora, come «un ponte fra i diritti in cui si concretizzano la libertà e l'autonomia del singolo ed i doveri che limitano l'espansione e l'esercizio dei diritti, attraverso il richiamo alla responsabilità»<sup>31</sup>.

Il rischio che si cela dietro l'utilizzo di principi di così ampia portata è, infatti, quello di legittimare un'operazione di etero-individuazione della “dignità dell'uomo”, che sposti al di fuori dell'individuo “concreto” la decisione su cosa è degno e cosa non lo è. Spetta, invece, a quest'ultimo il compito di dare un contenuto a una formula, come quella della “dignità dell'uomo”, che può legittimare pretese paternalistiche. È, dunque, l'individuo, con la sua autonomia e con i suoi connessi poteri di autodeterminazione, a dover riempire di senso la formula astratta del vivere e dell'agire *cum dignitate*. Al contempo, però, «si deve evitare che ognuno di noi possa trasformarsi in un potenziale tiranno di sé stesso»<sup>32</sup>; di conseguenza, «il principio di dignità nel mentre esalta l'autodeterminazione individuale al tempo stesso la limita, allorché la stessa dovesse ledere o mettere in pericolo interessi di terzi o della collettività»<sup>33</sup>.

Il *novum* della Carta costituzionale repubblicana non è, pertanto, rintracciabile in una specifica disposizione costituzionale ma nello spirito complessivo che si deduce sia dalle singole previsioni sia dal contesto culturale e politico in cui esse si collocano. Muovendo da questa prospettiva traspare, in filigrana, la volontà dei Padri Costituenti di riprendere alcuni paradigmi tipici dello Stato liberale (si pensi, per tutti, alle disposizioni relative alle c.d. libertà negative), ma, al contempo, anche la consapevolezza della loro insufficienza e del connesso rischio di una libertà “di facciata”, cioè di mere proclamazioni di libertà e di diritti, non accompagnate da adeguati strumenti in grado di garantirne l'effettività.

<sup>29</sup> Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, 343 ss.

<sup>30</sup> G. SILVESTRI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in L. VENTURA, A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2015, 57.

<sup>31</sup> G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Città del Vaticano, 2015, 81.

<sup>32</sup> V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 38.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 39. L'estrema attualità di questi temi è testimoniata dalla frequenza con cui, soprattutto negli ultimi anni, la Corte costituzionale è stata chiamata a trattarli: si pensi, per tutte, alle due decisioni sul c.d. caso DJ Fabo-Cappato (ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019), in cui la Corte ha fatto riferimento a un'accezione soggettiva del concetto di dignità, sia pure con toni diversi (espressamente nella prima pronuncia e timidamente nella seconda), e alla questione della c.d. prostituzione volontaria (sentenza n. 141 del 2019), là dove il Giudice delle leggi ha richiamato il concetto di «dignità oggettiva». Tra i tanti scritti su quest'ultima accezione della dignità si segnala P. DE SENA, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2017, 573 ss.

### 3. La costituzionalizzazione dell'ordinamento e la vocazione espansiva dei diritti dentro o al di fuori del testo costituzionale

L'anteriorità dell'individuo rispetto allo Stato, da una parte, e la struttura nomologica della Carta costituzionale, caratterizzata da un linguaggio per principi<sup>34</sup>, dall'altra, hanno innescato un "meccanismo interpretativo" che, a settanta anni di distanza, può dirsi senz'altro virtuoso e che costituisce una delle principali ragioni di attualità della Costituzione.

In altre parole, le scelte dei Padri Costituenti hanno determinato il prodursi di un fenomeno culturale (nel senso di cultura giuridica) che ha consentito, in un primo momento, il superamento dell'artificiosa distinzione tra norme programmatiche e norme precettive della Costituzione, e, in un secondo momento, un processo di lenta ma inesorabile "costituzionalizzazione dell'ordinamento". È come se l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e delle sue disposizioni sui diritti dell'individuo avesse dato la stura ad una *magmatica pervasione dell'ordinamento*, in cui la metafora del magma offre plasticamente l'idea di un processo lento ma inesorabile di penetrazione, come, d'altronde, lo sono tutti i processi culturali.

La costituzionalizzazione dell'ordinamento è avvenuta sia in modo espreso, attraverso un'attività demolitorio-ricostruttiva di molti istituti giuridici, sia in modo tacito, attraverso l'elaborazione di canoni interpretativi tali da "ricondurre a conformità" al nuovo quadro costituzionale disposizioni elaborate prima della sua entrata in vigore. Protagonista in entrambi i casi è stata la Corte costituzionale<sup>35</sup>, che, in molte circostanze, ha caducato previsioni radicalmente in contrasto con la Carta fondamentale e, in altre occasioni, ha offerto agli interpreti chiavi di lettura "salvifiche" della legittimità delle anzidette disposizioni.

È però sul piano dell'"approccio" al testo costituzionale che si registra la cifra più significativa e, al contempo, il profilo più dibattuto<sup>36</sup> del processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento. La Corte è stata chiamata, infatti, a confrontarsi con un linguaggio – quello, appunto, della Costituzione – che «ripropone e rinnova continuamente le condizioni di legittimazione dell'intero ordinamento giuridico e fornisce la fondazione generale dei processi comunicativi tecnicizzati, che si svolgono nelle varie sfere

<sup>34</sup> È noto che talune disposizioni costituzionali contenute tra i «Principi fondamentali» e nella Parte I furono definite da P. CALAMANDREI come «divagazioni oratorie di tono moraleggiante e didascalico» (*Come nasce la nuova Costituzione*, in *Il Ponte*, 3, 1947, 1 ss., ed ora in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, 10).

<sup>35</sup> Con il rischio – peraltro condiviso con i tribunali costituzionali di altri Paesi – di essere talvolta accusata di «*judicial hubris*». Su questo tema si rinvia a N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 919 ss. ma spec. 927 ss.

<sup>36</sup> Non si deve ritenere, infatti, che esistano nella dottrina costituzionalistica italiana un consenso unanime e/o posizioni universalmente condivise sulle forme e sulle modalità del processo di "costituzionalizzazione dell'ordinamento" e, ancor prima, sull'approccio al testo costituzionale. A quest'ultimo riguardo, seppure non si registri nel panorama dottrinale italiano una posizione di "puro" testualismo, sul modello di quanto sostenuto da A. SCALIA nel contesto giuridico statunitense (spec. ID., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, New Jersey, 1997, spec. 23), non mancano posizioni variegata riconducibili alle due contrapposte teorie del testualismo/originalismo e del *living constitutionalism*.

del mondo dei fenomeni giuridici»<sup>37</sup>; ciò obbliga l'interprete a non "sottovalutarne" «la forza generativa»<sup>38</sup>.

Questo approccio alle questioni del linguaggio costituzionale è legato strettamente al metodo della c.d. interpretazione per valori che, sia pure a fasi alterne, è stato avallato dalla Corte costituzionale<sup>39</sup>. Secondo questo criterio, l'interpretazione meramente letterale costituisce solo una tappa del complesso procedimento ermeneutico, che non può prescindere dalle scelte di valore sottese alle disposizioni da interpretare<sup>40</sup>. In proposito, si è precisato che «i valori non sono [non devono essere] visti in sé e per sé, per il modo con cui danno corpo ad un universo ideale, metastorico e metapositivo; piuttosto, rilevano nelle analisi dei giuristi unicamente per il modo con cui si fanno *testo* e *contesto* assieme, vale a dire per il tramite dei principi (e delle norme in genere) che li recepiscono e convertono in materiali giuridicamente significativi, per un verso, e, per un altro verso, per il modo con cui si fanno diritto ed esperienza "vivente"»<sup>41</sup>.

Quanto appena detto ha un'immediata ricaduta proprio sul piano dell'interpretazione delle disposizioni costituzionali che riguardano i diritti di libertà; anzi, il dibattito svoltosi sul tema ha quasi sempre preso le mosse dalla possibilità di individuare "nuovi" diritti rispetto a quelli espressamente menzionati in Costituzione<sup>42</sup>. In particolare, ci si è interrogati sulla possibilità di trarre dalle previsioni già esistenti (in combinato disposto tra loro o con l'art. 2 Cost.) nuove forme di tutela di vecchi diritti o situazioni giuridiche soggettive nuove, comunque meritevoli di riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico.

Come si è accennato, in tale prospettiva decisivo è il ruolo assegnato al testo costituzionale; non è casuale che nella dottrina costituzionalistica sia costantemente avvertita la preoccupazione che questo testo venga trattato come un «semplice "pretesto"»<sup>43</sup>. In proposito, si è anche osservato che «[q]uel

<sup>37</sup> G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 1989, 247.

<sup>38</sup> *Ibid.*, spec. 248 ss. Su questi temi si veda, ID., *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2006, 7 ss. ma spec. 17.

<sup>39</sup> L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia è ricostruita da A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 2015, 322 ss. Su questo tema si veda, in senso fortemente critico dell'operato della Corte, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 251 ss.

<sup>40</sup> Fra i tanti, A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 4, 1991, 639 ss.; ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; P. CIARLO, *Dinamiche della democrazia e logiche dei valori*, in *Diritto Pubblico*, 1, 1995, 123 ss.; A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, 3065 ss.; F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 51 ss.; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009; ID., *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009.

<sup>41</sup> A. RUGGERI, in più scritti e in particolare in *Teorie e "usi" della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2007, 519 ss. ma spec. 523.

<sup>42</sup> Fra gli scritti più significativi in materia, F. RICCOBONO (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Atti del Congresso tenuto a Roma presso la Liberà università internazionale degli studi sociali, 5 e 6 maggio 1989, Milano, 1991; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995; M. CARTABIA, *"Nuovi diritti" e leggi imperfette*, in *Iustitia*, 2, 2016, 153 ss.

<sup>43</sup> In questi termini M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2006, 1643 ss. ma spec. 1658 ss.

che conta è il testo, ma il testo conta per quello che scrive e significa, non per quello che gli si può imputare *magis ut valeat* o che gli si può aggiungere per adeguarlo ai “fatti” e alla loro evoluzione»<sup>44</sup>. In questa stessa direzione si muovono i sostenitori di un «metodo giuspositivistico temperato (o critico)», secondo cui «la preferenza per il metodo giuspositivistico temperato presuppone una “scelta di valore” favorevole ai contenuti del testo costituzionale [che] in tanto si privilegia [...] in quanto se ne condividono i valori sottesi»<sup>45</sup>. La scelta di questo metodo è pressoché obbligata in considerazione del fatto che «il procedimento caratterizzato dagli ampi scenari di soggettivismo caratterizzanti le varie teorie che si richiamano alla primazia dei valori, rischia di mettere in forse la certezza del diritto e, quindi, in ultima analisi, di minare le stesse garanzie costituzionali contro l'abuso e l'arbitrio dei detentori del potere pubblico e privato, il che costituisce la ragione stessa del costituzionalismo»<sup>46</sup>.

Si è anche osservato che «quando lo consente, quel testo va utilizzato come fonte di principi da svolgere ed elaborare secondo coerenza e in osservanza del principio di non contraddittorietà. I principi cioè sono destinati a fungere da testa di ponte per le risposte che i tempi nuovi attendono dalla Costituzione»<sup>47</sup>.

Nella varietà di posizioni, qui riportate solo per grandi linee, non mancano coloro che sottolineano l'importanza di «un'angolazione rigorosa di diritto positivo»<sup>48</sup> e ritengono che lo studio dei diritti di libertà debba essere ancorato al contesto storico in cui essi si collocano, non essendovi «principi di libertà che possano considerarsi comuni a tutte le epoche e a tutti i regimi»<sup>49</sup>. Dal «rigoroso ancoraggio al dato positivo» deriva che i diritti «nascono così come li raffigura il diritto positivo, coi soli limiti che la stessa costituzione eventualmente pone nel mentre li raffigura (cioè nel contesto delle stesse norme istitutive), oppure altrove, in altre norme che, nell'affermare altri principi fondamentali, limitano in qualche modo il diritto stesso»<sup>50</sup>. Questo approccio, che valorizza il dato testuale, conduce i suoi sostenitori a individuare un generale criterio interpretativo nella «regola, inespressa nel diritto positivo, ma totalmente pacifica in letteratura» della «presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali», che in concreto si traduce in un'«interpretazione estensiva delle norme relative, tendente ad affermare la massima ampiezza da riconoscere alla libera sfera di attività dell'individuo e del gruppo»<sup>51</sup>. Questa lettura si inserisce in un quadro ricostruttivo nel quale si ritiene non convincente la

<sup>44</sup> R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2007, 11 ss. ma spec. 39.

<sup>45</sup> A. PACE, D. PICCIONE, *I lineamenti dei diritti di libertà. La libertà personale*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano, Diritti e libertà*, Roma-Bari, 2006, 41 ss.

<sup>46</sup> A. PACE si è occupato in più scritti di questi temi e in particolare in *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2001, spec. 38 ss. e 60 s., e in *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., 83 ss. ma spec. 97 ss.

<sup>47</sup> S. BARTOLE, *Presentazione*, in L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana* (1991), trad. di D. DONATI, Bologna, 2005, XV.

<sup>48</sup> E. CHELI, *Il contributo di Paolo Barile allo studio delle libertà in Italia*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990, XIV ss.

<sup>49</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 11.

<sup>50</sup> *Ibid.*, 41.

<sup>51</sup> *Ibid.*, 41 ss. Il principio della presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali è considerato da G. SILVESTRI «vera stella polare della navigazione giurisprudenziale in materia di diritti fondamentali» (*Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, cit., 15). Su questo tema sia consentito rinviare a G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in A. PIN (a cura di), *Il diritto e il dovere*

tesi «estensiva» dell'art. 2 Cost.<sup>52</sup>, quella tesi, cioè, che interpreta l'articolo citato come una «clausola aperta», «potenzialmente riferibile ad ogni “situazione di libertà” anche se non compresa nel catalogo del *bill of rights*». In altre parole, per Barile l'art. 2 Cost. non reca una «norma di *produzione* giuridica»; pertanto, «gli schemi dei “diritti di libertà”» non potrebbero essere sostituiti dagli «istituti della libertà», che, in quanto «ancorati ad un diritto naturale estraneo all'esperienza giuridica contemporanea», finirebbero per assumere «connotati talmente labili e soggettivi da scomparire nella nebbia dell'incertezza del diritto»<sup>53</sup>.

Questa rapida disamina dimostra, ad avviso di chi scrive, che la lettura estensiva/evolutiva non è solo una delle possibili scelte dell'interprete ma costituisce l'unica strada percorribile per la piena realizzazione del dettato costituzionale. Non è casuale che anche chi sostiene la necessità di uno stretto ancoraggio al dato positivo non può fare a meno di “recuperare” per altra via “un margine di manovra” all'interprete. Il rischio di interpretazioni riduttive è, infatti, quello di un sostanziale aggiramento delle prescrizioni costituzionali e quindi di un loro svuotamento, in palese contraddizione con lo scopo perseguito dal Costituente.

#### 4. Il biodiritto e i biodiritti: l'approdo ultimo del processo di costituzionalizzazione e i rischi connessi

La vocazione espansiva dei diritti si è manifestata in maniera particolarmente dirompente nell'ambito del c.d. biodiritto, cioè di quell'insieme di principi e regole giuridiche relative «alle c.d. scienze della vita e della cura della salute dell'essere umano»<sup>54</sup>. I rapidi avanzamenti della scienza medica hanno, infatti, obbligato i giuristi e i filosofi morali a confrontarsi con le questioni, rispettivamente, biogiuridiche e bioetiche derivanti dall'evoluzione scientifica. In un primo momento, i problemi biogiuridici sono stati esaminati nella prospettiva dei singoli rami della scienza giuridica (soprattutto negli ambiti delle discipline civilistiche e di quelle penalistiche), ma, già negli anni Novanta del secolo scorso, è apparso evidente alla dottrina più accorta che siffatte tematiche mettevano in gioco i principi-cardine dell'ordinamento costituzionale. Ciò risulta confermato dalla considerazione che i quattro principi base della bioetica «possono essere declinati secondo paradigmi di natura propriamente giuridico-costituzionale [...] ad esempio, autonomia, beneficienza, non maleficenza e giustizia possono trovare un riflesso di natura costituzionale nei diritti inviolabili dell'art. 2»<sup>55</sup> e in ulteriori previsioni costituzionali.

La presa di coscienza di quanto appena detto ha prodotto una rinnovata attenzione della dottrina alla capacità dell'art. 2, ma anche degli artt. 13 e 32 Cost., di aprire le porte della tutela costituzionale a nuovi diritti legati al *bios*, cioè alle condizioni e ai modi in cui si svolge la vita umana. D'altra parte,

---

*dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Napoli, 2015, 17 ss., e in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 706 ss.

<sup>52</sup> In proposito si rinvia ad A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, spec. 80 ss. Sui termini del dibattito dottrinale in materia si veda A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 19 ss.

<sup>53</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 54 ss.

<sup>54</sup> In questi termini, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, III ed., Torino, 2012, 7.

<sup>55</sup> *Ibid.*, 3.

richiamando la prospettiva seguita nei precedenti paragrafi, cosa c'è di più "concreto" e di più "situato" del corpo umano<sup>56</sup>, cioè della materialità biologica dell'individuo?

A rafforzare la capacità espansiva di questi bio-diritti, nel senso di diritti legati al *bios*, ha senz'altro contribuito la formulazione dell'art. 32 Cost. In particolare, si allude, non solo alla qualificazione del diritto alla salute come (unico diritto) «fondamentale», ma soprattutto alla previsione recata dal secondo comma che sancisce il divieto di trattamenti sanitari obbligatori, ad esclusione di quelli disposti da una legge che non violi «i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

La disposizione costituzionale in parola reca, infatti, una delle previsioni maggiormente dotate di "pre-sbiopia", maggiormente in grado, cioè, di sapersi "liberare" della questione contingente che ne determinò la formulazione e di ergersi a principio fondamentale per il biodiritto. Nel breve volgere di poche righe trova spazio la tutela dell'uomo concreto al cospetto delle questioni che coinvolgono la sua salute; di un uomo che non è una monade, isolato quindi dalla comunità sociale e che, in quanto tale, non è completamente libero di disporre della sua salute («La Repubblica tutela la salute come [...] interesse della collettività [...]»). Si tratta di un individuo, la cui volontà non può essere coartata da una legge che non rispetti la persona umana o – come era stato originariamente proposto – che rechi una prescrizione «incompatibile con la dignità umana». Risuona in queste parole l'eco di vicende giudiziarie recenti, in cui la compatibilità di una certa condotta, imposta dalla legge, con l'idea di vita e di morte dignitosa del singolo individuo ha rappresentato il parametro costituzionale di riferimento.

Sono, in sostanza, riassunti in queste poche parole il significato, l'ampiezza e i limiti dell'autonomia individuale, con una formulazione che ha attraversato i decenni di vigenza della Carta costituzionale senza perdere attualità. La capacità dei Padri Costituenti di realizzare l'obiettivo perseguito è stata premiata dalla straordinaria "longevità" di questa statuizione, a differenza di altre, rimaste lettera morta perché inattuata. Oggi a chi legge l'art. 32, secondo comma, Cost. difficilmente sovviene la sua *ratio* originaria, quella, cioè, di vietare gli esperimenti scientifici sul corpo umano e, in particolare, di proibire la sterilizzazione coatta. Al contrario, questa previsione ha consentito il riconoscimento e la tutela dei diritti legati alla procreazione medicalmente assistita, alle decisioni di fine vita, alle scelte connesse all'aborto e a tutte quelle pratiche mediche che riguardano, comunque, le condizioni e i modi della vita umana.

La rivendicazione dei biodiritti ha, però, portato alla luce due posizioni parimenti estremiste: da un lato, vi è chi, confondendo il riconoscimento di un diritto con l'aspettativa di vedere realizzato un proprio desiderio, reclama una tutela giuridica (financo di rango costituzionale) di qualsiasi forma di interesse legato alla propria individualità; dall'altro lato, si è assistito e si assiste tuttora ad un rigurgito di organicismo anti-individualistico, ad una visione, cioè, dell'individuo libero di muoversi solo all'interno del recinto segnato dalle leggi (ordinarie) dello Stato.

Entrambe queste impostazioni svislano la prospettiva dell'*homme situé*, che non è una prospettiva né di totale apertura, liberando l'individuo da qualsiasi dovere nei confronti della comunità sociale, né di totale chiusura, quasi si volesse delimitare l'ambito, la società intermedia o la formazione sociale in cui quest'uomo può "razzolare" alla stregua di un animale da cortile. Al contrario, nella prospettiva

<sup>56</sup> Cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, *passim* ma spec. 10 ss.



dell'*homme situé* l'individuo è protagonista del suo "collocamento", del suo "situarsi" in un contesto piuttosto che in un altro.

L'insaziabilità dei diritti<sup>57</sup> e il paternalismo giuridico<sup>58</sup> costituiscono le modalità con cui si manifestano queste tendenze antitetiche, che mettono a dura prova la tenuta degli artt. 2 e 32 Cost., ma che, al contempo, ne confermano l'attualità, per la loro capacità di offrire gli strumenti (*rectius*, i principi) idonei a consentire di individuare la soluzione mediana fra queste opposte istanze. Sia chiaro, però, che con quanto appena detto non si vuole sostenere la tesi di una pacifica ricomposizione dei conflitti; purtroppo, il percorso che si conclude con il riconoscimento o con il diniego di tutela di un diritto non è mai indolore ma sicuramente contribuisce a quell'opera di costante adeguamento e di perenne limatura, operata prevalentemente dagli organi giurisdizionali, tipica degli ordinamenti liberal-democratici in cui è bandita la «rimozione autoritaria del dubbio»<sup>59</sup>.

Piuttosto, la gradualità nei percorsi di definizione delle questioni che toccano i c.d. nuovi diritti, e in special modo i biodiritti, è un connotato tipico dello Stato costituzionale, come pure rientra nella dinamica fisiologica di questa forma di Stato<sup>60</sup> il c.d. attivismo dei giudici, chiamati a fronteggiare, in prima linea, le nuove domande di tutela<sup>61</sup>. Il giudice che si rifugiava in un *non liquet* mascherato da ragioni formali-procedurali, finirebbe con l'abdicare alla sua funzione che è quella, *in primis*, di applicare i principi costituzionali, considerando la Carta costituzionale per quello che effettivamente è: una norma giuridica. Al contempo, com'è stato opportunamente notato<sup>62</sup>, «la discrezionalità legislativa si esercita non solo nella espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell'ordinamento».

Non vi è dunque alcuna patologia o atteggiamento eversivo né nella condotta dei giudici né in quella del legislatore; sarebbe però ipocrita non riconoscere che quando l'attività di quest'ultimo viene paralizzata dalla "paura del decidere" o dal gioco dei veti incrociati, l'attività dei giudici e in specie di quelli costituzionali assume un ruolo centrale, con la conseguenza che nel gioco delle parti un protagonista (il legislatore) diventa, per sua scelta, una figura di contorno.

Le problematiche connesse ai biodiritti hanno, dunque, dei riflessi significativi anche sulla stessa definizione dello Stato costituzionale e, in particolare, sul ruolo assunto al suo interno dai Tribunali costituzionali. Si è parlato della Corte costituzionale come di un particolare «giudice sociale», in quanto «deve essere considerata nel suo stretto legame con la società in generale [...] essa diviene una "corte

<sup>57</sup> A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, in E. VITALE (a cura di), Roma-Bari, 2001, 179 ss.; L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Rubbettino, 2007.

<sup>58</sup> Cfr. G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, 2012, spec. 47 ss.

<sup>59</sup> Per riprendere l'espressione utilizzata da C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), in A. CARACCILO (a cura di), Milano, 1981, 75 ss.

<sup>60</sup> Al riguardo, C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. di A. CARACCILO, Milano, 1984, 181, rilevava, sia pure criticamente, che «l'ideale perfetto dello Stato borghese di diritto culmina in una generale forma giurisdizionale di tutta la vita statale».

<sup>61</sup> Al contempo non possono essere sottaciuti i rischi di un giudice – e soprattutto di quello costituzionale – che pretenda di farsi unico interprete dei mutamenti della "coscienza sociale". Sul punto N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, spec. 11 ss.

<sup>62</sup> N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, cit., 928.



sociale” *sui generis* e in senso lato. Attraverso la sua giurisprudenza essa si apre alla molteplicità delle idee e degli interessi – li assume in sé – e *a contrario* guida la società»<sup>63</sup>.

Siffatta ricostruzione, invero, non convince del tutto, caricando le Corti costituzionali di una responsabilità “sociale” fin troppo rilevante. Resta il fatto, però, che il Giudice delle leggi, al pari e forse più degli altri giudici, non può nascondersi dietro il *non liquet* (che, di volta in volta, assume le sembianze della decisione di inammissibilità o di restituzione degli atti o comunque interlocutoria), deve, anzi, essere consapevole del ruolo che è chiamato a svolgere e degli effetti che dalle sue pronunzie possono derivare sui bisogni e sulle esigenze del singolo individuo, in altre parole sull’uomo “concreto”.

In questa prospettiva, le Corti costituzionali non devono avallare il paternalismo giuridico statale, bensì sono chiamate a difendere quel modello di autonomia individuale concepito come soluzione mediana tra l’individualismo puro e l’organicismo assoluto. Peraltro, il principio di autonomia individuale finisce, oggi, con il connotare lo Stato democratico, nel quale «la libertà individuale-autonomia dei singoli si trasferisce [...] alla comunità politica per ritornare sotto forma di libertà collettiva-autonoma del popolo sovrano»<sup>64</sup>. Dunque, garantendo la prima si finisce inevitabilmente con il ridare smalto alla seconda. È questo, probabilmente, l’esito più fruttuoso del processo di costituzionalizzazione dell’ordinamento.

---

<sup>63</sup> P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, trad. it. di F. POLITI, S. ROSSI, Roma, 2005, 158 ss.

<sup>64</sup> E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, M. NICOLETTI, O. BRINO (a cura di), Milano, 2006, 424.

## Il giudice\*

Roberto Bin\*\*

### THE JUDGE

**ABSTRACT:** The Italian Constitution designs a model of the fundamental rights defence based on the clear roles of the lawmaker, the judge and the constitutional Court. Many alterations are occurring in this model, some caused by the action of the EUJC e the ECHR Court. Biolaw is an area where the phenomenon in adverted strongly. Entropy is a useful model to understand it.

**KEYWORDS:** Fundamental rights; role of the jurisdiction; role of lawmaker; role of the constitutional Court; entropy

**SOMMARIO:** 1. Il modello costituzionale – 2. Risorse e limiti della giurisdizione – 3. Un caso emblematico – 4. La legge e il giudice: due canali diversi per rivendicare un diritto – 5. Sul ruolo della Corte costituzionale – 6. Crisi della legislazione e tecniche di estensione della giurisdizione – 7. Usi e abusi della giurisprudenza della Corte di giustizia – 8. Usi e abusi della giurisprudenza EDU – 9. Meriti e limiti del «provincialismo costituzionale»: il caso del biodiritto – 10. Biodiritto, modelli di giudizio ed entropia – 11. Giudici, biodiritto e modello costituzionale. Una conclusione

**N**el disegno tracciato dai costituenti, la tutela dei diritti ha il suo perno nella legge e nei giudici comuni. Negli ultimi anni però qualcosa è cambiato: l'enorme pressione sociale per il riconoscimento di diritti "nuovi" e la soluzione di inedite questioni che rientrano nell'etichetta di "biodiritto" può ancora essere affrontata restando fedeli al modello costituzionale o richiede che ad esso siano apportate modificazioni? Questo è l'interrogativo a cui qui si vorrebbe dare risposta, partendo dal modello costituzionale di tutela dei diritti.

### 1. Il modello costituzionale<sup>1</sup>

Si tratta di un modello lineare, facilmente descrivibile. Esso si basa su tre pilastri:

a) Il primo pilastro è il diritto di difesa, definito dagli artt. 24 («Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi») e 113 («Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa»).

\* Questo scritto, con il titolo *Il giudice, tra Costituzione e biodiritto*, è destinato agli *Studi in onore di Antonio Ruggeri*.

\*\* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara. Mail: [roberto.bin@unife.it](mailto:roberto.bin@unife.it). Contributo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> I primi paragrafi riprendono tesi già sviluppate in R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4, 2018.

b) Il secondo pilastro è il principio di responsabilità dei funzionari, enunciato dall'art. 28 («I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti»).

c) Il terzo pilastro è il *judicial review* delle leggi, disciplinato dall'art. 134 («La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni») e dalle norme conseguenti sulla impugnazione incidentale delle leggi (art. 1, legge cost. 1/1948; artt. 23 e 30, legge 87/1953).

I tratti salienti del modello di tutela dei diritti sono dunque i seguenti: il giudice dei diritti è il giudice ordinario, affiancato dal giudice amministrativo; ai loro uffici possono rivolgersi tutte le persone per rivendicare la tutela dei propri diritti e interessi (in seguito userò il termine 'diritto' in senso generico, senza distinguere tra diritto soggettivo e interesse legittimo) e far valere la responsabilità degli agenti che li hanno violati. Al giudice si richiede l'applicazione corretta della legge, perché è la legge ordinaria lo strumento con cui i diritti sono riconosciuti e sono definite le condizioni per la loro rivendicazione. Questa è la premessa di fondo del modello: la tutela dei diritti deve essere assicurata dalla legge; ai giudici si può chiedere quello che la legge promette; alla Corte costituzionale – questo l'elemento nuovo aggiunto alla impostazione tradizionale dalla Costituzione del 1948 – si può chiedere quello che la Costituzione promette e la legge non mantiene.

A chi rivendica la tutela di un diritto si aprono dunque due strade, profondamente diverse, ma entrambe tratteggiate dalla Costituzione: se il diritto rivendicato ha già ottenuto un riconoscimento legislativo, è al giudice che va avanzata la richiesta di applicare la legge (e di perseguire i funzionari pubblici che la hanno violato); se invece il diritto è ancora allo stato di rivendicazione sociale, non coronata ancora da un riconoscimento legislativo, è al legislatore che va rivolta la richiesta di accordare una disciplina giuridica al bene rivendicato. Sono evidentemente strade diverse che conducono a risultati diversi.

## 2. Risorse e limiti della giurisdizione

Il principio fondamentale della giurisdizione è che i giudici devono rispondere nei limiti della domanda; la domanda deve essere formulata con le modalità richieste dalle norme processuali. Nel sistema italiano – non in quello costituzionale, però, ma in quello alimentato dalle norme processuali – ci si può rivolgere al giudice esclusivamente per ottenere il *riconoscimento di un interesse*, oppure *l'estensione o il rafforzamento* della sua tutela. Questo significa che il ricorso al giudice dà voce ad una pretesa di *affermazione o espansione* del diritto individuale, altrimenti verrebbe a mancare l'interesse ad agire (art. 100 cod. proc. civ.), che è una delle condizioni di ammissibilità della domanda. Quindi i ricorsi indirizzati ai giudici hanno sempre e solo una direzione, quella dell'allargamento o del potenziamento della tutela degli interessi. Avere interesse significa dimostrare che il provvedimento richiesto appare idoneo e necessario per rimuovere la lesione del proprio diritto<sup>2</sup>. Il giudice è tenuto a fornire una risposta alla domanda (principio di corrispondenza tra il richiesto e il pronunciato: art. 112 cod. proc.

<sup>2</sup> Così L.P. CAMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1998<sup>2</sup>, 246.

civ.) e deve pronunciarsi anche in assenza di una norma espressa per il caso, non essendo ammesso il *non liquet* e, al contrario, sanzionato il “diniego di giustizia”<sup>3</sup>.

Negli *hard cases*, che sono tali perché la legislazione vigente non fornisce un'espressa “norma del caso”, spetta al giudice elaborarla, partendo dai principi costituzionali e della legislazione ordinaria, sfruttando ogni fonte di argomentazione che possa essergli utile a sostenere la conclusione. Che sia positiva o negativa per la domanda, la conclusione sarà una “buona sentenza” se provvederà a rispondere alla domanda restando nei ristretti limiti di essa.

Può accadere però – e frequentemente accade – che al giudice si chieda qualcosa di più della semplice “applicazione della legge” che tutela un diritto, qualcosa che va oltre a quanto possa essere riconosciuto al ricorrente sulla base dell'interpretazione delle disposizioni legislative, ma che appare fondato nei principi costituzionali. Il modello costituzionale di tutela dei diritti indica chiaramente la strada da seguire: se il giudice ritiene di non poter “forzare” la lettera della legge con un'interpretazione “costituzionalmente orientata”, potrà, anche su istanza di parte, sollecitare l'intervento della Corte costituzionale, la cui sentenza, se favorevole all'individuo, colpirà la legge “nella parte in cui” la tutela del diritto non è sufficientemente assicurata. La ricca tipologia di pronunce che la Corte ha elaborato per assicurare questo risultato è notissima, ma resta evidente che, nel modello costituzionale, ciò non trasforma la Corte costituzionale nel “giudice dei diritti”, come talvolta viene definita. Il compito di tutelare i diritti resta saldamente attribuito al giudice ordinario, mentre la Corte costituzionale interviene per aiutare il giudice a smussare la legislazione ordinaria in modo che possa essere applicata senza disapplicare la Costituzione. La Corte interviene però se e soltanto se sia dimostrato che non è possibile elaborare, sulla base delle disposizioni vigenti e attraverso il ricco strumentario dell'interpretazione, una norma che garantisca al diritto rivendicato dall'individuo una tutela sufficiente rispetto alle garanzie costituzionali. Questo compito ricade per altro principalmente sulle spalle del giudice comune.

### 3. Un caso emblematico

Il “caso Englaro” è emblematico di come funzioni il sistema. Quando il padre di una ragazza che da sedici anni giaceva in stato vegetativo permanente chiese al giudice civile di ordinare la rimozione del tubo di nutrizione artificiale, lasciandola morire “naturalmente”, il tribunale civile rispose che non c'era una norma legislativa che disciplinasse il caso e che perciò un giudice comune non poteva prendere una decisione che, provocando la sospensione della nutrizione artificiale, avrebbe certamente causato la morte della paziente: citando una decisione della Corte EDU<sup>4</sup>, il giudice negò che esistesse un “diritto a morire” e aggiunse che, mancando una precisa norma di legge, tra il diritto alla vita, da un lato, e il diritto di auto-determinazione e di rifiuto del trattamento medico, dall'altro, il primo avrebbe comunque dovuto prevalere<sup>5</sup>. La decisione venne rovesciata in Cassazione<sup>6</sup>, la quale ritenne di individuare nell'art. 32.2 Cost. – che riconosce il diritto individuale a rifiutare qualsiasi trattamento medico – la premessa per risolvere il caso a favore del ricorrente, ponendo alcune condizioni perché il tutore sia

<sup>3</sup> Art. 3 della legge 117/1988 sulla responsabilità civile dei magistrati.

<sup>4</sup> Decisione del 29 aprile 2002 (*Pretty c. Regno Unito*: appl. no. 2346/02).

<sup>5</sup> Corte d'Appello di Milano, decreto 16.12.2006, in *Il Foro italiano*, 2007, 571.

<sup>6</sup> Corte di Cassazione, sez. I civ., sent. 21748/2007.

autorizzato ad esprimere la volontà della persona incapace di esercitare il diritto di scelta. Siccome non esisteva una disposizione di legge che impedisse di raggiungere questo risultato in via interpretativa – altrimenti avrebbe potuto impugnarla davanti alla Corte costituzionale – la Cassazione “derivò” la norma del caso direttamente dai principi costituzionali.

Proprio il “caso Englaro” denuncia il malfunzionamento del presupposto implicito del modello costituzionale di tutela dei diritti: esso vuole che sia il legislatore a definire i diritti da riconoscere e le modalità della loro tutela. Il problema divideva profondamente l’opinione pubblica, gli schieramenti politici anche al loro interno e persino gli organi costituzionali. L’apice lo si raggiunse quando il Parlamento fece ricorso alla Corte costituzionale lamentando che la Corte di cassazione aveva invaso la funzione legislativa emanando una regola generale e quindi sostituendosi al legislatore. La Corte costituzionale lo dichiarò inammissibile<sup>7</sup>, perché nulla impediva al parlamento di approvare – finalmente – una legge in materia, mentre, al contrario, al parlamento non era consentito di interferire con la funzione giurisdizionale e sindacare il modo con cui i giudici svolgono i propri compiti.

#### 4. La legge e il giudice: due canali diversi per rivendicare un diritto

Questa vicenda ci spiega quale sia il primo fattore che pone in crisi il sistema costituzionale di tutela dei diritti: il malfunzionamento della produzione legislativa. È infatti dalla legge che prende spunto tutto il resto, dal compito dei giudici di assicurare agli individui la tutela dei diritti (come disciplinati dal legislatore), alla possibilità di promuovere il ricorso alla Corte costituzionale nei casi in cui la tutela legislativa risultasse insufficiente rispetto alle garanzie costituzionali. La richiesta sociale di riconoscimento dei diritti, specie dei c.d. *nuovi diritti* (come quello ad una morte dignitosa, su cui verteva il caso Englaro), non dovrebbe di regola essere rivolta al giudice, ma al legislatore. Questa sarebbe la via maestra, che non è affatto complanare rispetto al ricorso al giudice. La differenza è evidente: mentre al giudice si pone una domanda individuale di riconoscimento del proprio diritto, e si ottiene una risposta altrettanto individuale (che potrà imporsi come soluzione generale solo attraverso la forza del precedente giudiziario o persuadendo la Corte costituzionale a incidere sul tessuto legislativo rimuovendo gli ostacoli all’affermazione del diritto), al legislatore si chiede un riconoscimento in via “generale e astratta”. Ma non c’è solo questo: il giudice, riconoscendo la fondatezza della pretesa dell’individuo, risponde nei termini della domanda, ossia in relazione al caso concreto e lo fa sulla base di una fonte normativa posta, della cui esistenza deve dare conto e della cui interpretazione si deve fare – motivando – carico. Il dispositivo della sua sentenza non potrà contenere una completa disciplina delle modalità e dei limiti di garanzia del diritto in questione, ma dirà soltanto se *in quelle determinate condizioni fattuali* il diritto è o meno riconosciuto e tutelato. Ogni affermazione del giudice – anche del giudice delle leggi, in fondo – è corredata dalla clausola implicita *rebus sic stantibus*, che non chiude mai lo spazio di intervento del legislatore e può valere da precedente – nella debole accezione del vincolo accettata dalla cultura giuridica italiana – soltanto nello specifico quadro fattuale del caso deciso.

Per la legislazione è tutto diverso. Se il legislatore fa sua l’istanza sociale al riconoscimento di un diritto, produrrà una disciplina stabile dell’esercizio di quel diritto, in cui si specificheranno però anche le

<sup>7</sup> Corte cost., ord. n. 334/2008.

condizioni e i limiti a cui esso è sottoposto. Come spesso afferma la Corte costituzionale quando rigetta la questione di legittimità, spetta al legislatore fissare i termini del bilanciamento tra un diritto individuale e gli altri diritti o interessi generali.

Dunque, mentre il giudice riceve e accoglie (se accoglie) una richiesta di tutela espressa in termini assoluti, ma circoscritta nel perimetro tracciato dalla sequenza caso-domanda-interesse ad agire, al legislatore spetta di dare al diritto in questione un riconoscimento generale ma circostanziato, cioè di affermare contestualmente il diritto e i suoi limiti. Il giudice può amministrare la concorrenza degli interessi nei termini in cui essi siano fissati dalla legge e rappresentati nel giudizio; il legislatore invece deve prefigurarsi – anche stimolato dal dibattito parlamentare – tutti gli interessi che possono essere incisi dal riconoscimento legislativo di un determinato diritto, e provvedere a regolarne il concorso. Questo spiega perché certe organizzazioni d’interessi (ambientaliste, dei consumatori, etico-religiose ecc.), che hanno in cura quelli che loro vantano come “valori non negoziabili” – e sono perciò poco propense alla trattativa e alla negoziazione politica (che sono necessarie in una società pluralista e proprie del procedimento parlamentare) – preferiscono la via giudiziaria a quella parlamentare, la sentenza piuttosto che la legge. Così la loro richiesta si pone fuori dalle regole della democrazia rappresentativa. Preferiscono *usare* il diritto davanti agli organi giudiziari, piuttosto che battersi per *produrlo* attraverso i metodi della democrazia rappresentativa. È l’affermazione incondizionata di un diritto, di un interesse o di un «desiderio infinito e impossibile»<sup>8</sup> quello cui mirano, non il confronto con gli altri interessi, inevitabile in un’arena politica.

Perciò si può dire che l’eccessiva pressione sulla giurisdizione è simmetrica alla “fuga dalla legislazione”, ed entrambe concorrono a provocare frantumazione sociale e a svalutare i momenti di mediazione e di coesione che dovrebbero essere propri del processo legislativo. Ma è vero anche l’inverso: la frantumazione sociale e la difficoltà delle mediazioni politiche ostacolano un accettabile funzionamento del canale legislativo, rendono lunghe e complicate le procedure parlamentari, difficoltose le mediazioni politiche, ardue da interpretare le formule legislative frutto di compromessi linguistici. E tutto ciò riapre e intorbidisce lo spazio entro cui deve muoversi l’interprete e decidere il giudice.

## 5. Sul ruolo della Corte costituzionale

Il processo legislativo serve a individuare i punti di bilanciamento tra interessi contrastanti nella definizione della tutela dei diritti. Ma i limiti che il legislatore pone ai diritti non possono essere arbitrari. Spetta alla Corte costituzionale verificarne la ragionevolezza, e lo fa – ancora una volta – su impulso di parte: ossia sarà ancora una volta il giudice ad essere sollecitato da chi rivendica il diritto e a porre alla Corte il problema se sia o meno equilibrato – rispetto ai principi costituzionali – il punto di bilanciamento scelto dal legislatore. La giurisprudenza costituzionale è piena di censure rivolte a bilanciamenti di interessi che il legislatore ha tracciato, talvolta maldestramente, talvolta in modo troppo rigido, talvolta senza considerare altri interessi che pure risultano coinvolti. Per ognuna di queste censure c’è, in origine, un giudice che ha accolto la contestazione mossa da un individuo, il quale ha sostenuto l’irragionevole compressione del *suo* diritto nella particolare circostanza descritta dal *suo* caso.

<sup>8</sup> M.A. GLENDON, *Rights Talk*, New York, 1991, 45.

Si ricordi che il giudice è sempre sollecitato a spingere verso l'allargamento della tutela del diritto individuale; rispetto ad essa la legge ne segna invece inevitabilmente il limite, il punto in cui la tutela cede alla garanzia di altri interessi. Di fronte alla difficoltà di attivare il canale politico della rappresentanza e ad avviare un percorso legislativo non troppo accidentato, le formazioni sociali che si coagulano nella rivendicazione di un "nuovo" diritto preferiscono spesso bussare alla porta dei giudici per chiedere un riconoscimento sia pure delimitato dal perimetro del caso concreto, dalla "specificità" e "particolarità" della situazione. Più sono capaci di restringere le implicazioni del caso e ad abbassare il livello ideologico della loro richiesta di riconoscimento, meno corrono il rischio di far irrigidire il giudice, il quale giustamente teme di sconfinare dall'ambito della giurisdizione<sup>9</sup>. In alternativa, le formazioni sociali possono innescare una battaglia politica per il riconoscimento per legge delle loro pretese; ma essa mobilerà tutti gli interessi antagonisti, che spingeranno per una stretta delimitazione (se non per il disconoscimento) del diritto invocato.

Quando la risposta legislativa finalmente arriverà e le visioni concorrenti dei principi costituzionali avranno ricevuto una selezione "imperiale" imposta dall'autorità politica<sup>10</sup>, la questione non sarà affatto chiusa. Frutto di una mediazione politica tra istanze contrastanti, la legge riconoscerà margini limitati e condizionati al diritto rivendicato, innescando una nuova battaglia sociale e legale per oltrepassarli. In origine si trattava di rimuovere gli ostacoli che gli apparati pubblici o gli interessi privati opponevano di fatto all'esercizio in concreto del diritto; ora invece l'obiettivo diventa la rimozione dei limiti posti dalla nuova legge all'esercizio del diritto, dei quali si contesta la razionalità, la ragionevolezza o la proporzionalità. Come in precedenza, tribunali amministrativi e giudici ordinari non basteranno a soddisfare la domanda degli individui. Talvolta possono agire in via d'interpretazione, adeguando il significato delle disposizioni legislative alla coscienza sociale; altre volte saranno il tramite per il giudizio della Corte costituzionale, alla quale devono indicare in quale direzione la disciplina normativa andrebbe modificata.

In conclusione, la via maestra per la rivendicazione dei diritti, la legislazione, si rivela molto spesso difficile da percorrere e non capace di soddisfare la "domanda sociale" di riconoscimento: domanda che pertanto esonda da questo canale e si riversa sull'altro, quello della giurisdizione.

## 6. Crisi della legislazione e tecniche di estensione della giurisdizione

Il modello costituzionale di tutela dei diritti subisce così un'incrinatura pericolosa. I giudici non trovano nelle leggi un sostegno adeguato per fornire ai ricorrenti una risposta soddisfacente. Come osservava Hegel, nell'amministrazione della giustizia si realizza l'unità tra interno ed esterno, tra coscienza

<sup>9</sup> Si possono ricordare *self-restraint* storici, come quello della Cassazione del 1906 di fronte alla rivendicazione del diritto elettorale da parte delle donne («riforme di questa natura nella sfera del pubblico diritto non possono senza una lunga e studiata preparazione e senza una matura ponderazione di tutte le conseguenze che in qualunque senso potranno da esse derivare e ripercuotersi su tutta la vita dello Stato») o quella, molto più recente, ma non distante come impostazione, della Corte costituzionale in materia di matrimonio omosessuale (sent. 138/2010).

<sup>10</sup> Impiego qui la suggestiva terminologia di R. M. COVER, *The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative*, in *Harvard Law Review*, 97, 4, 1983-1984, di cui M. GOLDONI ha curato un'ottima traduzione in *Nomos e narrazione: una concezione ebraica del diritto*, Torino, 2008.

giuridica della società civile e l'astratta formulazione della legge. Il giudice, quindi, allo stesso tempo appartiene alla struttura istituzionale del potere statale, di cui applica la legge, ma è anche parte della società civile e del suo "sentire collettivo": è l'interprete tanto dell'una quanto dell'altra. In ciò il giudice concorre a dar voce alla funzione giusgenerativa della società e delle sue componenti, perché nell'interpretazione non c'è soltanto la contrapposizione di testo legislativo e significato normativo, di disposizione e di norma, ma anche quella tra potere pubblico e società civile. La giurisdizione è il momento di sintesi tra queste due dimensioni. Proporre al giudice la domanda di riconoscimento di un diritto "nuovo" – prospettando la novità dei fatti o delle tecnologie che sfidano l'assetto consolidato dell'ordinamento sociale, oltre che giuridico – significa imboccare una strada potenzialmente favorevole all'istante tutte le volte in cui la pretesa abbia con sé un sufficiente consenso sociale, poiché è dalla società civile che il giudice trae – almeno in parte e con i limiti propri dell'interpretazione di un testo – il significato delle disposizioni di legge.

Nello svolgimento di questo difficile compito il giudice è portato a cercare ispirazione in un universo giuridico che non è ristretto nei confini dell'ordinamento italiano. Questo è in principio un mondo chiuso, avvolto nella membrana della sovranità e difeso dal principio di esclusività («non avrai altro dio al di fuori di me» esordisce la Tavola della Legge, e gli ordinamenti giuridici – tutti – non sono meno "gelosi" della loro esclusività). I diritti sono disciplinati dalla legislazione statale, nell'ambito della Costituzione, e applicati dai giudici nazionali, con l'ausilio della Corte costituzionale. Ma le aperture non mancano, e si chiamano applicazione diretta del diritto UE e importazione della giurisprudenza della Corte EDU.

## 7. Usi e abusi della giurisprudenza della Corte di giustizia

Nella fondamentale sentenza *van Gend & Loos*<sup>11</sup>, per la prima volta la Corte di giustizia dell'Unione europea elabora la dottrina degli «effetti diretti» delle norme UE. «Nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal trattato ai singoli, agli stati membri o alle istituzioni comunitarie». Questo storico passaggio della Corte di giustizia introduce una giurisprudenza il cui obiettivo esplicito è di evitare che uno Stato «possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario»<sup>12</sup>, ma fa sì che il diritto comunitario diventi fonte di diritti «che entrano a far parte del loro [dei cittadini] patrimonio giuridico», diritti che «sorgono non solo nei casi in cui il trattato espressamente li menziona, ma anche in relazione agli obblighi che il trattato impone ai singoli, agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie»<sup>13</sup>. Il compito dei giudici nazionali è conseguente e chiaro: devono garantire la piena efficacia diretta di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli.

<sup>11</sup> C- 26/62. Merita leggere il commento "dal di dentro" di P. PESCATORE, *Van Gend and Loos, 3 February 1963 – A View from Within*, in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds), *The Past and Future of EU Law*, Oxford and Portland, 2010, 3 ss.

<sup>12</sup> Sent. *Faccini Dori* (C-91/92).

<sup>13</sup> Sent. *Francovich* (C-6/90 e C-9/90).

La Corte di giustizia ha così creato un meccanismo di *private enforcement* del diritto comunitario<sup>14</sup>, non previsto dai trattati e basato sull'interesse dei privati a far valere i diritti assicurati dall'ordinamento europeo anche quando lo Stato non abbia provveduto ad adeguare il proprio ordinamento. La Corte costituzionale, dal canto suo, ha spiegato che, in caso di contrasto tra una legge italiana e una norma europea munita di effetto diretto, il giudice nazionale deve dare prevalenza alla seconda, "non applicando" la prima, tutte le volte in cui gli risulti che in materia sia competente l'ordinamento europeo, e non quello italiano<sup>15</sup>: non c'è un giudizio negativo sulla validità della norma italiana (come sarebbe nel caso della *disapplicazione*), ma solo un giudizio sulla competenza, che è fissata dai trattati<sup>16</sup>. Uno schema teoricamente ingegnoso, ma fondato su fondamenta di argilla, perché fa perno sulla distinzione degli ambiti di applicazione dei due ordinamenti – quello comunitario e quello nazionale – distinzione però del tutto opinabile e affidata all'interpretazione dei trattati, cioè al giudizio – tutt'altro che univoco e oggettivo – della Corte di giustizia<sup>17</sup>.

La Corte costituzionale italiana non ha avuto remore a riconoscere che anche le sentenze "interpretative" della Corte di giustizia possono produrre effetti diretti<sup>18</sup>. Il che ha fatto esplodere lo strumento del rinvio pregiudiziale, con cui i giudici comuni riescono a raggiungere un risultato che altrimenti sarebbe loro precluso: liberarsi dal vincolo della legge.

L'art. 101.2 Cost. («I giudici sono soggetti soltanto alla legge») potrebbe essere indicato come il quarto pilastro del modello costituzionale. Esso tutela l'autonomia del giudice nell'interpretazione della legge ma anche il vincolo che dalla legge gli deriva. Rappresenta quindi il presupposto e il corollario del monopolio della Corte costituzionale nel *judicial review* delle leggi – leggi che mai il giudice potrebbe disapplicare ritenendole contrarie alla Costituzione. Se invece il giudice s'imbatte in una norma europea munita di effetto diretto, può applicarla mettendo da parte la norma italiana contraria. Che una norma europea abbia effetto diretto può essere una convinzione che il giudice raggiunge in via di interpretazione, con o senza interrogare a proposito la Corte di giustizia.

Ma il giudice può fare molto di più: può provocare il riconoscimento di una norma ad effetto diretto. Basta che proponga alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale di interpretazione in cui si prospetta in termini astratti – come una questione di interpretazione di una determinata disposizioni europee, anche di un principio del trattato, per esempio – il dubbio se una determinata norma nazionale – quella che il giudice sarebbe tenuto ad applicare – sia compatibile con essa. Non è tecnicamente un'impugnazione della legge italiana, che esulerebbe dalle competenze della Corte di giustizia, ma la conseguenza è molto simile. Dichiarando che l'ordinamento europeo "osta" all'applicazione di una norma interna di quella fatta, la Corte di giustizia ne vieta l'applicazione, producendo l'effetto diretto che consente al giudice italiano di liberarsi dal vincolo della legge.

La proprietà dell'effetto diretto è stata riservata dalla Corte di giustizia alle sole norme «chiare, precise e incondizionate», cioè suscettibili di essere applicate dal giudice senza invadere le competenze discrezionali del legislatore o dell'amministrazione; ma soprattutto è stata introdotta come strumento che

<sup>14</sup> Su cui cfr. F. WILMAN, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts*, Cheltenham, UK, 2015.

<sup>15</sup> Sent. 170/1984.

<sup>16</sup> Sent. 168/1991.

<sup>17</sup> Come mostra con grande chiarezza l'analisi svolta da M.E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018.

<sup>18</sup> Sent. 113/1985.

può essere attivato solo dal privato a tutela dei suoi diritti “comunitari” contro lo Stato inadempiente: «è compito dei giudici nazionali, secondo il principio di collaborazione enunciato dall'art. 5 del trattato CEE, garantire la *tutela giurisdizionale spettante ai singoli* in forza delle norme di diritto comunitario aventi *efficacia diretta*»<sup>19</sup>. Come la Corte ha affermato anche nella sent. *Berlusconi e altri*<sup>20</sup>, l'effetto diretto non si può produrre a danno del privato, aggravando per esempio la responsabilità penale degli imputati, ma solo a suo favore, per assicurare la tutela dei suoi diritti contro il comportamento omisivo dello Stato.

Di quali diritti si sta parlando? Essenzialmente delle libertà di mercato iscritte nel trattato e implementate dalle direttive: ostacoli provocati dalle resistenze, intenzionali o meno, degli Stati ad aprire il proprio ordinamento alla libera circolazione delle merci, dei capitali e dei lavoratori; gli ostacoli potevano così essere saltati riconoscendo l'effetto diretto di tali principi, incluso il divieto di discriminazione in base alla nazionalità. Sono solo i diritti “di mercato” a legarsi all'effetto diretto, non altri: il che ovviamente crea una certa tensione tra il catalogo delle libertà dell'organizzazione europea e la ben più complessa e articolata tavola dei diritti contenuta nella nostra Costituzione<sup>21</sup>. Tuttavia, il potenziale contrasto tra i “valori” premiati dai due ordinamenti non si faceva percepire con urgenza, almeno agli inizi.

Però la prospettiva è cambiata nel tempo, per almeno due fattori. Anzitutto la Corte di giustizia sembra ormai orientata a riconoscere l'effetto diretto *almeno* delle norme del trattato anche in senso sfavorevole al privato: l'obiettivo dell'integrazione degli ordinamenti viene così perseguito “forzando” gli strumenti messi a disposizione dal trattato, attraverso una giurisprudenza che però incontra la resistenza delle Corti costituzionali degli Stati membri<sup>22</sup>.

Ma vi è un altro pertugio che si è schiuso e che i giudici italiani stanno cercando di allargare. Il meccanismo dell'effetto diretto e della conseguente non-applicazione della legge italiana sembra ad alcuni giudici costituire il grimaldello con cui “forzare” il principio della riserva alla Corte costituzionale del giudizio di legittimità delle leggi ordinarie. Attraverso la dilatazione delle regole sull'effetto diretto, si punta a riconoscere la diretta efficacia di tutti i principi contenuti nell'ordinamento dell'Unione europea, a partire dai diritti sanciti dalla Carta dei diritti, ormai incorporata nel trattato. Il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione, sanciti dal Titolo III, divengono così – almeno nella visione di alcuni giudici – un surrogato dell'art. 3 Cost., che però consente di rivolgersi alla Corte di giustizia piuttosto che alla Corte costituzionale, poiché «il dialogo diretto con la Corte di Giustizia risulta essere [...] lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali»<sup>23</sup>. Ragionamenti del tutto analoghi portano anche a far valere davanti alla Corte di giustizia la tutela del diritto di difesa che pure è ampiamente garantito dalla Costituzione<sup>24</sup>. È chiaro che alla Corte di giustizia non importa nulla degli

<sup>19</sup> CGUE, C-213/89, *Factortame*, (punto 19).

<sup>20</sup> C-387/02, C-391/02 e C-403/02.

<sup>21</sup> Ho sviluppato l'analisi di questo problema in *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 69 ss.

<sup>22</sup> Come mostrano le ben note vicende del “caso Taricco”, riassunte dalla Corte costituzionale nella sentenza (115/2018) che chiude (almeno per il momento) il caso.

<sup>23</sup> È quanto si legge nell'ord. della Cassazione, sezione lavoro, n. 13678/2018 (Bronzini) del 30 maggio 2018.

<sup>24</sup> Si veda ad es. l'ord. Trib. Milano (sez. immigrazione), 9 maggio 2018 (Flamini).

equilibri tra gli interessi costituzionali riconosciuti dal nostro ordinamento ed “amministrati” dalla Corte costituzionale: il suo orizzonte si apre e si chiude con l’affermazione dell’ordinamento UE e la prevalenza di esso su ogni altra considerazione.

È evidente che questo tipo di giurisprudenza tende a incrinare i pilastri su cui regge il modello costituzionale di tutela dei diritti: introduce deroghe al monopolio del *judicial review* delle leggi che la Costituzione attribuisce alla Corte costituzionale e rende aggirabile il vincolo del giudice alla legge; non è più la Costituzione la fonte prioritaria di riconoscimento dei diritti e si attenua anche la riserva alla legge, frutto del dibattito e del compromesso parlamentare, della disciplina di essi e dei bilanciamenti tra essi. È inevitabile che la Corte costituzionale reagisca a questo smottamento, come poi si dirà. Però si tratta di un fenomeno che lambisce solo marginalmente il “biodiritto”, perché la Corte di giustizia si occupa essenzialmente del diritto del mercato, essendo questo il centro dell’ordinamento della UE. Sono le «quattro libertà» del mercato e la tutela della concorrenza l’oggetto quasi esclusivo della giurisprudenza di Lussemburgo, gli altri diritti venendo in rilievo essenzialmente quando si debba valutare se una misura restrittiva della libera circolazione introdotta da uno Stato membro sia o meno giustificabile in nome della protezione di un diritto fondamentale<sup>25</sup>; oppure quando la Corte venga chiamata a “sanzionare” lo Stato che non adegui la sua normativa alle norme europee che pongono standard di sicurezza per determinati “prodotti” che ricadono nella sfera di interessi del biodiritto<sup>26</sup>. Non è dunque questa la “porta” attraverso di cui si importano i “diritti” di cui si occupa il biodiritto, se non sporadicamente.

## 8. Usi e abusi della giurisprudenza EDU

La ricerca di schemi normativi utili a rispondere alla domanda di tutela di “nuovi” diritti, porta il giudice a ipervalutare la giurisprudenza della Corte dei diritti dell’uomo, approfittando della sua “degenerazione” e anzi stimolandola. Parlo provocatoriamente di “degenerazione” perché a mio avviso il fenomeno è eclatante e non sempre adeguatamente percepito<sup>27</sup>.

L’*imprinting* originario della Corte è quello di una organizzazione internazionale, solidamente impiantata nella cultura accademica e limitata a 10 Stati piuttosto omogenei nelle loro opzioni costituzionali<sup>28</sup> e nella collocazione politica nello schieramento internazionale. Non vi era allora un progetto volto a uniformare la disciplina dei diritti e la sua applicazione in tutti gli Stati: né ci può essere oggi, quando ormai gli Stati aderenti sono arrivati a 47<sup>29</sup>. La CEDU infatti non è stata concepita come strumento volto

<sup>25</sup> È la c.d. “giurisprudenza ERT” (dalla sent. C-260/89), che si contrappone all’altro filone di giurisprudenza, in cui si giudica della *compatibilità* con l’ordinamento europeo, inclusi i diritti fondamentali, delle norme interne che danno attuazione alle norme europee (che prende il nome dalla sent. C-5/88, *Wachauf*).

<sup>26</sup> Vedi per es. la sent. C-29/14 che condanna la Polonia per non aver correttamente trasposto la direttiva che disciplina controllo, alla lavorazione, allo stoccaggio e alla distribuzione di tessuti e cellule umani; oppure sent. C-364/13 sulla brevettabilità dell’ovulo umano non fecondato; e naturalmente la sent. *Brüstle* (C-34/10) sulla tutela degli embrioni.

<sup>27</sup> Il tema è sviluppato in *Critica della teoria dei diritti* cit., 94 ss., di cui qui sono utilizzati alcuni argomenti.

<sup>28</sup> Cfr. M.R. MADSEN, *The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence*, in J. CHRISTOFFERSEN, M. RASK MADSEN (a cura di), *The European Court of Human Rights*, Oxford, 2011, 47.

<sup>29</sup> Lord HOFFMANN, *The Universality of Human Rights*, in *Judicial Studies Board Annual Lecture*, 19 March 2009.

a governare gli sviluppi futuri, ad adattare le proprie previsioni all'evoluzione della società e modificare significati e equilibri tra i principi in corrispondenza ai programmi politici che il corpo sociale e le sue istituzioni politiche di continuo trasformano. È nata con gli occhi rivolti al passato, come programma di difesa dello *status quo* diretto a scongiurare che l'evoluzione politica portasse a sgretolare le conquiste di cui godono le democrazie occidentali<sup>30</sup>; ed anche il rapporto che la Convenzione istituisce tra i suoi organi e i parlamenti nazionali è pensato per questo obiettivo<sup>31</sup>. Suonare il campanello di allarme davanti al rischio di un ritorno al totalitarismo è una funzione perfettamente compatibile con una Corte internazionale; interpretare l'evoluzione politica e sociale della società ovviamente no. Questa è un'aspirazione del tutto fuori luogo rispetto ai tratti originari della CEDU, perché alla Corte EDU non è stata affidata nessuna funzione unificatrice della disciplina dei diritti costituzionali.

Non c'è dubbio però che la riforma del "sistema" della Convenzione e l'introduzione dell'accesso individuale alla giustizia convenzionale sono i fattori "interni" che hanno favorito la percezione della Convenzione e della sua Corte in termini "costituzionali": la – a mio avviso deprecabile – introduzione del "parere consultivo" che i giudici potranno proporre incidentalmente alla Corte EDU<sup>32</sup> la aggraverà ulteriormente, allontanando sempre più la sua giurisprudenza dal modello originario. A spingere la Corte di Strasburgo su questa strada è stato anche un fattore *lato sensu* ideologico, che ha indotto a porre al centro dell'attenzione della Corte non i comportamenti degli Stati, da richiamare quando regredissero nella tutela dei diritti, ma l'*homme situé*, destinatario di una tutela multilivello dei diritti «par sa triple identité: identité nationale; identité européenne; identité universelle»<sup>33</sup>. Ciò comporta che venga accreditato uno *ius commune* dei diritti fondamentali, che non ha pieno sviluppo nel testo "minimalista" della Convenzione, ma viene a formarsi con l'elaborazione dei suoi principi attraverso la giurisprudenza<sup>34</sup>. Lo sfondo teorico è una visione monistica dei rapporti tra diritto internazionale e diritto nazionale, in cui la CEDU svolgerebbe la funzione tipica di una costituzione, quale vertice della gerarchia delle fonti di un sistema giuridico unico che ingloba sia il diritto internazionale che il diritto interno, e in cui gli individui, divenuti definitivamente soggetti rilevanti anche del diritto internazionale, sono messi in grado di far valere i loro diritti "convenzionali" direttamente davanti alla Corte EDU<sup>35</sup>. Con il solo non trascurabile particolare di essere un sistema giuridico unico che "amministra" i diritti individuali ma è privo di istituzioni politiche rappresentative proprie: quelle istituzioni che, in un sistema costituzionale, producono le norme la cui costituzionalità può essere vagliata dal giudice delle

<sup>30</sup> Cfr. E. BATES, *The Birth of the European Convention on Human Rights – and the European Court of Human Rights*, in *The European Court of Human Rights*, cit., 21.

<sup>31</sup> Cfr. A. DONALD, P. LEACH, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, Oxford, 2016, spec. 72 ss.

<sup>32</sup> A seguito dell'entrata in vigore del Protocollo 16: il primo parere consultivo è stato chiesto dalla Cassazione francese e dato dalla *Grande Chambre* il 10 aprile 2019. Benché l'art. 5 precisi che «i pareri consultivi non sono vincolanti» è facile immaginare quale credito verrà ad essi riconosciuto dai giudici interni.

<sup>33</sup> M. DE SALVIA, *L'élaboration d'un "ius commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne etc.*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD (a cura di), *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, 556.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Per questo quadro teorico, cfr. A. VERDROSS, *La place de la CEDU dans la hierarchie des normes juridiques*, in *Comunicazioni e studi*, XI, 1969, 1 ss.

leggi, di cui però possono ri-orientare la giurisprudenza modificando, con le debite procedure, la Costituzione stessa<sup>36</sup>.

Non mi soffermo ad esaminare come questo “scivolamento” di ruolo si rifletta anche sulle tecniche di giudizio della Corte EDU<sup>37</sup>, né sulle distanze che separano la “tavola” dei diritti inclusi nella CEDU e quelli proclamati dalla nostra Costituzione<sup>38</sup>. Apparentemente inconsapevoli di questo, i giudici italiani mostrano spesso la tendenza a dare “effetto diretto” alla Carta e alla giurisprudenza della Corte EDU, sovrapponendole alla Costituzione e alla giurisprudenza costituzionale italiana<sup>39</sup>. Il meccanismo acquisito dalla esperienza comunitaria viene esteso alla giurisprudenza EDU modellando un ulteriore strumento per liberare il giudice italiano dal vincolo alla legge senza passare per il meccanismo dell’eccezione di incostituzionalità davanti alla Corte costituzionale. A questo atteggiamento fa sponda anche le tesi sostenute da alcuni giudici della Corte di Strasburgo, a cui evidentemente il rispetto dell’architettura costituzionale italiana – sicuramente obbligatorio per i “nostri” giudici – appare sintomo di «*constitutional parochialism*», esecrabile in nome del trionfante universalismo dei diritti umani<sup>40</sup>. Ed è ovvio che a questo evidente abuso la Corte costituzionale abbia negli anni più recenti duramente reagito.

### 9. Meriti e limiti del «provincialismo costituzionale»: il caso del biodiritto

È rinunciabile il modello costituzionale di tutela dei diritti? La domanda trae giustificazione dalla diffusa convinzione che si possa superare il «provincialismo costituzionale» e perseguire la costruzione di un modello più aperto di tutela dei diritti, puntando ad un orizzonte più vasto, universale: i giudici resterebbero il perno della tutela dei diritti, ma sfumerebbe la centralità della legge e del giudizio di legittimità della Corte costituzionale su di essa; e quindi arretrerebbe dal proscenio la stessa Costituzione italiana.

Vorrei spezzare una lancia a favore del provincialismo costituzionale. Le costituzioni e i diritti sono prodotti della storia; la storicità dei diritti si perde nella dimensione globale (o universale) dei diritti umani, che sembra oggi attrarre l’attenzione di tanti. In una dimensione a-storica, i diritti sono apolidi, sono attribuiti non sulla base della cittadinanza e di ciò che essa significa, ma riconoscibili a un uomo generico, ridotto alla «astratta nudità dell’essere-nient’altro-che-uomo»<sup>41</sup>. I diritti sono ridimensionati

<sup>36</sup> Cfr. J.F. FLAUSS, *La Cour européenne de droit de l’homme est-elle une cour constitutionnelle?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1998, 725 s.

<sup>37</sup> Rinvio a *Critica della teoria dei diritti*, cit., 101 ss.

<sup>38</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione “conforme a”*, in *Foro amministrativo*, 2007, 87 ss. (spec. 97 ss.); ID., *Costituzionalismo “irenico” e costituzionalismo “polemico”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1644 ss. (1661 ss.).

<sup>39</sup> Molto opportuno mi appare il punto affermato dalla (per altro assai contestata) sent. 269/2017 in tema di “doppia pregiudizialità”, ribadito dalla più recente sent. 20/2019.

<sup>40</sup> Una sintesi di questa visione si può leggere nell’opinione del giudice Pinto De Albuquerque nella sent. *G.i.e.m. S.r.l. and others v. Italy* del 28 giugno 2018 (punti 78 ss.). Sull’inconsistenza della visione universalistica dei diritti umani rinvio al capitolo finale di *Critica della teoria dei diritti*, cit.

<sup>41</sup> H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2004, 415. Anche le riflessioni che seguono sono state anticipate in *Critica della teoria dei diritti*, cit.

a quel massimo comun divisore che non può «non connotare l'identità della persona, di qualsiasi persona»<sup>42</sup>.

Può ridursi a questo ciò che la storia costituzionale ci ha consegnato? Se porghiamo attenzione alla tavola di diritti della CEDU, vediamo facilmente che la “costituzionalizzazione” della CEDU è il frutto di un equivoco in cui la Corte EDU è caduta scambiando le clausole di elasticità della Convenzione (quali le misure «necessarie in una società democratica» e il «margine di apprezzamento») per autorizzazioni alla Corte di Strasburgo a svolgere un giudizio di bilanciamento che necessariamente si sovrappone a quello delle Corti costituzionali. Nel sistema della Convenzione, alla Corte europea è attribuita la competenza di interpretare le disposizioni relative ai diritti e alle libertà previste nella CEDU, avendo a riferimento il singolo caso a cui esse vanno applicate: può dire, ad esempio, se gli arresti domiciliari rientrano tra le “privazioni della libertà” considerate nell'art. 5.1 o se i diritti patrimoniali derivanti da concessioni amministrative siano da ricomprendere nella nozione di “proprietà” a cui si riferisce la tutela del Protocollo n. 1. Ma una cosa è interpretare i diritti e definirne il perimetro, un'altra è bilanciarli con altri interessi e diritti<sup>43</sup>. Le clausole come il «margine di apprezzamento» devono equivalere a riserva di bilanciamento per gli organi dello Stato: questo non è affatto esplicito nella giurisprudenza EDU, ma corrisponde perfettamente al punto di vista del giudice costituzionale<sup>44</sup>. Gli interessi ammessi al bilanciamento formano il contenuto della Costituzione, di quello che vi è scritto e di quello che essa rappresenta per la società. Ben si comprende allora la reazione che la Corte costituzionale ha espresso in alcune sentenze che vanno perciò salutate con favore, come la sentenza 264/2012<sup>45</sup> e le ben note “sentenze gemelle”<sup>46</sup>. Esse hanno differenziato con chiarezza la posizione dei trattati e del diritto dell'UE da quella degli altri trattati internazionali, CEDU inclusa: ma una considerazione può valere per entrambi gli ordinamenti.

Del resto, il cardine attorno cui deve ruotare il sistema è il principio di attribuzione, che regola i rapporti tra gli ordinamenti nazionali e quelli di origine internazionale, quali l'Unione europea e la CEDU. L'autorità “di diritto internazionale” delle istituzioni di entrambe le organizzazioni europee si fonda su trattati, e l'autorità “di diritto costituzionale” dei trattati deriva sua volta dalla legge ordinaria che ne ha

<sup>42</sup> G.M. FLICK, *I diritti umani nell'esperienza europea e locale: una risposta ai problemi della globalizzazione?*, in *Politica del diritto*, 2003, 147.

<sup>43</sup> Per questa distinzione cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 134.

<sup>44</sup> «Il richiamo al “margine di apprezzamento” nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»: Corte cost. 264/2012 (4.1). Questo era del resto il punto fissato già dalle c.d. “sentenze gemelle” 348 e 349 del 2007. Cfr. in particolare, G. REPETTO, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al “doppio binario”*, in *Diritto pubblico*, 2014, 1075 ss.

<sup>45</sup> «Il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso... il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela». La Corte EDU «è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco», mentre la Corte costituzionale «opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata», e quindi, il bilanciamento è «solo ad essa spettante».

<sup>46</sup> Sent. 348 e 349/2007.

ordinato «*piena e completa esecuzione*». La “limitazione di sovranità” a favore di organizzazioni tra Stati, che l’art. 11 Cost. consente, ma a certe condizioni, trova nel *principio di attribuzione* la sua delimitazione. Il legislatore ordinario, che agisce in attuazione dell’art. 11 Cost., non può *attribuire* alle organizzazioni internazionali poteri di cui lui stesso non disponga liberamente essendo “vincolato” dalla Costituzione. La revisione dell’art. 117.1 Cost. ha introdotto l’obbligo per tutte le fonti primarie interne di rispettare gli obblighi derivanti dalle norme dell’Unione europea e dagli altri trattati internazionali<sup>47</sup>, ma ciò non ha cambiato né la soggezione del giudice italiano alla legge né la riserva alla Corte costituzionale del *judicial review*, che potrà essere attivato anche per la violazione della disposizione costituzionale appena citata.

Si potrà irridere al «provincialismo costituzionale» delle Corti nazionali, ma il rispetto dei principi costituzionali che conformano un ordinamento giuridico sono parte di quei valori che generalmente si compendiano nel principio di legalità e dello Stato democratico di diritto. Sono principi a cui i giudici comuni *devono* attenersi e a cui non possono derogare in nome di una ideologia politica – perché di questo si tratta – che li libera dal vincolo alla legge: ideologia politica a cui li induce sia l’attivismo della Corte EDU, nella sua pretesa di costituirsi come “corte costituzionale”, sia la faciloneria con cui la Corte di giustizia sollecita i giudici nazionali a disapplicare le leggi nazionali che essa giudica incompatibili con le norme *self executing* da essa stessa accreditate. Vi è però un aspetto che non va sottovalutato e che riguarda nello specifico il biodiritto.

Mentre la giurisprudenza della Corte di giustizia è lambita solo marginalmente dalla tematica del biodiritto, e cioè solo per quei profili che coinvolgono o sfiorano il mercato, la giurisprudenza EDU ha svolto invece un ruolo di rilievo. Lo strutturale ritardo con cui la legislazione – non solo quella italiana, ma di tutti gli Stati – reagisce alle sfide lanciate dall’evoluzione scientifica e tecnologica e alle conseguenze che esse generano su terreno eticamente sensibili, dalla procreazione al *finis vitae*, provoca un massiccio ricorso degli individui alla Corte di Strasburgo. È l’assenza di una forma di riconoscimento della rivendicazione della persona da parte delle istituzioni nazionali la causa (ed anche il requisito di ammissibilità) del ricorso individuale alla Corte EDU. Naturalmente la Convenzione non ha risposte *prêt-à-porter* a queste sollecitazioni: ma la Corte EDU ha accettato di trarre dai diritti vagamente frasteggiati dalla Convenzione una serie di norme che servono a rispondere alle istanze dei ricorrenti. Dal *diritto alla vita* (art. 2), introdotto per vietare agli Stati di uccidere illegalmente le persone (e che quindi si salda perfettamente al *divieto di tortura*, di cui all’articolo successivo, alla *proibizione della schiavitù* dell’art. 4 e a tutte le garanzie sostanziali e processuali assicurate dagli articoli successivi), al *diritto al rispetto della vita privata* (art. 8); dalla *libertà di coscienza* (art. 9) e di *espressione* (art. 10); dal *diritto al matrimonio* (art. 12), al *diritto a un ricorso effettivo* (art. 13); per non parlare poi di principi *prêt à tout faire* come il *divieto di discriminazione* (art. 14): tutte queste “porte” vengono utilizzate dalla Corte per dare accesso alle domande delle persone che reclamano diritti che appaiono “nuovi” perché che non trovano riscontro nell’ambito degli ordinamenti nazionali. Spesso la sentenza della Corte EDU costituisce il primo riconoscimento di questi diritti e innesca un meccanismo emulativo nelle giurisdizioni nazionali.

<sup>47</sup> Sull’interpretazione della disposizione costituzionale, cfr. ora A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, 63 ss.

## 10. Biodiritto, modelli di giudizio ed entropia

Quale sia il tasso di “obbligatorietà” che hanno le decisioni di Strasburgo all’interno degli ordinamenti nazionali è questione su cui molto si può discutere e che, come si è detto, è stata al centro anche di alcune pronunce della Corte costituzionale. Certo non si può contestare, anche per quanto dice la giurisprudenza costituzionale, che i giudici italiani siano vincolati a prendere in considerazione le pronunce della Corte EDU quando esse definiscono l’ambito di applicazione dei diritti della CEDU. Per esempio, se la Corte di Strasburgo afferma che il mutamento di sesso rientra nell’ombrello protettivo della “vita privata” e che quindi gode della protezione accordata da esso, il giudice dovrà “tenerne conto” (nel nostro ordinamento costituzionale però l’ombrello protettivo è stato individuato nel diritto all’identità personale sin dal 1985<sup>48</sup>); che poi tale protezione copra anche i casi in cui una donna transgender chieda di cambiare il proprio nome pur se il “cambio di sesso” non sia stato accertato è un passo in più, come lo è “bocciare” la norma nazionale che subordina la rettificazione anagrafica alla condizione della irreversibilità della trasformazione delle apparenze e la realizzazione della condizione di sterilità<sup>49</sup>. Ancora: che “staccare la spina” ad un paziente rientri nelle violazioni del *diritto alla vita* è senz’altro questione di interpretazione della disposizione CEDU; ma valutare se un certo procedimento possa condurre legittimamente alla decisione di interrompere il trattamento è ancora cosa diversa<sup>50</sup>. Gli esempi possono essere numerosissimi, ma proprio questo dimostra quanta distanza vi sia tra le poche disposizioni della Convenzione e l’estrema varietà delle fattispecie che ad esse vengono ricondotte dalla Corte di Strasburgo.

Ma sarebbe sbagliato ridurre il problema ad una questione di vincoli e obbligatorietà delle sentenze di un giudice internazionale. Specialmente di fronte ai temi inediti posti dalle possibilità che scienza e tecnologia offrono alla realizzazione dei desideri umani, immediatamente traducibili in rivendicazioni di diritti che finiscono assai presto sul tavolo dei giudici, le risposte non si trovano belle e pronte nella giurisprudenza di questa o quella corte. Spesso, più che di “nuove” norme da scoprire in una legge o in qualche “carta dei diritti”, ciò che può servire al giudice è un modello di ragionamento, un’ipotesi ragionata di bilanciamento tra le esigenze che si confrontano e si scontrano. Sono esigenze, principi, interessi, valori che si ritrovano in genere in tutti gli ordinamenti “civili”, ma chiedono di essere ricomposti in un assetto equilibrato e coerente se devono servire a sostenere la argomentazione del giudice. Chiamiamola pure “interpretazione”, perché è un termine ben ambientato nel linguaggio giuridico. Ma che vi sia un “oggetto” preciso di cui si tratta di individuare il “significato” in relazione al “caso” è uno schema semplicistico che non può soddisfarci a pieno.

<sup>48</sup> Sent. 161/1985 della Corte costituzionale, e solo più di recente alla “base giuridica” riconosciuta negli artt. 2 e 32 Cost. si è aggiunta, sulla traccia della giurisprudenza di Strasburgo, la “vita privata” di cui all’art. 8 CEDU.

<sup>49</sup> Si vedano, rispettivamente, le sent. S.V. c. *Italia* dell’11 ottobre 2018 e A.P., *Garçon et Nicot c. France* del 6 aprile 2017, entrambe massimate in <http://www.biodiritto.org>. Del resto, la giurisprudenza civile e costituzionale erano arrivate alla stessa conclusione: si veda il percorso ricostruito da Corte cost. 180/2017.

<sup>50</sup> Ed infatti, nella sent. *Lambert and Others v. France* del 5 giugno 2015 la *Grande Chambre* correttamente riconosce il «margine di apprezzamento» riservato allo Stato: cfr. C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, pp.489 ss.

Si diceva, traendo ispirazione da Hegel, che il giudice è un giunto di collegamento tra la società e il diritto positivo. L'interpretazione che gli viene affidata copre lo spazio tra questi due estremi, ed è un processo entropico<sup>51</sup>.

L'entropia è legata all'informazione, nel senso che ciò che si produce, per esempio, miscelando due liquidi di colore diverso è una riduzione dell'ordine iniziale del sistema, perché – per dirla in termini volgari – mescolandosi, gli elementi perdono le loro caratteristiche iniziali; perciò l'entropia è espressione di disordine e casualità. Anche considerata fuori dall'ambito della fisica, in cui essa è stata teorizzata, l'entropia indica un processo in cui le informazioni originali andranno perse per sempre, perché il processo non può essere invertito: «eggs break, but they don't unbreak»<sup>52</sup>. Qualcosa del genere accade anche nel processo di interpretazione giuridica. Nel suo corso, molti sono i dati che vengono importati nella mente dell'interprete, provenienti dalle origini più diverse: mescolandosi, le informazioni originali tendono a svanire<sup>53</sup>. Interpretare crea disordine.

Si pensi a procedimenti come l'interpretazione di un testo “in conformità” con altre fonti: una pratica normale e fortemente “consigliata” tanto dalla giurisprudenza costituzionale che da quella della Corte di giustizia, perché serve ad evitare conflitti tra norme, conciliandole. Il prodotto di questa procedura è una norma che però non può più essere ascritta a un testo preciso. C'è un evidente scivolamento dal significato “letterale” del testo interpretato a un significato diverso, “artificiale”. La motivazione della decisione probabilmente giustificherà la strategia interpretativa seguita, ma l'entropia ha però avviato la sua opera, iniziando a offuscare le informazioni relative alla fonte da cui la norma è tratta. Alla stessa maniera, accade che<sup>54</sup> il significato di alcuni termini cruciali usualmente impiegati in un testo costituzionale – come “famiglia”, “contratto”, “proprietà”, “domicilio”, “stampà”, ecc. – non possa essere illustrato con l'impiego soltanto del linguaggio costituzionale o da quello ordinario, ma dipenda da come l'ordinamento giuridico – codici e leggi ordinarie – dà forma e senso ai relativi concetti. L'entropia sfuoca l'informazione sulle fonti e oscura l'originario ordine gerarchico tra di esse.

Nozioni, standard di giudizio, modelli di argomentazione, principi o punti di equilibrio tra interessi da bilanciare, dati effettuali (sia tecnici che tratti dall'esperienza quotidiana), strumenti di valutazione del comportamento professionale: sono queste – e molte altre – “fonti” che entrano nel processo di identificazione e definizione di nozioni e concetti. Per la stessa strada anche i codici etici, la “soft-law” e i

<sup>51</sup> Ho già avanzato questa ipotesi in *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, 2013, 61 ss., e, in precedenza, l'ho abbozzata in *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, I, 2011, 363 ss.

<sup>52</sup> B. GREENE, *The Fabric of the Cosmos: Space, Time, and the Texture of Reality*, New York, 2004, p.13.

<sup>53</sup> Come nota R. M. COVER, *op. cit.*, «I precetti devono ‘avere significato’, ma essi necessariamente lo prendono a prestito dai materiali creati dall'attività sociale che non è soggetta alle limitazioni della provenienza tipiche di ciò che definiamo ‘produzione formale del diritto’. Persino quando le istituzioni cercano di creare significato per le norme da loro approvate, esse agiscono, in tal senso, secondo una forma non privilegiata» (35 della traduzione italiana).

<sup>54</sup> Cfr. W. LEISNER, *Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gesetzmässigkeit der Verfassung*, Tübingen, 1964; O. MAJEWSKI, *Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?*, Berlin, 1971. Nel contesto italiano, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, 904, 913 – 915 e, in termini generali, A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, 388 ss., 399 s.

precedenti stabiliti da giudici stranieri o corti internazionali acquistano rilievo. Sono tutte “informazioni” indispensabili per capire i dati di fatto, per verificare le prognosi relative alle relazioni causali, per restringere la discrezionalità del giudice e ridurne l’arbitrarietà. È impossibile interpretare una norma giuridica ignorando come *di fatto* si svolgono le relazioni istituzionali e i rapporti giuridici a cui essa va applicata. Le prassi, per esempio, creano determinati equilibri tra gli organi istituzionali (così come tra operatori di mercato o tra le parti contrattuali), che danno forma al complesso di relazioni a cui la norma giuridica va applicata. Il significato che la disposizione assume non prescinde dalla situazione di fatto a cui è riferita; lo stesso linguaggio ne subisce l’influenza<sup>55</sup>.

Molte e diverse sono le esigenze e le priorità che influiscono su quello che il giudice fa. Più è complessa la massa di regole e principi di cui il giudice ha da tener conto (nella quale possono entrare questioni come le relazioni tra l’UE e gli stati membri, il regime giuridico degli atti normative europei, la tutela effettiva dei diritti individuali che in essi trovano riconoscimento, i rapporti tra giurisprudenza costituzionale nazionale, della Corte di giustizia e della Corte EDU, e così via), più cresce l’entropia. Ciò che la motivazione di una decisione può fare è spiegare come e perché l’interprete abbia raggiunto una certa conclusione, oppure come abbia tratto una norma specifica dai testi in vigore e considerati rilevanti. Ma come le uova rotte non possono ritornare intere, un giudice non può riuscire a “ri-creare” esattamente il complesso delle informazioni che lo hanno guidato alla conclusione. Né potrebbe attribuire l’esatto peso argomentativo a ogni fonte che ha influenzato la decisione, sia o meno menzionata nella motivazione.

Di fronte alle sfide del biodiritto i giudici, incalzati dalle domande di chi cerca una tutela giuridica dei propri interessi, sprovvisti di un codice o di una legge a cui attingere per ottenere la “norma del caso”, cercano ovunque le informazioni utili a comprendere quale formato giuridico possa assumere la questione da risolvere e come elaborare la norma che gli serve, attingendo anche alla giurisprudenza di corti internazionali o a quella di altri ordinamenti giuridici. Qualche anno fa erano temi di moda la circolazione dei modelli giuridici e l’affacciarsi della comparazione giuridica nelle motivazioni delle sentenze delle corti. Sono tracce che ormai non stupisce più rilevare nella giurisprudenza sui “nuovi diritti”: proprio la loro novità implica questa estesa ricerca dei “precedenti”, cioè di modelli di argomentazione che siano compatibili con i principi costituzionali del proprio ordinamento e che appaiono suffragati dalla motivazione elaborata da qualche corte sufficientemente abile e autorevole. I “nuovi diritti” si affacciano contemporaneamente in ogni ordinamento per chiedere riconoscimento, e raramente ottengono una risposta legislativa sufficientemente attenta e rapida. E anche se da qualche parte la ottengono, ecco che così si producono informazioni – norme, interpretazioni, commenti critici ecc. – che alimentano il processo entropico che chiamiamo interpretazione.

## 11. Giudici, biodiritto e modello costituzionale. Una conclusione

“Nuovi diritti”, biodiritto, entropia, circolazione dei modelli giuridici sono tutti temi di cui i costituenti non potevano immaginare quanto avrebbero pesato sul ruolo dei giudici. L’immagine del giudice e della sua funzione era del tutto estranea alla cultura giuridica dell’epoca e certo nulla faceva presagire

<sup>55</sup> Rinvio a R. BIN, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, in *Annuario 2014* dell’AIC, Napoli, 2015, 21 ss. (spec. Sez. II).

questa evoluzione<sup>56</sup>. Ma questo incrina il modello costituzionale di tutela dei diritti che ho descritto all'inizio?

Il giudice è rimasto l'organo hegeliano della società civile e sempre più è invocato come "giudice dei diritti". Anzi, è così sensibile alle istanze di tutela degli interessi soggettivi che ormai cede alla tentazione di attribuirsi un «vero e proprio dovere, al servizio dei diritti e delle persone», avendo come obiettivo la «tutela più intensa dei diritti»<sup>57</sup>. Altrove ho duramente criticato questa che a me appare una dannosa confusione di ruoli<sup>58</sup>: ma non c'è dubbio che potrebbe apparire come una generosa valorizzazione proprio del ruolo che la Costituzione assegna al giudice nella tutela dei diritti.

Quello che ha provocato nel ruolo del giudice una modificazione così radicale non è dunque la funzione che esso esercita nel modello costituzionale, ma altri due fattori. Da un lato l'esplosione di rivendicazioni di diritti alimentata soprattutto dalle nuove tecnologie e dalla scienza: ma di ciò già si è detto. Dall'altro il fallimento della legge come risposta alle istanze sociali. Questo è un fenomeno generale, che si manifesta cioè in tutti gli ordinamenti; ma in Italia è particolarmente grave per cause endogene. Potremmo riassumerle in un unico fenomeno, che trae alimento dal pessimo funzionamento del circuito politico-rappresentativo. Non c'è decisione legislativa che in Italia non debba fare i conti con la complessità del "quadro" politico e del gioco dei veti invalicabili che ostacola la soluzione di qualsiasi questione "eticamente sensibile": a cui si accompagna (e da cui in parte trae alimento) una intollerabile sciattezza legislativa, che rende le leggi sempre meno leggibili, interpretabili e chiare nel fissare la disciplina dei diritti. Meno la legge è capace di rispondere alla domanda sociale di tutela dei diritti, più è inevitabile che essa si riversi sui giudici, con le conseguenze che si sono sin qui descritte.

<sup>56</sup> Come mostra il dibattito che si sviluppò, dieci anni dopo, sulle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale, dibattito ben ricostruito da A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, 1994, 17 ss.

<sup>57</sup> R.G. CONTI, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto Ue*, in A. CIANCIO (a cura di), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, Torino, 2017, 99

<sup>58</sup> Cfr. R. BIN, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Diritto costituzionale*, 2019, 20 ss.

## Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto\*

Caterina Di Costanzo, Andrea Simoncini\*\*

THE CONTRIBUTION OF THE CONSTITUTIONAL COURT TO THE DEVELOPMENT OF BIOLAW

ABSTRACT: This paper starts from the assumption that biolaw is naturally a constitutional topic because it implies choices strongly intertwined with the set of fundamental values, protected against political majorities, that define the underlying “core” of our constitutional system. In this frame, the analysis of constitutional case-law about bio-juridical issues is organized around three main jurisprudential figures: those of “cognitive relationality,” “interpretative relationality,” and “institutional relationality.” The analysis of the selected case-law shows that the tension between constitutional principles and bio-juridical issues remains unavoidable and, indeed, the tension itself is the real engine of the development of biolaw in the system; therefore, rather than aiming to draw boundaries in the relations between law, science, constitutional principles and culture, the Constitutional Court seems to be looking for a point of dynamic equilibrium, one that could be defined as a “relational equilibrium.” In this perspective, the Court is not only facing the new constitutional challenges emerging from the interaction between life and technology but, in a broader view, it is seeking to outline a path for the future of democratic constitutionalism, showing how ethical pluralism and constitutional protection of rights can coexist.

KEYWORDS: Constitutional Court; biolaw; cognitive relationality; interpretative relationality; institutional relationality

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il “biodiritto” come materia *naturalmente* costituzionale – 2. Corte costituzionale e biodiritto: le figure della giurisprudenza – 3. “Relazionalità cognitiva”: la Corte e la ragionevolezza “scientifica” – 3.1 “Lo stadio attuale delle conoscenze scientifiche” come presupposto assiomatico dello scrutinio di ragionevolezza – 3.2 Il dato tecnico-scientifico come integrazione funzionale del parametro costituzionale – 3.3 Le conoscenze scientifiche come “formante” normativo – 3.4 Le conoscenze scientifiche come spazio di “autonomia normativa” – 3.5 *Controcanto*: la giurisprudenza dinanzi alle *incertezze* della scienza – 4. “Relazionalità interpretativa”: dalla fecondazione biologica alla genitorialità, le decisioni sull’inizio della vita – 4.1 La tutela del concepito e della madre nella “prima” giurisprudenza costituzionale – 4.2 La tutela costituzionale della dimensione relazionale della genitorialità – 4.3 La tutela della genitorialità e dei diritti del concepito al tempo del biodiritto: verso una nuova accezione del principio di *ragionevolezza*? – 4.4 La procreazione medicalmente assistita fra “coerenze ordinarie” e tutela costituzionale dell’embrione – 5. “Relazionalità istituzionale”: il ruolo costituzionalmente insostituibile del Parlamento e le decisioni sulla fine della

\* Il testo è frutto di discussione ed elaborazione comune, ma, in particolare, vanno attribuiti ad Andrea Simoncini i paragrafi 1, 2 e 6 mentre a Caterina Di Costanzo i paragrafi 3, 4 e 5.

\*\* *Andrea Simoncini*: Professore ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze Giuridiche (DSG) dell’Università degli Studi di Firenze. Mail: [andrea.simoncini@unifi.it](mailto:andrea.simoncini@unifi.it). *Caterina Di Costanzo*: Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, DSG – AOU Meyer. Mail: [caterina.dicostanzo@unifi.it](mailto:caterina.dicostanzo@unifi.it). Contributo sottoposto a referaggio.

vita – 5.1 Le scelte sulla fine della vita e il caso “Cappato” – 6. Considerazioni conclusive. Certezza del diritto, evoluzione della scienza e trasformazione della cultura: la Corte alla ricerca di un “equilibrio relazionale”

## 1. Introduzione. Il “biodiritto” come materia *naturalmente* costituzionale

**Q**uale ruolo ha giocato (e continua a giocare) la Corte costituzionale italiana nello sviluppo del “biodiritto”? La domanda è estremamente insidiosa. Essa infatti interseca due elementi logici, un soggetto – la Corte – e un oggetto – il “biodiritto”<sup>1</sup> – entrambi complessi ed in continua trasformazione.

Sarà quindi difficile, anticipando le nostre conclusioni, suggerire una risposta univoca; proveremo piuttosto che ad individuare un punto a tracciare una linea (secondo l’immagine di Paolo Grossi<sup>2</sup>), una linea tutt’altro che retta, ma un “*sonderweg*” disegnato dai giudici della Consulta su quel terreno impervio e di confine che chiamiamo “biodiritto”.

Da quando la “nuda vita” è stata attratta alla sfera del politico, infatti, si è innescato un rapporto – in realtà tra la *zoe* (non tanto il *bios*) ed il *diritto*<sup>3</sup> – tutt’altro che pacifico. Una vera e propria tensione drammatica che ha finito per divenire – così sostiene Agamben – la cifra stessa della modernità<sup>4</sup>.

Non dimentichiamo, infatti, che il secolo che ci ha preceduto, il Novecento – con le esperienze totalitarie e l’ideologia della sovranità politica superiore alla stessa vita – ha posto degli “enigmi” alla ragione storica «che continuano a restare attuali e che potranno essere sciolti solo sul terreno – la biopolitica – sul quale sono stati annodati»<sup>5</sup>.

In qualche modo, l’esperienza costituzionale post-totalitaria nasce proprio dall’idea che il criterio maggioritario sia insufficiente quando in gioco c’è la vita stessa e le sue condizioni di esistenza (sintetizzate nel termine – polisemico *par excellence* – di “dignità”).

La mancanza di unanimità su questi temi «non potrà mai essere sostituita da “un’etica dei più”, imposta attraverso lo strumento legislativo, a mezzo della più classica tra le procedure maggioritarie» come ben sottolinea Carlo Casonato, a sua volta ricordando Stefano Rodotà<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Sulla definizione di “biodiritto” si vedano in dottrina, tra gli altri, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006, 13 ss.; C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, C. PICIOCCHI, M. TOMASI (a cura di), *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Trento, 2014; L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002; ID., *Personalismo e biodiritto*, in *Medicina e morale*, 1, 2005, 131 ss.; G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Assago, 2012; G. ACOCELLA, *Prolegomeni al biodiritto*, Roma, 2012; C. Sartea, *Bioetica e biogiuridica. Itinerari, incontri e scontri*, Torino, 2019. All’interno del primo numero della *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* si vedano l’Introduzione di R. BIN E L. BUSATTA e il Forum su *Il diritto e le scienze della vita*.

<sup>2</sup> P. GROSSI, *Il punto e la linea (Storia del diritto positivo nella attuale crisi delle fonti)*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 84, 2011, 69 ss.

<sup>3</sup> La distinzione tra *zoe* e *bios* è all’origine della riflessione di G. AGAMBEN, *Homo Sacer, Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995 (2005), 3 ss.

<sup>4</sup> «L’ingresso della *zoe* nella sfera della polis, la politicizzazione della nuda vita come tale, costituisce l’evento decisivo della modernità, che segna una trasformazione radicale delle categorie politico-filosofiche del pensiero classico». Cfr. *ivi*, 7.

<sup>5</sup> Cfr. *ivi*, 7.

<sup>6</sup> S. RODOTÀ, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1993, XI citato da C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 2006.

I sistemi di democrazia maggioritaria sono stati equipaggiati (e non sempre efficacemente<sup>7</sup>) per gestire il *political disagreement*, ma diventano problematici quando vengono utilizzati per comporre il *moral disagreement*.

Proprio per questo le democrazie del secondo dopoguerra si qualificano come *pluraliste* ed al contempo *costituzionali* (in senso rigido), subordinando la decisione politica al rispetto di un nucleo di valori sottratti alla dinamica puramente maggioritaria.

E proprio da questo dato deriva quello che D'Aloia a ragione definisce il tono «naturalmente costituzionale» delle questioni biogiuridiche<sup>8</sup>, che certamente non possono che attingere a questo livello «più che maggioritario» della decisione pubblica.

Ma con questa qualificazione del *biodiritto* il problema non si chiude, bensì si apre.

È proprio qui, infatti, che le ferite e gli *enigmi* del Novecento rimangono irrisolti.

Come ricorda Foucault, «per millenni l'uomo è rimasto quel che era per Aristotele: un animale vivente e, inoltre, capace di esistenza politica; l'uomo moderno è un animale nella cui politica è in questione la sua vita di essere vivente»<sup>9</sup>.

L'evoluzione della scienza e tecnica ha reso oggi «atti» – dunque, espressioni della volontà individuale o collettiva – eventi che per secoli sono stati dei «fatti» («accadimenti naturali»<sup>10</sup> come l'inizio, la fine della vita o la dotazione genetica di ciascuno) e, così facendo, li ha resi disponibili, decidibili, attraendoli nell'area della *polis*.

Via via che la scienza e la tecnica hanno aumentato la potenza dell'uomo e le sue possibilità di decisione e scelta, questo ha approfondito il divario tra le diverse opzioni etiche e morali sui limiti possibili e sulle responsabilità inevitabili, connesse all'uso di questa potenza.

In altre parole, oggi è sempre più in tensione il rapporto tra il nucleo «costituzionale» di tutela della «nuda vita» e le politiche che concretamente danno spazio e strumenti alla libertà individuale e collettiva. Per riprendere una immagine di Carlo Casonato, «non appena abbandoniamo» il primo livello costituzionale «per cercare di trovare una disciplina su ambiti di maggior complessità [...] i problemi riemergono»<sup>11</sup>.

Sul terreno del biodiritto, quindi, si gioca una delle sfide più serie per il costituzionalismo contemporaneo: dimostrare che è una forma di stato effettivamente in grado di gestire in maniera inclusiva il «fatto del pluralismo»<sup>12</sup>.

Se le democrazie costituzionali oggi non mostrano di saper governare in maniera costruttiva i conflitti interni di un mondo moralmente, religiosamente, politicamente plurale – così come abbiamo fatto all'inizio della nostra esperienza costituzionale – e ricorrono solo a soluzioni procedurali o maggiori-

<sup>7</sup> Si pensi alle riflessioni sulla distinzione tra democrazie *maggioritarie* e *consensuali* elaborate dal politologo olandese Lijphart. Cfr. A. LIJPHART, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 2001.

<sup>8</sup> A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 105.

<sup>9</sup> Cfr. M. FOUCAULT, *Volontà di sapere*, trad. it. di P. PASQUINO E G. PROCACCI, Milano, 1978 citato in G. AGAMBEN, *op. cit.*, 131.

<sup>10</sup> Sulla distinzione tra «atti» intesi come manifestazioni di volontà e «fatti» intesi come «accadimenti naturali», per tutti, cfr. F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1985, 24, analogamente C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova 1967, 206 ss. e G. ZANOBINI, *Corso di diritto Amministrativo*, I, Milano, 1958, 209 ss.

<sup>11</sup> C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, cit.

<sup>12</sup> Cfr. J. RAWLS, *Liberalismo politico*, trad. it. di G. RIGAMONTI, Milano, 1994, 47-49.

tarie, esse generano il rischio (crescente) che le minoranze comincino a ritenere che il vero problema sia la democrazia stessa.

Come ha notato Jürgen Habermas, il costituzionalismo contemporaneo, che certamente rigetta l'ipotesi di uno stato etico propugnatore di una esclusiva "verità" morale, ha altrettanto bisogno vitale di una dialettica tra "argomentazioni sensibili alla verità" (*wahrheitssensibles Argumentationsverfahren*)<sup>13</sup>, cioè che accettino l'esistenza di un nucleo di valori condivisi; laddove l'espressione "condivisi" non sta a significare "veri per tutti", ma quantomeno che tutti accettano tali valori come condizioni indispensabili per poter proseguire liberamente nella propria autonoma ricerca della verità.

Di qui il ruolo chiave del Giudice costituzionale che nella sua attività di custode, non solo della lettera, ma soprattutto del *sensu* del nostro sistema costituzionale, si trova a diventare un protagonista assoluto in questo rapporto così delicato.

La Corte infatti in questi anni è stata sistematicamente esposta a quella tensione tra nucleo costituzionale e decisioni politiche, agendo in quella "terra di mezzo" che rappresenta la vita concreta del nostro ordinamento. E così ha prodotto un vero e proprio *corpus* giurisprudenziale che merita di essere analizzato per comprendere appieno come questa sfida sia stata affrontata.

## 2. Corte costituzionale e biodiritto: le figure della giurisprudenza

Abbiamo provato a condensare il "corpo" giurisprudenziale creato dalla Corte costituzionale in questi anni, attorno ad alcune "figure" emblematiche che possano essere d'aiuto nel rappresentare la linea tracciata nella declinazione degli approcci alla materia "biogiurica"<sup>14</sup>.

Il sindacato di costituzionalità è stato esercitato dal Giudice costituzionale impiegando varie tecniche e principi che vanno dal criterio della cd. "ragionevolezza scientifica"<sup>15</sup> alla valorizzazione della dimensione relazionale dei principi e criteri costituzionali, sino alla possibile enucleazione di un bilanciamento che, in prospettiva, potremmo definire propriamente "biogiuridico".

Il tratto comune di queste diverse figure è la necessità per la Corte, in qualche modo, di uscire da sé e di porsi *in relazione* ad altro che non sia il solo *fatto* e *diritto*, i classici presupposti della giurisdizione, anche costituzionale. La necessità per i giudici di uscire dalla "Corte" per muoversi in una "terra incognita", per l'oggetto o per i soggetti coinvolti, costituisce il fondamento essenziale di questa "relazionalità".

<sup>13</sup> J. HABERMAS, *The relationship between theory and practice revisited*, in Id. (Ed.), *Truth and justification*, Cambridge, 2003, 277 ss.; Á.R. OQUENDO, *Deliberative Democracy in Habermas and Nino* in *Oxford Journal of Legal Studies*, 22, 2, 2002, 189-226; L. HAMILTON, *Liberalism, the ethics of citizenship and religious belief* in P.A. QUADRIO, C. BESSELING (Ed.) *Politics and Religion in the New Century: Philosophical Reflections*, Sydney, 2009, 107.

<sup>14</sup> Sull'individuazione dell'oggetto e dei confini disciplinari della materia all'interno della relazione fra diritto e scienze della vita, si veda ancora il primo numero di questa *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* pubblicato nel 2014.

<sup>15</sup> Si veda S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologia*, in *Politica del diritto*, 2, 2015; sulla tematica dei rapporti fra scienza e giustizia costituzionale, si veda A. D'ALOIA, *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005.

Già sappiamo quanto sia difficile, per la struttura propria del nostro processo costituzionale, far entrare la conoscenza dei *fatti*, oltre che la produzione degli *atti*<sup>16</sup>, nella cognizione della Corte, ma nel campo del biodiritto, non sono solo i fatti *a bussare alle porte della legge*<sup>17</sup>, ma sono le *interpretazioni*, secondo la profezia nietzschiana per cui oggi «non esistono più i fatti ma solo le interpretazioni»<sup>18</sup>. Le figure che seguono descrivono come ed in quale misura la Corte apra le sue porte a tali interpretazioni. In alcuni casi è la scienza e la tecnica ad entrare (o, meglio, irrompere); in altri, è la stessa “relazionalità intrinseca” del valore in gioco, a chiedere dinamismo al giudice costituzionale; infine, è il legislatore “positivo” – il Parlamento – a rendersi necessario quando la demolizione, seppur creativa, del “legislatore negativo” non è adeguata.

E così, il sindacato di costituzionalità in materia di biodiritto assumerà, di volta in volta, il volto della “relazionalità cognitiva”, intendendo con questo termine la necessità, per comprendere e giudicare correttamente l’esercizio della discrezionalità legislativa, di mettersi in relazione con le acquisizioni tecnico-scientifiche disponibili ovvero di rispettare lo spazio in cui altri saperi tecnico-scientifici sono chiamati ad esercitare la propria competenza (le figure giurisprudenziali contenute nel paragrafo n. 3); oppure, emergerà la dimensione della “relazionalità interpretativa”<sup>19</sup>, connessa alla necessità di un continuo bilanciamento ermeneutico dei valori costituzionali con i nuovi principi biogiuridici emergenti dalla prassi (le figure giurisprudenziali contenute nel paragrafo n. 4); ed infine, le figure della “relazionalità istituzionale”, nelle quali la Corte riafferma, anche con tecniche decisorie affatto innovative, la relazione costituzionalmente insostituibile con il Parlamento, cuore pulsante della democrazia costituzionale, chiedendo sui temi del biodiritto una discussione e deliberazione, quanto più possibile, ampia, aperta e pluralistica (figure contenute nel paragrafo n. 5).

### 3. “Relazionalità cognitiva”: la Corte e la ragionevolezza “scientifica”

#### 3.1 “Lo stadio attuale delle conoscenze scientifiche” come presupposto assiomatico dello scrutinio di ragionevolezza

Secondo questa prima figura della “relazionalità cognitiva”, la Corte costituzionale deve porsi in relazione con la conoscenza scientifica e con la competenza tecnica per valutare la fondatezza e l’adeguatezza dell’esercizio discrezionale del potere legislativo, ovvero sia l’evoluzione delle conoscenze scientifiche costituisce un presupposto, talvolta implicito, dello scrutinio di costituzionalità delle norme impugnate.

<sup>16</sup> Sul tema, cfr. T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012; M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018; V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, 2019.

<sup>17</sup> Riprendendo la notissima immagine di F. KAFKA in *Davanti alla legge. Testo tedesco a fronte*, B. MAJ (a cura di), CLUEB, 2008.

<sup>18</sup> F. NIETZSCHE, *Frammenti Postumi 1885-1887, volume VIII tomo I delle Opere*, trad. it G. COLLI E M. MONTINARI, Milano, 1975, 299.

<sup>19</sup> Sullo specifico carattere della *relazionalità* come connotato proprio della giustizia costituzionale italiana ed in particolare sulle categorie della “relazionalità interpretativa” e “istituzionale” sia consentito rinviare a V. BARSOTTI, P. G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian constitutional justice in global context*, Oxford, 2015.

Da questo punto di vista, risulta interessante la pronuncia n. 161 del 1985, che decide la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 5 della legge n. 164 del 1982 recante “Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso”<sup>20</sup>, poiché in essa i richiami ai presupposti scientifici risultano essere plurimi e significativi.

Innanzitutto, la Corte fa qui un riferimento, che non troviamo nelle norme di legge censurate, alle categorie proprie e al linguaggio specifico della dottrina medico-legale per la definizione del transessualismo e per l’inquadramento di questa realtà fenomenica nella classificazione scientifica della “sindrome”<sup>21</sup>.

La Corte, all’interno del suo ragionamento, che parte da questo inquadramento medico-legale della sindrome transessuale, fa derivare alcune conseguenze specifiche.

Il Giudice costituzionale afferma che «allo stadio attuale delle conoscenze scientifiche, si riconosce che la *sindrome transessuale non può essere efficacemente curata né con terapie ormonali né con interventi di psicoterapie e che soltanto l’operazione chirurgica, demolitoria-ricostruttiva, può dare risultati positivi, come è stato verificato nella grande maggioranza dei casi considerati*»<sup>22</sup>.

La valutazione della correttezza del bilanciamento compiuto da legislatore discende, come conseguenza logica immediata, dal giudizio positivo sulla robustezza dell’approccio scientifico di riferimento.

Nella ricostruzione effettuata dal Giudice delle leggi, infatti, il legislatore ha preso in considerazione una determinata e data realtà fenomenica, inquadrabile, sulla base delle informazioni disponibili a livello scientifico, come «sindrome transessuale», e ha apprestato una adeguata tutela dei diritti in gioco, quali il diritto all’identità personale e il diritto alla salute<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> L’applicazione dello *jus superveniens*, rappresentato dalla legge n. 164 del 1982 in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, nel giudizio *a quo* da cui origina il procedimento costituzionale, viene dichiarata legittima dalla Corte costituzionale sia dal punto di vista della “ragionevolezza scientifica” delle norme della legge n. 164 sia dal punto di vista della conformità a Costituzione delle stesse norme censurate. La Corte, all’esito del sindacato svolto, dichiara che l’attestazione di cui all’art. 5 della legge n. 164 presuppone la rettificazione giudiziale dell’attribuzione di sesso e richiede, in applicazione della legge, il conseguente adempimento da parte dell’ufficiale di stato civile dell’ordine di effettuare la rettificazione.

<sup>21</sup> Il *Dizionario di medicina* della Treccani del 2010 riporta nella definizione di “sindrome” il riferimento specifico, in medicina, a un insieme di sintomi e segni che costituiscono le manifestazioni cliniche di una o diverse malattie, indipendentemente dall’eziologia che le contraddistingue. Nel punto 3 del Considerato in diritto della sentenza n. 161 si legge: «transessuale, secondo la dottrina medico-legale, viene considerato il soggetto che, presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso (ma alcuni autori preferiscono parlare di “genere”) sente in modo profondo di appartenere all’altro sesso (o genere), del quale ha assunto l’aspetto esteriore e adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio».

<sup>22</sup> Si veda il paragrafo 3 del Considerato in diritto della sentenza n. 161 del 1985, nostro il corsivo. In materia si veda il contributo fondamentale di P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 26 ss.

<sup>23</sup> Nel paragrafo 4 del Considerato in diritto della sentenza n. 161 si legge: «Conclusivamente, si deve riconoscere che il legislatore è intervenuto, senza certamente né provocarla né agevolarla, su di una realtà fenomenica nota, anche se di dimensioni quantitative assai modeste, per apprestare adeguata tutela ai soggetti affetti da sindrome transessuale».

La Corte afferma, nel paragrafo 10 del Considerato in diritto, che la finalità della legge n. 164 è quella di consentire a ogni individuo di realizzare la propria identità sessuale in conformità all’art. 2 della Costituzione.

Nelle successive sentenze in materia di rettificazione di attribuzione di sesso non vi è una indicazione specifica di aspetti scientifici sui quali la Corte possa fondare il proprio sindacato di costituzionalità della legge. Tuttavia, sebbene non vi sia un riferimento esplicito “allo stato delle conoscenze scientifiche in materia”, si può affermare che l’evoluzione delle conoscenze scientifiche rappresenti comunque il presupposto implicito delle sentenze pronunciate. Innanzitutto, nelle sentenze n. 221 del 2015 e n. 180 del 2017<sup>24</sup>, viene espunta dalle pronunce costituzionali la definizione di transessualismo come sindrome da curare. Viene, pertanto, meno l’inquadramento della realtà fenomenica in oggetto come sindrome patologica da cui deriva la necessità di un trattamento esclusivamente chirurgico. La Corte qui pare recepire un orientamento che si fonda su successive acquisizioni scientifiche che tendono a non considerare necessariamente patologici i comportamenti e lo stile di vita transessuale<sup>25</sup> e che risulta maggiormente coerente anche rispetto alla stessa *ratio* innovatrice della legge n. 164 del 1982.

In particolare, nella sentenza n. 221 del 2015 la Consulta, mediante una interpretativa di rigetto, afferma la legittimità costituzionale della norma censurata poichè «la disposizione in esame costituisce l’approdo di un’evoluzione culturale ed ordinamentale volta al riconoscimento del diritto all’identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all’identità personale, rientrando a pieno titolo nell’ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della Cedu)»<sup>26</sup>. La Corte chiarisce come la portata innovativa dell’intervento legislativo emerga anche dalla formulazione letterale della norma contenuta nell’art. 1 della legge n. 164 che sostanzialmente lascia all’interprete il compito di individuare le modalità più appropriate attraverso cui realizzare le modificazioni che contribuiscono a realizzare la tutela costituzionale.

L’intervento chirurgico di modifica dei caratteri sessuali primari costituisce, pertanto, soltanto una delle possibili tecniche per realizzare l’adeguamento dei caratteri sessuali che, considerata la peculiare invasività, deve inserirsi pienamente, a norma dell’art. 32 comma 2 della Costituzione, all’interno di un processo di autodeterminazione liberamente scelto e voluto dalla persona<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Su cui cfr. C. ANGIOLINI, *Transessualismo e identità di genere. La rettificazione del sesso fra diritti della persona e interesse pubblico*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2017; E COVACCI, *Transessualismo: i requisiti necessari per il riconoscimento giuridico del cambiamento di genere prima e dopo la sentenza 221/2015 della Corte costituzionale*, in *Genius*, 1, 2016; A. LORENZETTI, *Il cambiamento di sesso secondo la Corte costituzionale: due nuove pronunce (nn. 180 e 185 del 2017)*, in *Studium iuris*, 4, 2018, 446-454.

<sup>25</sup> Occorre ricordare che solo recentemente, il 19 giugno 2018, l’Organizzazione Mondiale della Sanità ha eliminato la transessualità dalla *International Statistical Classification of Diseases, Injuries and Causes of Death (ICD)*, ossia la lista delle malattie mentali. Tuttavia, vi sono studi più risalenti che mettono in dubbio la fondatezza scientifica degli assunti alla base di questa classificazione e dei conseguenti trattamenti esclusivamente di tipo chirurgico. Si veda C. DHEJNE, P. LICHTENSTEIN ET AL., *Long-term follow-up of transsexual persons undergoing sex reassignment surgery: cohort study in Sweden*, in *PloS ONE*, 2, 2011. La ricerca mostra come le persone in condizioni di transessualismo, dopo l’intervento chirurgico di riassegnazione di sesso, presentino rischi considerevolmente più alti di mortalità, dovuti ad atti suicidari, rispetto alla popolazione generale. Lo studio suggerisce di non considerare il trattamento chirurgico come sufficiente ed esclusivo per le persone transessuali che necessiterebbero di terapia psicologica di supporto e accompagnamento nella fase di transizione.

<sup>26</sup> Si veda il paragrafo 4.1 del Considerato in diritto della sentenza n. 221.

<sup>27</sup> La Corte costituzionale nel paragrafo 4.1 del Considerato in diritto della sentenza n. 221 menziona la pronuncia della Corte di Cassazione n. 15138 del 20 luglio 2015. La Corte fonda la sua decisione interpretativa sugli approdi cui è arrivata la giurisprudenza di legittimità e sui riferimenti normativi più recenti in materia, quali l’art.

Rispetto a questo processo di autodeterminazione del singolo risulta permanere, nelle argomentazioni del Giudice costituzionale, la fondamentale esigenza di un rigoroso accertamento giudiziale del carattere definitivo delle trasformazioni avvenute<sup>28</sup>.

### 3.2 Il dato tecnico-scientifico come integrazione funzionale del parametro costituzionale

Una seconda figura giurisprudenziale della “relazionalità cognitiva” emerge nell’ambito della valutazione delle opzioni legislative, rispetto al progresso tecnico-scientifico, sviluppata nella sentenza n. 414 del 1995 che affronta la problematica dell’inquadramento della nozione di morte alla luce dell’evoluzione delle acquisizioni scientifiche<sup>29</sup>. Lo scrutinio di ragionevolezza, nel caso di specie, implica un bilanciamento fra «i dati della scienza medica» con il «complesso quadro dei valori di riferimento» rappresentati dalla «solidarietà sociale ed esigenze di fondamentale giustizia (rispetto della vita, unicità del contesto di decesso, certezza della irreversibilità di estinzione della persona)»<sup>30</sup>.

In questa pronuncia, la Corte afferma, in materia di modalità di rinvio del precetto penale alla norma extrapenale, la perdurante conformità della norma oggetto di censura, l’art. 589 del codice penale che punisce il delitto di omicidio colposo, con i principi costituzionali<sup>31</sup>. Il Gip presso la Pretura di Rovigo sollevava, in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione, una questione di costituzionalità dell’art. 589 del c.p., rilevando una modificazione della nozione di morte rispetto a quella di riferimento nel codice penale ad opera dell’art. 4 della legge 644 del 1975, sostituito dagli artt. 1 e 2 della legge n. 578 del 1993. Il giudice *a quo*, in punto di non manifesta infondatezza, osserva che l’interpretazione del precetto penale si porrebbe in contrasto con l’art. 25 della Costituzione in quanto l’interpretazione della norma censurata sfocerebbe in un procedimento analogico in *malam partem* non consentito in materia penale.

---

31 del d. lgs. n. 150 del 2011, con cui il legislatore conferma di volere lasciare all’apprezzamento del giudice, nell’ambito del procedimento di autorizzazione dell’intervento chirurgico, l’effettiva necessità dello stesso in funzione della garanzia del diritto alla salute nel caso specifico, ossia ove sia finalizzato a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico.

<sup>28</sup> Nella sentenza n. 180 del 2017 la Corte ribadisce il suo orientamento interpretativo e conferma la necessità di un accertamento rigoroso della intervenuta oggettiva transizione dell’identità di genere, quali che siano le modalità realizzative (intervento chirurgico, terapie ormonali, modificazioni congenite), al fine di garantire al contempo sia il diritto del singolo sia le esigenze di certezza delle relazioni giuridiche sulle quali si fondano i registri anagrafici.

<sup>29</sup> La Corte dichiara la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 589 del c.p. in relazione agli artt. 4 della legge n. 644 del 1975 “Disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico e norme sul prelievo dell’ipofisi da cadavere a scopo di produzione di estratti per uso terapeutico” e artt. 1 e 2, comma 2, della legge 578 del 1993 “Norme per l’accertamento e la certificazione di morte”.

<sup>30</sup> Si veda il paragrafo 4 del Considerato in diritto della sentenza n. 414.

<sup>31</sup> Le modalità di rinvio da parte della norma penale a fonti extragiuridiche (scientifiche, etiche, di fatto, etc.) o extrapenali, nel caso le leggi n. 644 e n. 578, come tecnica ordinaria dell’ordinamento penale sono ricostruite al paragrafo 2 della sentenza n. 414. In definitiva, nel caso dell’evolversi delle fonti di rinvio – per l’evoluzione delle nozioni di tipo tecnico-scientifico – l’integrazione della norma penale con la fonte extragiuridica o extrapenale viene effettuata attraverso una interpretazione logico-sistematica che consenta il rispetto dei principi di coerenza e unità dell’ordinamento, ma non in via analogica che determinerebbe la violazione del principio di legalità del diritto penale.

Si veda su questo S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015, 347 ss.

Il legislatore del 1930 fa, infatti, riferimento a una nozione naturalistica di morte che riflette gli orientamenti della scienza medica di quel periodo e che la identifica con la cessazione irreversibile delle funzioni superiori del cuore, della respirazione, del cervello. Il successivo sviluppo delle conoscenze scientifiche, in relazione alle innovative tecniche di rianimazione e di realizzazione dei trapianti di organi, ha richiesto al legislatore di riconsiderare i dati scientifici e introdurre una nozione di morte e dei criteri del suo accertamento adeguati allo sviluppo scientifico. Le leggi n. 644 del 1975 e n. 578 del 1993 contengono, nel ragionamento della Consulta, una nozione di morte come cessazione irreversibile delle funzioni dell'encefalo che è in linea con l'evoluzione scientifica e che non si pone in contrasto con i valori costituzionali di rispetto della vita e solidarietà sociale. Le opzioni legislative non sono, all'esito del sindacato di costituzionalità, ritenute illegittime alla luce dell'evoluzione scientifica e del tessuto normativo costituzionale in materia di tutela del diritto alla vita. La discrezionalità politica del legislatore, nel giudizio conclusivo della Corte costituzionale, è stata esercitata ponderando i dati scientifici con i valori costituzionali in un modo che i primi andassero a integrare e non confliggevano con i secondi<sup>32</sup>.

### 3.3 Le conoscenze scientifiche come “formante” normativo

Una figura giurisprudenziale particolarmente rilevante emerge nell'ambito della recente decisione del Giudice costituzionale sui vaccini. La specificità del sindacato della Consulta in materie nelle quali assumono un ruolo qualificante le conoscenze scientifiche è ricostruibile a partire dalla sentenza n. 5 del 2018, nella quale la Corte affronta il problema della costituzionalità di alcune norme, aventi ad oggetto i vaccini, contenute nel decreto-legge n. 73 del 2017, recante “Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci”, convertito dalla legge n. 119 del 31 luglio 2017<sup>33</sup>.

In riferimento alla dedotta violazione dell'art. 32 della Costituzione, la Corte evidenzia come nel contesto delle vaccinazioni la giurisprudenza costituzionale abbia da tempo affermato il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo, anche nel suo contenuto di libertà di cura, con l'interesse della collettività – viene su questo citata la sentenza n. 268 del 2017 – nonché, nel caso di vaccinazioni obbligatorie, con l'interesse del bambino, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai loro compiti di cura (*ex multis*, sentenza n. 258 del 1994).

Nel sottoporre a valutazione di conformità a Costituzione le norme censurate, la Corte afferma che risulta corretta la valorizzazione, promossa dal legislatore, della dinamica evolutiva propria delle co-

<sup>32</sup> Nel paragrafo 4 del Considerato in diritto della sentenza n. 414 si legge: «Allo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero, può dirsi che la recente legge n. 578 del 1993, nel riflettere i progressi scientifici ed al fine di conseguire risultati di solidarietà sociale ed esigenze di fondamentale giustizia (rispetto della vita, unicità del concetto di decesso, certezza della irreversibilità di estinzione della persona), non si ponga in contrasto con norme e principi costituzionali per quanto concerne il circoscritto oggetto del presente giudizio, attinente alla chiarificazione della nozione di morte e l'indicazione dei criteri di accertamento della stessa».

<sup>33</sup> Si veda A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta online*, 1, 2018, 91 ss.; L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sentenza n. 5 del 2018 della Corte cost.)*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 11 settembre 2018, 29 ss.

noscenze mediche che «devono sorreggere le scelte normative in campo sanitario»<sup>34</sup>. Il legislatore, infatti, intervenendo in una situazione in cui lo strumento della persuasione appariva carente sul piano della efficacia, ha reso obbligatorie dieci vaccinazioni<sup>35</sup>.

In tale contesto, dunque, il rafforzamento da parte del legislatore della cogenza degli strumenti della profilassi vaccinale non risulta, all'esito del sindacato costituzionale, configurare un intervento irragionevole rispetto allo stato delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche<sup>36</sup>.

Sono due gli aspetti evidenziati nella sentenza che ci portano a definire, in questo caso, l'impiego del dato scientifico come "formante" normativo.

In primo luogo, la Corte fa derivare dalla prassi medico-sanitaria l'inversione di tendenza, in atto negli ordinamenti giuridici anche stranieri, dalla raccomandazione all'obbligo di vaccinazione.

La Corte spiega questo assunto facendo riferimento al fatto che in medicina, a differenza di quel che avviene nel diritto, la distanza fra raccomandazione e obbligo è minima. Qui il Giudice costituzionale sembrerebbe fare riferimento al fatto che la prassi medico-sanitaria, che costituisce un ambito autonomo di esplicazione delle conoscenze scientifiche che in essa operano, possiede nei fatti la "forza" di modellare, appunto, al fine di raggiungere determinate finalità, lo strumento giuridico<sup>37</sup>.

In secondo luogo, la dinamica evolutiva che caratterizza specificatamente le conoscenze medicoscientifiche ha disegnato in maniera peculiare alcuni meccanismi di flessibilizzazione introdotti dalla normativa in materia di vaccini finalizzati a garantire una maggiore adesione della norma di legge alla specifica realtà che intende disciplinare. Il legislatore ha, infatti, appositamente introdotto, in sede di conversione, un sistema di monitoraggio periodico che può determinare la cessazione della obbligatorietà di alcuni vaccini – specificatamente i quattro elencati all'art. 1, comma 1-bis: anti-morbillo,

<sup>34</sup> Si veda il paragrafo 8.2.5 del Considerato in diritto della sentenza n. 5. La Corte fa riferimento alle indicazioni offerte da documenti quali la mozione sulla "Importanza delle vaccinazioni" approvata il 24 aprile 2015 dal Comitato nazionale di bioetica; il "Documento sui vaccini" approvato l'8 luglio 2016 dal Consiglio della Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri; il "Rapporto Vaccini" del 12 maggio 2017 elaborato da un gruppo di lavoro dell'Accademia dei Lincei.

<sup>35</sup> Il decreto-legge n. 73 del 2017 "Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci", convertito dalla legge n. 119 del 31 luglio 2017, ha, nei fatti, riconfermato e rafforzato l'obbligo, mai formalmente abrogato, per le quattro vaccinazioni già previste dalle leggi dello Stato, e l'ha introdotto per altre sei vaccinazioni che venivano già proposte alla popolazione come "raccomandate".

<sup>36</sup> Si veda il paragrafo 8.2.5 del Considerato in diritto della sentenza n. 5.

<sup>37</sup> Nel paragrafo 8.2.4 del Considerato in diritto della sentenza n. 5 si legge: «Indubbiamente, il vincolo giuridico si è fatto più stringente: ciò che in precedenza era raccomandato, oggi è divenuto obbligatorio. Ma nel valutare l'intensità di tale cambiamento – ai fini del giudizio sulla ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore con il decreto-legge n. 73 del 2017 e della conseguente compressione dell'autonomia regionale – occorre peraltro tenere presenti due ordini di considerazioni. Il primo è che nell'*orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria* la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all'indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze: si veda, da ultimo la sentenza n. 268 del 2017). In quest'ottica, occorre considerare che, anche nel regime previgente, le vaccinazioni non giuridicamente obbligatorie erano comunque proposte con l'autorevolezza propria del consiglio medico».

anti-rosolia, anti-parotite, anti-varicella<sup>38</sup>. Questo meccanismo di flessibilizzazione della normativa, da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate, evidenzia che l'esercizio della discrezionalità legislativa è peculiarmente condizionata dallo stato delle risultanze scientifiche ed è suscettibile di una graduale, e per certi versi necessaria in alcuni frangenti, modifica sulla base della progressiva emersione dei relativi dati scientifici.

### 3.4 Le conoscenze scientifiche come spazio di "autonomia normativa"

Le conoscenze scientifiche assurgono a specifico spazio di "autonomia normativa", costituzionalmente presidiato, nelle figure giurisprudenziali di seguito enucleate.

In una delle più note sentenze in materia di biodiritto (la n. 282 del 2002), la Corte costituzionale dichiara illegittimità costituzionale della legge della Regione Marche n. 26 del 2001 recante norme in materia di "Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia"<sup>39</sup>.

La Corte afferma, in questa nota pronuncia, che «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita 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»<sup>40</sup>. L'ambito dell'autonomia professionale del medico e della sua specifica responsabilità, con il conseguente obbligo di tenere in considerazione lo stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, rappresentano uno spazio decisionale che non può essere "invaso" dall'esercizio della discrezionalità politica del legislatore.

In questo ambito, nel quale si sviluppa la relazione di cura e di fiducia, disegnata anche dall'art. 1 comma 1 della recente legge n. 219 del 2017, su consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, intesa come concreta possibilità di incontro della sfera di autonomia del medico e della sfera di autodeterminazione del paziente<sup>41</sup>, il riferimento ai principi del codice di deontologia medica

<sup>38</sup> Si veda l'art. 1, comma 1-ter del decreto-legge n. 73 del 2017, come convertito. Peraltro, la Corte rileva che eventuali variazioni nelle condizioni epidemiologiche, nei dati relativi alle reazioni avverse e alle coperture vaccinali, potrebbero richiedere al legislatore di prevedere un analogo meccanismo di allentamento del grado di coazione esercitabile anche in riferimento alle sei vaccinazioni indicate al comma 1, dell'art. 1 (anti-poliomielitica, anti-difterica, anti-tetanica, anti-epatite B, antipertosse, anti *Haemophilus influenzae* tipo b).

<sup>39</sup> Si veda 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 (nota a sentenza 282/2002)*, in *Le regioni*, 6, 2002; C. TUCCIARELLI, *La sentenza n. 282 del 2002 della Corte costituzionale: prime interpretazioni delle disposizioni costituzionali sull'esercizio del potere legislativo delle Regioni*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 3 luglio 2002.

<sup>40</sup> Si veda il paragrafo 4 del Considerato in diritto della sentenza n. 282.

<sup>41</sup> La Corte costituzionale nella sentenza n. 282 aveva affermato, al paragrafo n. 4 del Considerato in diritto, che: «La pratica terapeutica si pone, come già si è accennato, all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, secondo comma, secondo periodo, della Costituzione pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica. Questi di-

contenuto nella sentenza è significativo e pare indicare come le regole di autodisciplina appaiano uno strumento più adeguato a disciplinare questo tipo di materia<sup>42</sup>.

La Corte costituzionale specifica che al legislatore non è preclusa qualsiasi possibilità di intervenire, come nel caso in cui sia necessario garantire, anche attraverso il coinvolgimento diretto dei professionisti, l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie.

Tuttavia un intervento legislativo sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza, che costituisce un tipico giudizio tecnico affidato al medico che lo esercita nel contatto personalizzato col singolo paziente, non può derivare da valutazioni di discrezionalità politica del legislatore ma dovrebbe basarsi su «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».

Tale orientamento della Corte viene sviluppato ulteriormente nella sentenza n. 338 del 2003 che affronta il dubbio di costituzionalità riguardante alcune norme di due leggi regionali, quella del Piemonte e della Toscana sull'applicazione della terapia elettroconvulsivante (TEC), la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri interventi di psichirurgia<sup>43</sup>. La Corte ribadisce la specifica posizione assunta nella sentenza n. 282 aggiungendo che la determinazione dei confini fra terapie ammesse e terapie non ammesse non discende da interventi legislativi regionali che «sono costituzionalmente illegittimi ove pretendano di incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche in assenza di – o in difformità da – determinazioni assunte a livello nazionale, e quindi introducendo una disciplina differenziata, su questo punto, per una singola Regione»<sup>44</sup>. Nella competenza legislativa concorrente, come quella in materia di tutela della salute, art. 117 comma 3 della Costituzione, le Regioni sono chiamate a dettare le norme di procedura e organizzative anche al fine di garantire al meglio l'appropriatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle regole cautelative per l'utilizzo di mezzi terapeutici rischiosi o destinati a impieghi eccezionali e ben calibrati (come la terapia elettroconvulsivante); tuttavia, non possono stabilire regole cautelative più stringenti rispetto a quelle nazionali, facendo riferimento a organi scientifici di carattere regionale la cui capacità scientifica risulta inevitabilmente limitata rispetto a organi scientifici nazionali o sovranazionali, poiché questo determinereb-

---

ritti, e il confine fra i medesimi, devono sempre essere rispettati, e a presidiarne l'osservanza in concreto valgono gli ordinari rimedi apprestati dall'ordinamento, nonché i poteri di vigilanza sull'osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione».

<sup>42</sup> Si veda il paragrafo 4 del Considerato in diritto della sentenza n. 282.

<sup>43</sup> Si tratta delle norme contenute negli articoli 4, 5 e 6 della legge della Regione Piemonte 3 giugno 2002, n. 14, recante norma in materia di "Regolamentazione sull'applicazione della terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psichirurgia", e nell'art. 3, commi 2, 3 e 4, della legge della Regione Toscana 28 ottobre 2002, n. 39, in materia di "Regole del sistema sanitario regionale toscano in materia di applicazione della terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psichirurgia". Si vedano G. LA MONACA, *Il diritto costituzionale alla salute tra norme giuridiche e pratica clinica. La giurisprudenza costituzionale recente: nuove forme di valorizzazione della prassi e della deontologia mediche*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2011, 974-993; E. CAVASINO, *L'individuazione dei principi fondamentali in materia di potestà legislativa concorrente fra criterio sostanziale-materiale e criterio della struttura nomologica*, in *Nuove autonomie*, 1, 2009, 192-202.

<sup>44</sup> Si veda il paragrafo 5.1 del Considerato in diritto della sentenza n. 338.

be una variabilità delle posizioni scientifiche che condurrebbe a incidere sull'uniformità nazionale della tutela dei diritti<sup>45</sup>.

Su questo aspetto, la previsione dell'art. 3, comma 4, della legge toscana, che rinvia a «linee guida» non solo sulle procedure di consenso e di «autorizzazione» ma anche «sull'utilizzo della TEC», da adottarsi dalla Giunta regionale «su conforme indicazione della Comunità scientifica toscana», viene ritenuta dalla Corte contrastante con il carattere, di norma nazionale o sovranazionale, delle acquisizioni e delle valutazioni tecnico-scientifiche su cui si basa la applicazione pratica e operativa da parte dei professionisti sanitari.

Questo specifico approccio delineato dalla Corte in ambito medico nelle sentenze n. 282 e n. 338 viene ribadito nella sentenza 151 del 2009, che ha ad oggetto il sindacato di legittimità costituzionale di alcune norme della legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita.

Con la sentenza n. 151 del 2009, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di due norme della legge n. 40 del 2004 in materia di "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita": della norma che prevede che la produzione di embrioni debba essere limitata a un numero non superiore a tre finalizzati «ad un unico e contemporaneo impianto» e della norma che non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna<sup>46</sup>.

La Corte, pertanto, afferma che il limite legislativo di tre embrioni da impiantare con un unico contemporaneo intervento non riconosce al medico la possibilità di una valutazione personalizzata, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, disconoscendo la conseguente necessità di individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto.

<sup>45</sup> Si veda anche la pronuncia n. 307 del 2003 che riguarda l'inquinamento elettromagnetico e l'illegittimità costituzionale di norme regionali che avevano stabilito, a tutela della salute, valori soglia più bassi rispetto a quelli stabiliti dalla legge nazionale: «In sostanza, la fissazione a livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il paragrafo di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al paese, nella logica per cui la competenza delle Regioni in materia di trasporto dell'energia e di ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente, vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato».

<sup>46</sup> Si tratta di una sentenza di accoglimento parziale della illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 in materia di "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", nella parte in cui prevede che la produzione di embrioni sia limitata a un numero non superiore a tre finalizzati «ad un unico e contemporaneo impianto» e della illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna. Si ritiene, infine, che la sentenza della Corte debba comportare una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione, poiché la crioconservazione potrebbe risultare necessaria in tutti i casi in cui il medico ritenga che l'impianto possa non essere compatibile con la salute della donna. Si veda B. LIBERALI, *La diagnosi genetica pre-impianto 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; I. RIVERA, *Quando il "desiderio" di avere un figlio diventa un "diritto": il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014; 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.

La previsione legislativa, in assenza di ogni considerazione attinente alle condizioni soggettive della donna che di volta in volta affronta la procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, all'esito dello scrutinio costituzionale, in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili e in contrasto con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente del feto – che potrebbe derivare da un intervento non calibrato sulle specifiche condizioni personali e cliniche della donna.

### 3.5 *Controcanto*: la giurisprudenza dinanzi alle incertezze della scienza

Nelle notissime vicende Di Bella e Stamina, la Corte costituzionale modella il rapporto fra scienza e diritto ancora secondo figure giurisprudenziali che prendono forma in maniera differente a seconda del grado di certezza e incertezza scientifica che presentano i dati sulla cui base devono essere assunte le rispettive decisioni<sup>47</sup>.

Nel caso Di Bella la controversia riguardava l'efficacia del c.d. multitattamento che aveva avuto altresì una forte risonanza mediatica e che, tuttora, a fasi alterne, ritorna alla ribalta delle cronache<sup>48</sup>. Nella sentenza n. 185 del 1998, considerata la delicatezza della materia concernente il rapporto fra acquisizioni scientifiche, nel caso specifico incerte e in fase di verifica in sede di sperimentazione, e i diritti dei pazienti affetti da malattie oncologiche, la Consulta svolge una perimetrazione delle sue funzioni e dell'ampiezza del sindacato di costituzionalità in materia.

Il Giudice delle leggi ricorda che la sua funzione non è quella di valutare nel merito le opzioni scientifiche e, ancor più in un caso caratterizzato da incertezza scientifica, neppure quella di valutare gli effetti e l'efficacia terapeutica del trattamento. In secondo luogo, il Giudice costituzionale chiarisce di non possedere titoli per sostituire il proprio giudizio a valutazioni che il legislatore affida per competenza specifica agli organi tecnico-scientifici. Si tratta della previsione di una "riserva di competenza tecnico-scientifica" affidata ad appositi organismi cui il legislatore sulla base della specificità della materia trattata rinvia<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Sulla vicenda Di Bella, si veda F. PATRUNO, *Ancora su Costituzione, diritto alla salute e somministrazione gratuita di farmaci*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2000, 1891-1902; M. CONTE, *Conseguenze dell'intervento della Corte Costituzionale sul c.d. "caso di Bella": come salvare capra e cavoli*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4, 1998, 1524-1526.

Sulla vicenda Stamina, si veda G. SERENO, *Il caso Stamina all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio costituzionale*, gennaio 2015; G. D'AMICO, *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 1 febbraio 2015.

<sup>48</sup> Nella sentenza n. 185 del 1998 la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 2, comma 1, ultima proposizione, e dell'art. 3, comma 4, del d.l. 17 febbraio 1998, n. 23 ("Disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria"), convertito, con modificazioni, nella legge 8 aprile 1998, n. 94, nella parte in cui non prevede l'erogazione a carico del servizio sanitario nazionale dei medicinali impiegati nella cura delle patologie tumorali, per le quali è disposta la sperimentazione di cui all'art. 1, a favore di coloro che versino in condizioni di insufficienti disponibilità economiche.

<sup>49</sup> In materia di riserva di competenza scientifica agli organi tecnico-scientifici si veda anche la sentenza n. 121 del 1999. Tale sentenza si colloca sempre all'interno della vicenda Di Bella e contiene una pronuncia nell'ambito di un conflitto di attribuzione promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri nei confronti del pretore di Lecce con riguardo all'ordinanza del 28-29 luglio 1998 che dispone la trasmissione degli elenchi dei pazienti ammessi alla sperimentazione del c.d. multitattamento in vista di un accertamento medico-legale avente ad oggetto l'efficacia e dei limiti della terapia. L'oggetto del sindacato della Corte attiene

Il sindacato di costituzionalità, sotto il profilo della garanzia del principio di uguaglianza in riferimento al diritto alla salute, consiste nella valutazione di conformità a Costituzione della norma oggetto di censura che prevede una sperimentazione clinica semplificata e accelerata dei medicinali impiegati nel multitrattamento, consentendo ai medici il loro impiego nel campo oncologico e, per effetto del divieto di inserimento nell'elenco dei farmaci innovativi, esclude i privati non ammessi alla sperimentazione dall'accesso gratuito ai farmaci.

Considerato il carattere incerto degli esiti della sperimentazione in corso, la Corte non fa riferimento ai presupposti scientifici – che nel caso non sono robusti e validati – delle norme oggetto di censura, ma preferisce utilizzare la tecnica della stretta interpretazione. La scelta del legislatore di avviare una sperimentazione e l'ammissione di ulteriori soggetti estranei alla sperimentazione – in deroga alla regola prevista dal comma 1 dell'art. 3 del decreto-legge n. 23 – non sono basati su una valutazione di utilità dell'impiego dei farmaci ma sono interpretati come un "fatto legislativo" che ha una sua oggettività tale da ingenerare «aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute»<sup>50</sup>. Il concreto godimento di questo diritto deriva, per i soggetti esclusi dalla sperimentazione, dalle diverse condizioni economiche<sup>51</sup>. La tecnica di stretta interpretazione normativa concerne, quindi, la normativa oggetto di censura in riferimento ai parametri costituzionali menzionati e agli effetti derivanti dall'estensione della deroga, realizzata per effetto della dichiarazione di incostituzionalità. La dichiarazione di incostituzionalità viene a proposito limitata, dal punto di vista dell'oggetto, ai farmaci rientranti nel multitrattamento in corso di sperimentazione; dal punto di vista dei soggetti, alle persone affette da patologie tumorali per le quali non esistano valide alternative terapeutiche tramite medicinali o trattamenti già autorizzati per tali patologie; dal punto di vista temporale, al periodo della sperimentazione, cioè fino al momento in cui non sia possibile disporre di dati scientificamente attendibili che consentano di superare la situazione di incertezza scientifica circa l'efficacia del multitrattamento in discorso<sup>52</sup>. In tale condizione di incertezza scientifica concernente l'efficacia del trattamento, la Corte costituzionale ammette un'estensione della deroga alla disciplina ordinaria della

---

all'accertamento se la consulenza disposta dal pretore produca una illegittima interferenza nelle attribuzioni del potere esecutivo esercitata attraverso l'attività degli organi tecnico-scientifici dell'amministrazione della sanità con riferimento alla sperimentazione della terapia Di Bella. L'ordinanza del pretore diretta a acquisire dati riguardanti tutti i pazienti ammessi alla sperimentazione e tutti coloro che hanno usufruito del multitrattamento al di fuori della sperimentazione appare *prima facie* esorbitare i limiti delle funzioni attribuite alla consulenza tecnica d'ufficio e impiegare questo istituto processuale in modo da metterlo in concorrenza con la complessa procedura di sperimentazione prevista nei decreti-legge n. 23 e 186 del 1998. La Corte costituzionale definisce «abnorme» l'esercizio del potere giurisdizionale che deriva dalle dimensioni della consulenza che trascende l'ambito del giudizio, di natura cautelare e volta a ottenere un *facere* della pubblica amministrazione, per porsi come momento di verifica dell'intera sperimentazione, e la stessa funzione giurisdizionale, per la mancanza di congruenza fra gli accertamenti peritali e i casi concreti rimessi alla cognizione del giudice. Tale anomalo esercizio dei poteri istruttori da parte del pretore integra una illegittima interferenza nella sfera delle attribuzioni spettanti agli organi tecnico-scientifici preposti alla sperimentazione dei farmaci.

<sup>50</sup> Si veda il paragrafo 9 del Considerato in diritto della sentenza n. 185 del 1998.

<sup>51</sup> Al fine di superare questa possibile violazione dell'art. 3 della Costituzione, non risulta sufficiente la previsione di una riduzione di prezzo di vendita dei medicinali facenti parte del multitrattamento concordate fra il Ministero della Sanità e le aziende farmaceutiche interessate.

<sup>52</sup> Questi aspetti vengono richiamati come limiti alla operatività della deroga posta alle procedure ordinarie nella sentenza n. 188 del 2000.

sperimentazione soltanto entro questi stretti limiti rispetto ai quali il legislatore viene chiamato a garantire che possano usufruire del multitrattamento anche i soggetti non ammessi a sperimentazione che non sono nelle condizioni di affrontare i costi dei farmaci a causa di insufficienti disponibilità economiche.

Come nel caso Di Bella, anche nel caso Stamina è in discussione la sperimentazione finalizzata a verificare l'efficacia clinica di «una nuova terapia»<sup>53</sup>. Le circostanze di fatto nelle quali si sviluppa la vicenda sono peculiari e vedono, in un primo momento, la somministrazione della terapia Stamina attraverso l'applicazione delle norme sulle cure compassionevoli che consentivano, a determinate condizioni, l'impiego di alcuni medicinali non validati da una sperimentazione allorquando non esistesse per quei pazienti una valida alternativa terapeutica. Successivamente Aifa nel maggio 2012 impedisce la continuazione dell'utilizzo del cd. metodo Stamina<sup>54</sup>. Tale provvedimento inibitorio a tutela della salute pubblica ha un forte impatto mediatico tale da indurre il Governo, su proposta del Ministro della salute, ad adottare il decreto-legge n. 24 del 2013.

Anche in questo caso, la tecnica impiegata dal legislatore è quella di applicare una deroga al regime ordinario della sperimentazione all'interno di un contesto di forte risonanza anche mediatica delle problematiche sanitarie che stanno alla base della richiesta di accesso alle nuove terapie. Mentre relativamente al caso Di Bella, al momento della pronuncia della sentenza della Corte, dovevano ancora essere pubblicati i risultati della sperimentazione, nel caso Stamina, nelle more del giudizio costituzionale, veniva pubblicata la valutazione tecnico-scientifica del Comitato scientifico della sperimentazione clinica che, sostanzialmente, escludeva l'esistenza delle condizioni per la prosecuzione del *trial* clinico<sup>55</sup>. Non siamo, quindi, nonostante i tentennamenti e i tira e molla concernenti la terapia Stamina come cura compassionevole e la sua sperimentazione, nell'ambito di una situazione di perdurante incertezza scientifica in relazione all'efficacia del trattamento. La Corte, infatti, ribadisce i principi espressi nella sentenza n. 282 del 2002, secondo i quali al legislatore non è preclusa in assoluto la possibilità di dettare regole sull'appropriatezza delle scelte terapeutiche, deve farlo però previa verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali tramite organismi nazionali e sovranazionali a ciò preposti. La Consulta aggiunge che la sperimentazione e la somministrazione di nuovi farmaci devono essere improntate a criteri di doverosa cautela. Con riguardo a questo punto, il Giudice delle leggi afferma che «la promozione di una sperimentazione clinica per testare l'efficacia, ed escludere collaterali effetti nocivi, di un nuovo farmaco non consente, di regola, di porre anticipatamente a carico delle strutture pubbliche la somministrazione del farmaco mede-

<sup>53</sup> Nella sentenza n. 274 del 2014, relativa al caso Stamina, la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del decreto-legge 25 marzo 2013, n. 24 "Disposizioni urgenti in materia sanitaria", convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 23 maggio 2013, n. 57.

<sup>54</sup> Attraverso l'ordinanza n. 1 del 2012 di Aifa emessa il 15 maggio 2012.

<sup>55</sup> Si veda il decreto del Ministero della salute, adottato sulla base della relazione del Comitato scientifico della sperimentazione clinica, il 4 novembre 2014. Il provvedimento del Ministero della salute, all'esito della relazione del Comitato scientifico della sperimentazione clinica, nominato sulla base dell'art. 2 comma 4 del decreto del Ministro della salute del 18 giugno 2013, rileva l'inadeguata descrizione del metodo, l'insufficiente definizione delle prodotto della metodica, i potenziali rischi per i pazienti, dà parere negativo sul metodo esaminato poiché risultano insussistenti i presupposti di scientificità e sicurezza richiesti dall'art. 1 del Decreto del Ministro della salute del 18 giugno 2013 per avviare una sperimentazione, e prende atto che la sperimentazione avviata non può essere proseguita.

simo: e ciò per evidenti motivi di tutela della salute, oltre che per esigenze di corretta utilizzazione e destinazione dei fondi e delle risorse a disposizione del Servizio sanitario nazionale»<sup>56</sup>.

Sostanzialmente, proprio sulla base del presupposto relativo alla prova della inefficacia clinica del trattamento con cellule staminali, la Corte addiviene, differentemente rispetto al caso Di Bella, a una pronuncia che non consente l'erogazione della "cura" a persone che non avevano già avuto accesso attraverso l'ammissione alla sperimentazione o attraverso la decisione di un giudice. La deroga predisposta dal legislatore al regime ordinario della sperimentazione clinica risulta essere ragionevole in quanto si fonda, all'interno di un contesto di perdurante incertezza scientifica, sui principi della continuità terapeutica ed esigenze di non interferenza con i provvedimenti dell'autorità giudiziaria che avevano consentito l'accesso alla terapia con le cellule staminali; al contrario – la Corte evidenzia – «irragionevole sarebbe l'estensione indiscriminata di siffatta, temporalmente circoscritta, deroga, che l'ordinanza di rimessione mira ad ottenere, facendo leva sugli evocati parametri costituzionali che, a torto, prospetta violati»<sup>57</sup>.

#### 4. "Relazionalità interpretativa": dalla fecondazione biologica alla genitorialità, le decisioni sull'inizio della vita

Le figure giurisprudenziali che compongono quella che abbiamo definito "relazionalità interpretativa" riguardano primariamente la fase fondamentale dell'inizio della vita e sono contenute innanzitutto nelle sentenze in materia di interruzione di gravidanza, di diritto alla conoscenza delle proprie origini e in materia di procreazione medicalmente assistita. Dalla lettura di queste pronunce emerge una parabola che muove dalla tutela, potremmo dire, "statica" dei diritti della madre e del concepito – il cui bilanciamento viene effettuato dal legislatore e valutato dalla Corte soprattutto rispetto al momento puntuale del parto – per approdare ad una tutela "dinamica", che concerne la dimensione sociale e relazionale della genitorialità e della corrispondente posizione dei figli, giungendo fino alla tutela della genitorialità, realizzata sul piano dei diritti fondamentali, non tralasciando il principio di ragionevolezza – in una sua peculiare prospettiva, che potremmo definire "biogiuridica" – passando attraverso le esigenze di coerenza ordinamentale e la definizione di uno statuto costituzionale specifico per la dignità dell'embrione.

##### 4.1 La tutela del concepito e della madre nella "prima" giurisprudenza costituzionale

Le sentenze n. 27 del 1975 e n. 35 del 1997 sono generalmente menzionate in materia di bilanciamento dei diritti del concepito e della madre<sup>58</sup>. La tutela costituzionale del concepito e della madre concerne, in questa giurisprudenza, soprattutto il momento del parto ed è diretta a circostanziare i presupposti legittimanti l'interruzione volontaria di gravidanza in modo conforme alla tutela dei diritti della madre e del nascituro.

<sup>56</sup> Si veda il paragrafo 6 del Considerato in diritto della sentenza n. 274.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> Si veda C. CASINI, *La legge 194 di fronte alle decisioni della Corte Costituzionale*, in *Medicina e morale*, 6, 2008, 1187-1223; A. LA TORRE, *Ego e alter nell'interruzione della gravidanza*, in *Giustizia civile*, 1, 2010, 3-18.

Nella sentenza n. 27 del 1975 la Corte costituzionale affronta il quesito di costituzionalità del delitto di procurato aborto previsto dall'art. 546 del codice penale. Il Giudice delle leggi, analizzando il contesto socio-normativo nel quale si colloca l'incriminazione dell'aborto, rileva che nel codice Rocco il delitto viene rubricato come «delitto contro l'integrità della stirpe», all'interno del libro II del titolo X del codice, mentre già nel codice Zanardelli l'aborto rientrava fra i «delitti contro la persona». Nell'analisi del relativo contesto normativo e sociale, la Corte ricorda anche l'evoluzione concettuale che concerne «il prodotto del concepimento [che] fu alternativamente ritenuto semplice parte dei visceri della donna, speranza d'uomo, soggetto animato fin dall'inizio, o dopo un periodo più o meno lungo di gestazione»<sup>59</sup>.

La Corte procede a individuare, nell'ambito della interruzione di gravidanza, le situazioni soggettive da tutelare e afferma che ha fondamento costituzionale sia la tutela del concepito che la tutela della vita e della salute della donna gestante. La tutela del concepito si colloca, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'art. 2 della Costituzione mentre la protezione della maternità è specificatamente prevista dall'art. 31, secondo comma, della Costituzione. Il bilanciamento tra gli interessi e i diritti fondamentali in gioco, che possono confliggere quando siano entrambi esposti a pericolo, si trova nella salvaguardia della vita e della salute della madre, dovendosi peraltro operare in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto.

Sulla base di queste indicazioni, la disciplina dell'aborto contenuta nel codice penale non è conforme a Costituzionale perché non prende in considerazione l'esigenza di bilanciamento degli interessi del concepito con quelli della madre previsti dagli art. 31 e 32 della Costituzione<sup>60</sup>.

Infine, la Corte pone l'accento sulla natura complessa del bilanciamento prospettato che viene demandato dal giudice costituzionale all'intervento del legislatore chiamato a tenere in considerazione i principi indicati e delineati nella giurisprudenza costituzionale. La Corte, infatti, specifica che è «obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga praticato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire nella gestazione» e che «perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla».

La Consulta interviene anche successivamente in materia di bilanciamento fra gli interessi del concepito e della madre nella sentenza n. 35 del 1997 nella quale fornisce una valutazione complessivamente positiva sulla – nel frattempo approvata – legge n. 194 del 1978 recante “Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza”. Nella sentenza n. 35 del 1997

<sup>59</sup> Si veda la parte motiva della sentenza n. 27.

<sup>60</sup> L'illegittimità costituzionale dell'art. 546 del codice penale concerne la parte in cui la norma non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre. La possibile operatività della scriminante di cui all'art. 54 c.p. non è sufficiente a evitare la declaratoria di incostituzionalità perché, da una parte, lo stato di necessità esige l'attualità del danno o del pericolo mentre il danno o pericolo conseguente al protrarsi di una gravidanza può essere previsto, ma non è sempre immediato, e, dall'altro, lo stato di necessità si fonda sul presupposto d'una equivalenza del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si vuole salvare, mentre – la Corte afferma – *non esiste equivalenza* fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio della madre e la salvaguardia dell'*embrione* che *persona deve ancora diventare*.

il Giudice delle leggi viene chiamato a giudicare sull'ammissibilità di un referendum abrogativo avente ad oggetto numerose disposizioni della legge n. 194 e afferma che la legge n. 194, avente contenuto costituzionalmente vincolato, ha realizzato quei contemperamenti e quei bilanciamenti che con la sentenza n. 27 del 1975 aveva richiesto al legislatore di porre in essere.

La legge, infatti, «ha enunciato come proprio criterio ispiratore e direttivo esattamente quei beni della maternità e della tutela della vita umana dal suo inizio», a cui la Corte aveva fatto richiamo, ed ha dettato disposizioni dirette a salvaguardare sia la salute e la vita della gestante sia «le cautele necessarie» al fine di evitare la sottoposizione della madre all'aborto senza che vengano effettuati seri accertamenti e verifiche sulla condizione della gestante, anche in relazione alla valutazione delle condizioni che giustificano o meno il ricorso all'intervento abortivo<sup>61</sup>.

#### 4.2 La tutela costituzionale della dimensione relazionale della genitorialità

Nelle due figure giurisprudenziali, che di seguito si vanno a delineare, rileva il cambio di approccio che assume la Corte in materia e l'importanza attribuita alla dimensione relazionale nel rapporto madre-figlio. Si tratta di una dimensione dinamica che sposta la tutela costituzionale dal momento del parto alla fase successiva come possibilità di relazioni fra madre e figlio ormai diventato adulto.

Nella sentenza n. 425 del 2005 viene affrontata la questione di legittimità costituzionale riguardante l'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983 recante norme sul "Diritto del minore ad una famiglia", nel testo sostituito dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 in materia di "Codice in materia di protezione dei dati personali", «nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare l'adottato all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non essere nominata da parte della madre biologica»<sup>62</sup>. La Corte rileva come la normativa censurata costituisca «il punto di arrivo di una evoluzione legislativa sul tema dei rapporti tra il minore adottato con adozione legittimante e la sua famiglia di origine»<sup>63</sup>.

In questo caso, dedotta dal rimettente l'irragionevolezza, in violazione del suo diritto all'identità personale, dell'assolutezza del divieto a carico dell'adottato<sup>64</sup> di accedere alle informazioni sulle proprie

<sup>61</sup> La Corte costituzionale afferma che, per quanto riguarda i presupposti della interruzione volontaria della gravidanza infratrimestrale, le norme contenute negli artt. 4 e 5 della legge condizionano l'interruzione di gravidanza ad una previa valutazione del serio pericolo per la salute fisica o psichica della madre promuovendo, oltre che «i necessari accertamenti medici», ogni opportuno «intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto». Inoltre, l'art. 6 della legge prevede per quanto riguarda l'interruzione della gravidanza dopo il primo trimestre una limitazione dell'interruzione stessa ai casi in cui la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna o in cui siano accertati processi patologici (ivi includendo anche le rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro) che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.

<sup>62</sup> Cfr. A. 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?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2005, 4602-4611; M. CASINI, *Il dibattito in biogiuridica. Il diritto a conoscere le proprie origini tra fecondazione eterologa, adozione e parto in anonimato*, in *Medicina e morale*, 4, 2015, 641-661.

<sup>63</sup> Si veda il paragrafo 2 del Considerato in diritto della sentenza n. 425.

<sup>64</sup> La questione, sollevata dal Tribunale per i minorenni di Firenze, scaturisce dalla vicenda di un trentenne, adottato all'età di pochi mesi, che, spinto dal desiderio di conoscere le proprie origini, chiedeva di poter accedere alle informazioni circa l'identità della madre biologica la quale, però, al momento del parto, aveva dichiarato l'intenzione di non essere nominata.

origini, la questione viene dichiarata infondata sulla base di un'argomentazione incentrata sulle finalità della norma censurata. Nella sua argomentazione la Corte non procede a valutare l'adeguatezza del bilanciamento degli interessi coinvolti ma preferisce una interpretazione funzionale a valutare la coerenza della finalità della norma censurata rispetto ai valori e ai principi costituzionali<sup>65</sup>. In particolare, la Consulta non sottopone a scrutinio di ragionevolezza il bilanciamento fra il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e il diritto della madre a partorire in maniera anonima ma valuta se il sacrificio del diritto del figlio ad accedere alle informazioni relative alle sue origini possa essere finalizzato a distogliere la gestante da propositi di aborto, infanticidio o abbandono. Pertanto, la valutazione degli interessi in gioco si focalizza sugli interessi alla vita e alla salute della gestante e del nascituro, mettendo in secondo piano i profili attinenti alla tutela del diritto alla identità personale del figlio che, peraltro, aveva già trovato alcune risposte nell'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>66</sup>. Tale prospettiva pone questa sentenza in continuità rispetto alla "prima" giurisprudenza costituzionale che tutela e protegge la maternità e il corrispondente diritto del nascituro alla vita e alla salute.

Questo approccio viene completamente ribaltato nella sentenza n. 278 del 2013, avente ad oggetto la medesima questione di costituzionalità<sup>67</sup>.

La Corte costituzionale, con una sentenza additiva di principio<sup>68</sup>, dichiara l'incostituzionalità dell'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983 nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimen-

<sup>65</sup> L'infondatezza della questione di legittimità costituzionale viene fatta derivare dalla interpretazione della *ratio* della stessa legge e dalla finalità della norma censurata che è diretta a tutelare la gestante che in situazioni particolarmente delicate dal punto di vista personale abbia deciso di partorire presso una struttura sanitaria ma di non tenere con sé il bambino. La previsione dell'anonimato non sottoposta a limiti temporali o a specifiche condizioni è diretta ad assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali e a evitare che la madre assuma la decisione di non dare alla luce il bambino per evitare conseguenze sia sul piano personale che sociale. Quindi la norma, nella valutazione della Corte, mira a proteggere sia la donna che il nascituro. La scelta della gestante di dare alla luce il bambino in una struttura sanitaria adeguata potrebbe essere ostacolata se il suo diritto all'anonimato potesse essere sottoposto a conferma o revoca in un futuro imprecisato su richiesta del figlio all'interno di un procedimento nel quale un giudice le chiedesse di rivedere la sua iniziale decisione.

<sup>66</sup> Il riferimento è alla sentenza della Corte Edu, *Odièvre c. Francia*, del 13 febbraio 2002.

Occorre specificare che la Corte costituzionale non accoglie la questione di costituzionalità per la violazione dell'art. 117, comma primo, ma in riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione, ritenendo assorbiti gli altri motivi di censura formulati in riferimento agli altri parametri addotti.

Su questi aspetti si vedano S. FAVALLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: un dialogo decennale fra Cedu e Corte costituzionale italiana*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 9 dicembre 2013; A. 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?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2005.

<sup>67</sup> Cfr. A. AMBROSI, *Interesse dell'adottato a conoscere l'identità della madre biologica "versus" interesse della madre all'anonimato: un nuovo punto di equilibrio*, in *Studium iuris*, 6, 2014, 667-675; 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 costituzionale*, 1, 2013.

<sup>68</sup> La Corte richiede al legislatore di «introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica di cui innanzi si è detto», su questo si veda il paragrafo 6 del Considerato in diritto della sentenza n. 278.

to che garantisca la riservatezza della madre – la possibilità per il giudice di interpellare la madre su richiesta del figlio al fine di chiederle la conferma o la revoca della dichiarazione di anonimato fatta al momento del parto.

Le ragioni di questo *revirement* potrebbero essere rintracciate anche nelle decisioni, che si stavano consolidando in materia, della Corte Edu. In particolare, la sentenza Godelli della Corte Edu censura la rigidità del sistema italiano in violazione del diritto all'identità e allo sviluppo personale del figlio, come tutelato dall'art. 8 della Cedu<sup>69</sup>. Le sue argomentazioni vengono richiamate dalla Corte costituzionale che, tuttavia, procede a costruire le motivazioni della propria pronuncia in maniera sostanzialmente autonoma<sup>70</sup>.

Il ragionamento della Corte impernia la violazione dei parametri costituzionali riportati – art. 2 e art. 3 – sul *vulnus* derivante dalla «irreversibilità del segreto» da cui discende sostanzialmente l'eccessiva rigidità della normativa in oggetto<sup>71</sup>.

Al fine di superare la rigida contrapposizione tra i due interessi che possono confliggere, la Corte fa riferimento alla distinzione fra «genitorialità giuridica» e «genitorialità naturale» che incide, in particolare, sulla speciale relazione che sussiste fra madre e figlio fin dal momento del concepimento. In definitiva, la scelta per l'anonimato risulta impattare inevitabilmente sulla «genitorialità giuridica» ma non è ragionevole che sia irreversibilmente preclusiva della «genitorialità naturale». Il Giudice costituzionale, quindi, pone l'accento sulla dinamicità e mutevolezza delle relazioni che permettono di prendere in considerazione il bilanciamento del diritto del figlio di conoscere le proprie origini con il diritto della madre all'anonimato. L'aspetto relazionale, quello della «genitorialità naturale» come rapporto fra madre e figlio, che costituisce il presupposto di fatto per lo sviluppo di una possibile relazione fra loro, assurge a criterio decisivo della pronuncia là dove la Corte afferma che non può essere introdotto nell'ordinamento un divieto destinato a precludere in maniera assoluta e radicale qualsiasi possibilità di reciproca relazione fra madre e figlio con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 della Costituzione<sup>72</sup>.

---

Occorre menzionare il fatto che, nonostante il legislatore non abbia ancora introdotto una disciplina procedimentale attuativa dei principi stabiliti nella sentenza n. 278 dalla Corte costituzionale, le Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n. 1946 del 25 gennaio 2017 hanno confermato la ammissibilità da parte del giudice di una richiesta del figlio di interpellare la madre naturale ai fini di una eventuale revoca della dichiarazione di voler restare anonima resa al momento del parto.

<sup>69</sup> Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Godelli c. Italia*, del 25 settembre 2012.

<sup>70</sup> La Corte costituzionale evidenzia che la sentenza Godelli invita a riflettere sul «profilo diacronico della tutela assicurata al diritto all'anonimato della madre», cfr. paragrafo 5 del Considerato in diritto della sentenza n. 278. Cfr. E. FRATONI, *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; V. DE SANTIS, *Il diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna, adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3, 2018, 6 ss.

<sup>71</sup> L'irreversibilità della scelta dell'anonimato appare determinare una espropriazione del titolare del diritto a qualsiasi successiva opzione ossia una «cristallizzazione» o «immobilizzazione» delle modalità di esercizio del diritto che non è più nella disponibilità del suo titolare. Cfr. paragrafo 5 del Considerato in diritto della sentenza n. 278.

<sup>72</sup> Si veda il paragrafo 5 del Considerato in diritto della sentenza n. 278.

#### 4.3 La tutela della genitorialità e dei diritti del concepito al tempo del biodiritto: verso una nuova accezione del principio di *ragionevolezza*?

In materia di procreazione medicalmente assistita la Consulta opera un bilanciamento fra gli interessi in gioco attraverso un riferimento ai delicati equilibri esistenti sia sul piano della coerenza normativa interna alla legge n. 40 del 2004 che sul piano della coerenza ordinamentale delle norme impugnate. Le figure giurisprudenziali, di seguito descritte, evidenziano, a tratti, l'approssimarsi alla soglia costituzionale di una materia complessa e magmatica che richiede un bilanciamento flessibile e aderente alle esigenze che nella realtà si presentano, ma rispetto alle quali non sempre è possibile fare emergere con linearità un univoco percorso argomentativo e valoriale di riferimento.

Nella sentenza n. 162 del 2014 la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", nella parte in cui stabiliva il divieto alle coppie affette da patologie irreversibili di sterilità di potere accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo<sup>73</sup>.

Il divieto oggetto di censura appare contrastante con la finalità dichiarata della stessa legge n. 40 del 2004<sup>74</sup> e caratterizzato da una assolutezza che viola il canone della ragionevolezza costituzionale<sup>75</sup>. In materia biogiuridica, considerato l'elevato gradiente di eticità delle tematiche, viene evidenziata in molteplici paragrafi della sentenza in parola la necessità di una disciplina possibilmente flessibile e "mite" degli interessi in gioco<sup>76</sup>.

Il Giudice costituzionale interviene qui "su temi eticamente sensibili" suscettibili di incidere ambiti fortemente caratterizzati da discrezionalità politica e lo fa ricorrendo alla tecnica di valutazione della ragionevolezza delle legge<sup>77</sup>, non declinata solo come ragionevolezza scientifica<sup>78</sup>, ma piuttosto, sul piano dei diritti fondamentali – quali il diritto alla salute e il diritto di autodeterminazione della coppia genitoriale – articolata nell'ottica della tutela costituzionale di quella *comunità fondamentale* che è rappresentata dalla famiglia.

<sup>73</sup> Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3, 2015; M. P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 1, 2018.

<sup>74</sup> L'art. 1 della legge n. 40 stabilisce che «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

<sup>75</sup> A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta online*, 2014; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 17 giugno 2014; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 3 luglio 2014.

<sup>76</sup> Si veda C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, cit.

<sup>77</sup> La Corte nella sentenza n. 45 del 2005, in cui decide sull'ammissibilità di un quesito referendario abrogativo della legge n. 40, la qualifica come la prima legge organica in materia e, in quanto tale, come legge costituzionalmente necessaria.

<sup>78</sup> I riferimenti ai dati scientifici e biomedici contenuti nella sentenza rilevano ai fini della valutazione dell'illegittimità della norma censurata rispetto al parametro costituzionale del diritto alla salute della donna e riguardano la nozione dinamica di diritto alla salute, l'inquadramento della nozione di patologia (paragrafo 7 della parte motiva della sentenza) e la qualificazione della tecnica della procreazione assistita di tipo eterologo che sulla base delle risultanze scientifiche non comporterebbe rischi per la salute della donna (paragrafo 9 della parte motiva della sentenza).

La Corte insiste sul carattere irragionevole dell'assolutezza del divieto censurato<sup>79</sup> «poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*»<sup>80</sup> individuata alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1). L'irragionevolezza della opzione legislativa sta dunque nell'aver posto un divieto assoluto che non trova giustificazione nemmeno nell'esigenza di «garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame»<sup>81</sup>.

Il divieto viene dichiarato dal Giudice costituzionale caratterizzato fortemente da irragionevolezza, oltre che per la sua assolutezza, anche per l'effetto di disparità che determina sotto un duplice profilo: fra le coppie assolutamente sterili e quelle affette da patologie riproduttive meno gravi, superabili attraverso la procreazione medicalmente assistita di tipo omologo, e fra le coppie che non hanno i mezzi economici e quelle che possiedono i mezzi economici per recarsi all'estero e accedere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo<sup>82</sup>.

#### 4.4 La procreazione medicalmente assistita fra “coerenze ordinamentali” e tutela costituzionale dell’embrione

Come messo in evidenza, le nuove modalità procreative rese possibili dallo sviluppo delle biotecnologie hanno sollevato una serie di problematiche, prima inesistenti, attinenti a rilevanti profili bioetici e biogiuridici.

In questo ambito la Corte assume importanti decisioni – contenute nelle sentenze n. 96 del 2015, n. 229 del 2015 e n. 84 del 2016 – che hanno determinato incisive modifiche sulla stessa “sostanza” della legge n. 40 del 2004.

La sentenza n. 96 del 2015 dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, ri-

<sup>79</sup> L'argomentazione del giudice costituzionale insiste non sul divieto in sé ma sulla sua assolutezza. La sentenza richiama concetti – quali quello di «vita privata e familiare» o «di scelta di diventare genitori» che risuonano le motivazioni della Corte Edu nel caso *S. H. e altri c. Austria*. Occorre specificare che i parametri su cui viene fondata la decisione del Giudice delle leggi sono gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione. Non vi è quindi il parametro dell'art. 117, primo comma, concernente la violazione indiretta delle norme contenute nella Cedu. Nel caso *S.H. c. Austria* la Corte Edu aveva dichiarato la compatibilità, all'interno del margine di apprezzamento statale, della legislazione austriaca con l'art. 8 della Cedu, pur se limitativa dell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in quanto essa prevedeva delle eccezioni al divieto generale. Occorre ricordare, infine, che il Giudice costituzionale aveva, con l'ordinanza n. 150/2012, proceduto a restituire gli atti ai giudici *a quibus* (Tribunali ordinari di Milano, Firenze e Catania) in seguito alla pronuncia della Grande Chambre nel caso *S.H. e altri c. Austria*, chiedendogli di valutare la perdurante attualità delle questioni sollevate alla luce della sopravveniente sentenza pronunciata dalla Corte Edu il 3 novembre 2011. I giudici *a quibus*, dopo avere effettuato le valutazioni richieste dalla Corte costituzionale, ripropongono il quesito.

<sup>80</sup> Si veda il paragrafo 13 del Considerato in diritto della sentenza n. 162.

<sup>81</sup> Si veda il paragrafo 6 del Considerato in diritto della sentenza n. 162. L'assolutezza del divieto non risulta essere, infatti, nemmeno giustificata dalle esigenze di tutela del nascituro, le quali, in virtù delle previsioni costituzionali, sono ritenute dalla Corte congruamente garantite.

<sup>82</sup> Si veda il paragrafo 13 del Considerato in diritto della sentenza n. 162.

spondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico (art. 6, lett. b, l. n. 194/1978), accertate da apposite strutture pubbliche<sup>83</sup>.

La Corte richiama la sentenza n. 162 del 2014<sup>84</sup> e il caso Costa e Pavan deciso davanti alla Corte Edu<sup>85</sup>. In primo luogo, la Corte ribadisce che l'assolutezza della esclusione prevista dalla norma censurata la pone in contrasto con i parametri costituzionali<sup>86</sup>. Per quanto riguarda il primo parametro – art. 3 della Costituzione – afferma «l'insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto» per le coppie affette da malattie geneticamente trasmissibili di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, con possibilità di procedere anche a «diagnosi pre-impianto». L'irragionevolezza, conformemente al percorso argomentativo proposto dalla Corte Edu nel caso *Costa e Pavan contro Italia*, risiede nella «palese antinomia normativa» con quanto previsto dalla legge n. 194/1978, la quale consente alle coppie «l'interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali» al fine di «perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici»<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Cfr. si veda S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge n. 40*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, 755 ss.; R. POMIATO, *Diagnosi pre-impianto e tutela dell'embrione: un equilibrio ancora precario*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2016, 219-247; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi pre-impianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015; Cfr. B. BRANCATI, *Il complesso rapporto tra il giudice costituzionale e il dibattito extra-giuridico, in relazione al problema della ricerca scientifica sugli embrioni*, in *Consulta online*, 2, 2016.

<sup>84</sup> Cfr. paragrafo 9 del Considerato in diritto della sentenza n. 96.

<sup>85</sup> Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Costa e Pavan c. Italia*, del 28 agosto 2012 (consultabile al link: <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-Europea-dei-Diritti-dell-Uomo-Costa-e-Pavan-c.-Italia-accesso-alla-DGP-e-malattie-genetiche>). La sentenza della Corte Edu aveva ritenuto esistente una violazione dell'art. 8 della Cedu in quanto l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata e familiare era stata ritenuta sproporzionata. La Corte Edu aveva rilevato l'incoerenza di sistema dell'ordinamento giuridico italiano, in materia di diagnosi pre-impianto, derivante dal concorrente operare della legge n. 40 del 2004, che vietava la selezione degli embrioni da impiantare, e dalla legge 194 del 1978 che autorizzava l'interruzione di gravidanza nel caso in cui il feto fosse affetto da patologia che i ricorrenti volevano scongiurare (i ricorrenti erano affetti da fibrosi cistica). La decisione costituzionale, nonostante dimostri una concordanza sostanziale sul piano delle argomentazioni con la sentenza della Corte Edu, dichiara la incostituzionalità delle norme censurate solo per la violazione degli art. 3 e 32 Cost. ritenendo assorbiti gli ulteriori profili di incostituzionalità dedotti, in particolare, anche quello che si fondava sull'art. 117, primo comma, Cost.

In argomento si veda C. NARDOCCI, *Dalla Convezione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016.

<sup>86</sup> La pronuncia costituzionale si fonda su una valutazione di irragionevolezza del divieto che determina un trattamento diseguale di situazioni simili, ossia fra le coppie fertili che sono affette da gravi patologie ereditarie che possono perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla patologia ereditaria attraverso la modalità dell'interruzione di gravidanza quando nelle normali indagini prenatali emergano anomalie o malformazioni del nascituro. Sotto questo profilo la norma censurata è incostituzionale per contrasto con l'art. 3 e 32 della Costituzione in quanto la normativa non consente la massima tutela della salute della donna, che può essere sottoposta a reiterati aborti nella prospettiva di procreare un figlio sano, e della salute del feto, che comunque sarebbe esposto a interruzione di gravidanza.

<sup>87</sup> Nel nostro ordinamento vige una regolamentazione dell'interruzione di gravidanza, come quella di cui alla l. n. 194 del 1978, che consente l'accesso ad una diagnosi e selezione pre-impianto utili a prevenire la trasmissione al nascituro di una serie di malattie. Tali malattie, accertate durante la gravidanza con diagnosi prenatale, consentirebbero comunque il ricorso all'aborto cd. terapeutico, cioè ad una pratica invasiva per la salute della donna e, comunque, implicante la soppressione del concepito.

Per quanto riguarda il profilo di tutela del diritto alla salute della donna e del feto, l'approccio irragionevole del legislatore nella legge n. 40, che «non consente di far acquisire "prima" alla donna, mediante la diagnosi pre-impianto, una informazione che le permetterebbe di assumere "dopo" una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute», comporta anche la violazione del diritto alla salute della donna fertile portatrice di grave malattia genetica ereditaria: la compressione di tale diritto, inoltre, non trova – secondo la Corte – «un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto».

Il Giudice costituzionale sembra percorrere in questa pronuncia la strada della irragionevolezza del divieto declinata sul piano della coerenza "orizzontale" della disciplina come "razionalità dell'ordinamento" e della – ancorché non dichiarata – "coerenza verticale" rispetto a quanto emerge in sede Edu sul «diritto al rispetto della vita familiare».

Infine, la Consulta introduce uno specifico monito "rinforzato" in materia, poiché non utilizza la formula tradizionale di rinvio al legislatore che garantisca un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco, ma fa un esplicito riferimento ai contenuti che l'intervento del legislatore dovrebbe assicurare sia dal punto di vista sostanziale che procedurale<sup>88</sup>.

Nella medesima prospettiva della pronuncia n. 96, si colloca la sentenza n. 229 del 2015 che provvede ad attribuire ancor più chiara legittimazione alla selezione per il trasferimento in utero dei soli embrioni sani, con esclusione, dunque, di quelli gravemente malati, purché quella selezione non comporti la soppressione del concepito affetto da anomalie genetiche<sup>89</sup>. La norma incriminatrice che sanziona la condotta di «soppressione di embrioni» contenuta nell'art. 14, commi 1 e 6, della legge n. 40 del 2004, invece, supera il vaglio della Giudice delle leggi.

Nella sentenza n. 229 del 2015 viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4 della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978 e accertate da apposite strutture pubbliche. Una volta circostanziato l'obiettivo della dichiarazione di incostituzionalità – che è quello di evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni, che dalla diagnosi pre-impianto, siano risultati affetti da malattie genetiche trasmissibili, alla stregua del «criterio normativo di gravità» – ed esorcizzato il rischio di «selezione a scopo eugenetico» - che la norma censurata si suppone intendesse evitare – la Corte ritiene che debba essere garantita all'embrione sul piano costituzionale la più ampia tutela possibile.

<sup>88</sup> La Corte rinvia alla discrezionalità delle scelte del legislatore la previsione di disposizioni al fine della individuazione, sulla base della evoluzione tecnica scientifica, delle patologie che possono giustificare l'accesso alla procreazione medicalmente assistita di coppie fertili, delle correlate procedure di accertamento, delle forme di vigilanza e controllo delle strutture abilitate a effettuare le prestazioni.

<sup>89</sup> La declaratoria di incostituzionalità contenuta nella sentenza n. 229 è logicamente consequenziale alla dichiarazione di incostituzionalità contenuta nella decisione n. 96 e riguardante l'esclusione delle coppie fertili affette da malattie genetiche trasmissibili dall'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Cfr. I. PELLIZZONE, *Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e della soppressione degli embrioni malati*, in *Studium iuris*, 7-8, 2016, 826-834; C. IAGNEMMA, *Diagnosi genetica pre-impianto: problemi aperti in rapporto alla sentenza della Corte costituzionale n. 229/2015*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1, 2016, 322-338.

Si tratta qui di una preliminare definizione di quello che potrebbe essere considerato uno “statuto” costituzionale della dignità dell’embrione.

Come visto, con la sentenza n. 151 del 2009 la Corte aveva già riconosciuto il fondamento costituzionale della tutela dell’embrione, riconducibile al precetto generale dell’art. 2 Cost., e aveva ritenuto tale tutela suscettibile di “affievolimento” – similmente rispetto alla tutela del concepito delineata nella sentenza n. 27 del 1975 – ma solo in caso di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale, come il diritto alla salute della donna gestante<sup>90</sup>.

Nella sentenza n. 229 la tutela della dignità dell’embrione – caduto anche il divieto alla diagnosi pre-impianto con la sentenza n. 96 – è amplissima in quanto la Corte non ravvisa anche per quanto riguarda l’embrione affetto da patologia un interesse antagonista tale da determinare un affievolimento della tutela.

In riferimento a embrioni che risultano, all’esito di diagnosi pre-impianto, affetti da grave malattia genetica, la Corte costituzionale afferma la più ampia tutela dell’embrione, la cui malformazione non ne giustifica un trattamento deteriore rispetto agli embrioni sani cd. soprannumerari<sup>91</sup>.

In questo quadro, si profila l’esigenza di una tutela della dignità dell’embrione alla quale, la Corte lo ribadisce, allo stato delle acquisizioni scientifiche e normative, non può essere data altra risposta che quella della crioconservazione. Sulla scorta della sentenza n. 151, la Corte afferma chiaramente che «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»<sup>92</sup>.

Considerato che la prospettabilità del bilanciamento con altri interessi di pari rango è lasciata dalla Corte come una possibilità aperta, è d’uopo pensare che la chiusura del cerchio in materia dovrebbe ragionevolmente avvenire attraverso una definizione legislativa di questo statuto costituzionale dell’embrione che, necessariamente, tenga anche in considerazione l’esigenza di un bilanciamento normativo fra tutela dell’embrione e tutela della ricerca e sperimentazione scientifica, evidenziata dalla successiva sentenza n. 84 del 2016.

Nella sentenza n. 84 del 2016 la Corte affronta la questione di legittimità costituzionale del “divieto assoluto”, previsto dall’art. 13 della legge n. 40 del 2004, «di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull’embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso», per sospetto contrasto con gli artt. 9, 32 e 33, primo comma, della Costituzione<sup>93</sup>. Una seconda questione riguarda l’irrevocabilità del consenso alla procreazione medicalmente assistita dopo la fecondazione dell’ovulo contenuto nell’art. 6,

<sup>90</sup> S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in *Forum di quaderni Costituzionali*, 19 settembre 2009 ; G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 20 maggio 2009.

<sup>91</sup> Si tratta degli embrioni crioconservati che sono non impiantabili perché malati o residuali a seguito di diagnosi pre-impianto. Cfr. R. CRISTIANO, *Gli embrioni soprannumerari: tutela e sperimentazione*, in *Rivista AIC*, 2018; I. RAVERA, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione sugli embrioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 2017, 310-315.

<sup>92</sup> Si veda il paragrafo 3 del Considerato in diritto della sentenza n. 229, nostro il corsivo

<sup>93</sup> Sulla pronuncia si veda C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016; M. P. IADICICCO, *La “scelta tragica” sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016.

comma 3, della legge n. 40 del 2004. Questa questione viene dichiarata inammissibile per mancanza di rilevanza nel giudizio *a quo* considerato che la ricorrente, dopo avere, in un primo momento, dichiarato di non volersi sottoporre all'impianto in utero dell'unico embrione (tra i dieci prodotti) sicuramente non affetto da patologie, ha poi comunque accettato di portare a termine – sia pur con esito non positivo – il trattamento di procreazione medicalmente assistita.

Appaiono subito evidenti le forti implicazioni bioetiche che la prima questione di legittimità costituzionale pone in relazione ai cd. embrioni soprannumerari<sup>94</sup>.

Il quesito, infatti, riguarda il conflitto, «gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto»<sup>95</sup>.

Tale conflitto di tipo bioetico oltre che biogiuridico è determinato da una profonda divisione negli approcci tenuti da giuristi, scienziati e dalla stessa società civile su alcune problematiche, relative ai rapporti fra promozione della ricerca e tutela dell'embrione, per le quali pare non sia possibile rintracciare un consenso che possieda ancora quei caratteri di generalità e inclusività delle diverse posizioni attorno a un nucleo minimo e indefettibile.

Il Giudice costituzionale elabora una articolata argomentazione nella quale richiama la sentenza Parrillo e le ragioni addotte dalla Corte Edu<sup>96</sup> ed enuclea in maniera dettagliata gli argomenti che farebbero propendere, all'interno del bilanciamento, a favore della ricerca scientifica sugli embrioni<sup>97</sup> e quelli che farebbero propendere per la tutela dell'embrione<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> L'esistenza degli embrioni soprannumerari, di cui nella sentenza n. 84 si tratta, emerge solo a partire dalla sentenza n. 151 del 2009 che prevede la possibilità della produzione degli embrioni necessari alle esigenze del singolo intervento di procreazione medicalmente assistita e la caducazione del divieto assoluto della crioconservazione. Il destino di tali embrioni è quello di rimanere crioconservati fino al deperimento, considerando il contenuto della sentenza n. 229 del 2015 che mantiene in vita il divieto della loro soppressione.

<sup>95</sup> Si veda il paragrafo 8.1 del Considerato in diritto della sentenza n. 84.

<sup>96</sup> Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015. Nel caso *Parrillo c. Italia* la Corte Edu si trova ad affrontare il problema della ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni. La Grande Camera, nella decisione citata, riconosce in materia un ampio margine di apprezzamento in capo al legislatore nazionale poichè la questione della donazione degli embrioni non destinati a impianto solleva chiaramente delicate questioni morali ed etiche e i documenti di diritto comparato disponibili non fanno emergere un vasto consenso europeo in materia.

<sup>97</sup> Nel paragrafo 10.1 del Considerato in diritto della sentenza n. 84 la Corte elenca gli argomenti a favore della ricerca sugli embrioni specificando «che, a fronte dell'inevitabile estinzione cui vanno incontro gli embrioni non impiantabili (esistenze "in nuce" destinate all'ibernazione indefinita, prive di una reale possibilità di venire al mondo), il bilanciamento dovrebbe più ragionevolmente operarsi a favore della destinazione di tali embrioni agli scopi di una ricerca scientifica suscettibile di salvare la vita di milioni di esseri umani; che una tale destinazione manifesti, nella situazione sopra descritta, un rispetto per la vita umana ben superiore al mero "lasciar perire", dando un senso socialmente utile alla futura e inevitabile distruzione dell'embrione; che l'auspicata cedevolezza dei diritti dell'embrione rispetto alle esigenze della scienza inquadrebbe la vicenda degli embrioni soprannumerari, non destinati all'impianto, in una prospettiva umanitaria e solidaristica, riconducibile all'area di operatività del precetto dell'art. 2 Cost.».

<sup>98</sup> Nel paragrafo 10.2 del Considerato in diritto della sentenza n. 84 la Corte elenca gli argomenti a favore della tutela degli embrioni rispetto alla ricerca scientifica chiarendo «che l'utilizzo e la manipolazione dell'embrione umano, come oggetto di ricerca, implicherebbe la sua distruzione in evidente contrasto con l'idea che esso possa essere considerato come un soggetto che ha fin dall'inizio la dignità di persona; che, già solo in ossequio

La tecnica impiegata dalla Corte è quella di indicare le due posizioni bioetiche principali – analogamente a quanto fatto dalla Corte di Strasburgo nella sentenza Parrillo – che potrebbero contribuire a modellare la materia, le possibili indicazioni emergenti rispetto alle problematiche derivante dalla “scelta tragica” fra rispetto della vita e le esigenze della ricerca scientifica e rinviare alla discrezionalità del legislatore «quale interprete della volontà della collettività» chiamato a fare emergere sul piano normativo il complesso bilanciamento esistente sul piano assiologico, tenendo in considerazione orientamenti e esigenze provenienti dalla coscienza sociale.

L’inammissibilità della questione in questo caso riposa sostanzialmente sul *self restraint* esercitato dalla Corte, all’interno di una materia caratterizzata dall’elevata problematicità e frammentarietà, derivante anche da una serie di interventi demolitori che la Consulta stessa ha operato sulle rigidità, nella forma di sanzioni penali e divieti assoluti della legge n. 40 del 2004, evidenziate nella precedente giurisprudenza costituzionale<sup>99</sup>.

### 5. “Relazionalità istituzionale”: il ruolo costituzionalmente insostituibile del Parlamento e le decisioni sulla fine della vita

Giungiamo così a quello che può essere considerato – provvisoriamente...– l’ultimo atto di questa multiforme, ma ultimamente convergente giurisprudenza della Corte in materia di biodiritto.

Ci riferiamo alla recentissima sentenza n. 242 del 2019 (anticipata dalla “rivoluzionaria” ordinanza n. 207 del 2018); decisioni che evidenziano una significativa intensificazione della dimensione della “relazionale istituzionale” nella giurisprudenza costituzionale. Tutte le questioni analizzate sino a qui, in-

---

ad un “principio di precauzione”, a fronte della possibilità che l’embrione sia ben più che mero materiale biologico, lo scienziato dovrebbe decidere non già di “non fare”, ma di “fare altro”; che esisterebbero infatti, percorsi alternativi, come quelli, ad esempio, che orientano la ricerca in direzione di una tecnica di regressione delle cellule somatiche adulte fino ad uno stadio prossimo a quello embrionale, o comunque dell’utilizzo di cellule staminali umane; che sarebbe, comunque, giuridicamente inaccettabile la pretesa dei genitori di considerarsi “proprietari” degli embrioni che abbiano generato come se questi fossero mero materiale biologico e non loro figli, e che si dona (a fini di ricerca scientifica) “qualcosa”, ma non si dona “qualcuno”, sia pure allo stato embrionale; che, inoltre, la sperimentazione si basa necessariamente sul consenso informato del paziente e, quindi, quella sull’embrione sarebbe illecita, dato che questi, qualora sia considerato persona, non può prendere una decisione su ciò che lo concerne, tanto meno quando questa implichi la sua estinzione; che, comunque, seppur la crioconservazione non è misura sufficiente a preservare gli embrioni dalla loro naturale estinzione, il rispetto dovuto alla vita (ancorché solo “in nuce”) non dovrebbe consentire di equiparare l’ “uccidere” al “lasciar morire”».

<sup>99</sup> In questo senso, nella consapevolezza della necessità di un intervento del legislatore che apra una discussione il più possibile pubblica e pluralistica sui temi emersi e, che sulla base del dibattito pubblico e scientifico sviluppatosi, riconduca a unità e organicità la normativa in materia, la Consulta afferma che «unicamente al legislatore, infatti, compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle evidenze scientifiche e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l’altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente non biopsabili; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il sacrificio dell’embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la commercializzazione degli embrioni residui». Si veda il paragrafo 11 del Considerato in diritto della sentenza n. 84, nostro il corsivo.

fatti, hanno presentato in maniera evidente una serie di implicazioni di tipo bioetico e biogiuridico, determinando, in alcuni casi, interventi incisivi, ad esempio, sulla sostanza della stessa legge n. 40, e, in altri, l'esigenza di rinviare al legislatore per una compiuta disciplina della materia<sup>100</sup>. Tuttavia, mentre le precedenti sentenze della Corte in materia biogiuridica, pur presentando gradualità di novità nell'impiego di tecniche decisorie e principi costituzionali, si inseriscono in un solco tracciato e riconoscibile della giustizia costituzionale, nelle pronunce – ordinanza n. 107 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019 – ci pare che gli aspetti “evolutivi” siano qualitativamente maggiori rispetto a quelli di continuità.

### 5.1 Le scelte sulla fine della vita e il caso “Cappato”

L'enfasi progressivamente accordata dalla Corte al registro distintivo della *relazionalità*<sup>101</sup>, declinata anche nella ricerca da parte della Corte costituzionale della leale collaborazione istituzionale<sup>102</sup> e del dialogo fra le Corti in materia biogiuridica, è ben rintracciabile sin dall'ordinanza n. 207 del 2018 che ha anticipato la sentenza n. 242 del 2019<sup>103</sup>.

Nell'ordinanza la Corte “inventa” una tecnica decisoria, inedita per il nostro ordinamento<sup>104</sup> con la quale disponeva, in vista di una pronuncia di “incostituzionalità prospettata”, il rinvio della trattazione della causa all'udienza pubblica del 24 settembre 2019, termine entro cui veniva richiesto l'intervento del legislatore al quale, contestualmente, veniva inviata una sollecitazione motivata e circostanziata a disciplinare la materia, indicandone anche l'oggetto individuato, significativamente, nella disciplina del fine vita<sup>105</sup>.

<sup>100</sup> Si pensi al monito “rinforzato” contenuto nelle sentenze n. 96 del 2015 e n. 84 del 2016, su cui si veda *supra*. Occorre ricordare che l'ordinanza n. 334 del 2008, pronunciata nell'ambito del caso Englaro, sul conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato sollevato dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica nei confronti della Corte di cassazione e della Corte di appello di Milano, afferma significativamente che «la vicenda processuale che ha originato il presente giudizio non appare ancora esaurita, e che, d'altra parte, il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti».

<sup>101</sup> Sul punto si veda V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *op. cit.*

<sup>102</sup> Si veda M. PICCHI, “Leale e dialettica collaborazione” fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2018.

<sup>103</sup> In materia di fine vita occorre citare anche la sentenza n. 144 del 2019 che ha dichiarato l'infondatezza delle questioni di costituzionalità concernenti l'art. 3, commi 4 e 5, della legge n. 219 del 2017 su consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento.

<sup>104</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207/2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, 3, 2018; U. ADAMO, *La Corte è “attendista”... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale» (ord. n. 207/2018)*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 23 novembre 2018; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 1 dicembre 2018; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018.

<sup>105</sup> Si veda E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2019; C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2019.

La questione di costituzionalità riguardava l'art. 580 del codice penale sotto due distinti profili. Il primo concerneva l'ambito applicativo della disposizione che incriminava anche le condotte di aiuto al suicidio che non avessero contribuito a determinare o a rafforzare il proposito della vittima, mentre il secondo profilo riguardava il fatto che il trattamento sanzionatorio prevedeva la stessa pena per condotte aventi un peso differente sul proposito di porre fine alla propria vita.

La Corte costituzionale richiama due decisioni straniere, una della Corte suprema canadese e una della Corte suprema inglese in materia di assistenza al suicidio,<sup>106</sup> e esercita il proprio *self restraint* «in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale». Conclude che «l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale».

L'invito al legislatore, che verrà ribadito anche nella successiva sentenza n. 242 del 2019<sup>107</sup>, risultava, sottoposto a una serie di condizioni sia di ordine temporale che di tipo sostanziale<sup>108</sup>.

Trascorsi, quindi, gli undici mesi previsti dalla Corte per un eventuale intervento del legislatore, è scattato il meccanismo della doppia pronuncia, prefigurato nell'ordinanza e, dunque, la Corte ha affermato di non potere «ulteriormente esimersi dal pronunciar[si] sul merito delle questioni, in guida di rimuovere il *vulnus* costituzionale già riscontrato».

Con la sentenza n. 242 del 2019 la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 (“Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”), «agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state

<sup>106</sup> Significativo l'uso della giurisprudenza straniera su questo punto. La Corte costituzionale menziona i seguenti casi: Corte Suprema del Canada, sentenza 6 febbraio 2015, *Carter contro Canada*; Corte Suprema del Regno Unito, sentenza 25 giugno 2014, *Nicklinson e altri*.

<sup>107</sup> Si veda il paragrafo 9 del Considerato in diritto della sentenza n. 242.

<sup>108</sup> Il requisito di ordine temporale riguardava il termine entro cui l'intervento del legislatore doveva aver luogo, ossia almeno prima dell'udienza del 24 settembre 2019 cui era rinviata la trattazione della causa. I requisiti di ordine sostanziale attenevano alla previsione delle modalità di verifica medica della esistenza dei presupposti sulla base dei quali una persona può richiedere l'aiuto al suicidio, alla disciplina del procedimento di medicalizzazione dell'aiuto al suicidio, alla previsione dell'erogazione del trattamento in una struttura del servizio pubblica del servizio sanitario nazionale, all'introduzione della possibilità dell'obiezione di coscienza da parte del medico richiesto, all'individuazione della sede corretta dell'intervento legislativo nella legge n. 219 del 2017 piuttosto che nel codice penale, all'esigenza di porre in essere politiche adeguate rispetto alla possibilità concreta di accedere alle cure palliative la cui importanza è richiamata dall'art. 2 della legge n. 219/2017. Si veda il paragrafo 10 del Considerato in diritto dell'ordinanza n. 207.

verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»<sup>109</sup>.

La Consulta riprende sostanzialmente tutti gli argomenti adottati nella ordinanza n. 207<sup>110</sup> e introduce nella sentenza n. 242 alcuni elementi distintivi rispetto alla precedente decisione assunta. Innanzitutto, la Consulta elimina il richiamo alla dimensione soggettiva della dignità nella fase del fine vita<sup>111</sup>, estrapolando dal testo della motivazione della sentenza espressioni peculiari inerenti «la propria vi-

<sup>109</sup> Occorre evidenziare che un aspetto rilevante di flessibilizzazione degli effetti della decisione riguarda la scansione temporale del contenuto della sentenza. I requisiti indicati dalla Corte quali condizioni di non punibilità dell'aiuto al suicidio riguardano fatti successivi alla pubblicazione della sentenza. In attesa dell'intervento del legislatore, le condizioni procedurali previste non possono essere richieste rispetto a fatti anteriormente accaduti, come quello oggetto del giudizio *a quo*, che precede anche l'entrata in vigore della legge n. 219 del 2017. Rispetto ai fatti pregressi la Corte applica il principio di equivalenza per il quale la non punibilità del fatto viene subordinata al soddisfacimento del presupposto che l'aiuto al suicidio sia stato prestato con modalità anche diverse da quelle richieste ma idonee a offrire garanzie comunque sostanzialmente equivalenti. La Corte richiede, pertanto, che rispetto ai fatti pregressi il giudice verifichi in concreto le seguenti condizioni: l'irreversibilità della patologia e la grave sofferenza fisica o psicologica; che la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e capacità di prendere decisioni libere e consapevoli sia stato oggetto di verifica da parte di un medico; che la volontà dell'interessato sia stata manifestata in modo chiaro e univoco, compatibilmente alle sue condizioni; che il paziente sia stato adeguatamente informato in ordine alle sue condizioni, alle possibili soluzioni alternative, anche rispetto alle terapie palliative, e alla sedazione profonda continua. Si veda su questo il paragrafo 7 del Considerato in diritto della sentenza n. 242.

<sup>110</sup> All'interno di una ampia argomentazione nella quale impiega argomenti di diritto comparato e fa riferimento alla giurisprudenza della Corte Edu sul diritto alla vita (sentenza del 29 aprile 2002, *Pretty contro Regno Unito*; sentenza del 20 gennaio 2011, *Haas contro Svizzera*; sentenza del 19 luglio 2012, *Koch contro Germania*), il Giudice delle leggi, nell'ordinanza n. 207, rileva la lacuna legislativa esistente che non consente al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente – che versa nelle condizioni di irreversibilità della malattia, intollerabilità delle sofferenze fisiche e psichiche, dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, capacità di assumere decisioni libere e consapevoli – trattamenti diretti a determinarne la morte (si veda il paragrafo 8 del Considerato in diritto dell'ordinanza n. 207). La Corte, inoltre, fa riferimento, nella prospettiva della coerenza interna dell'ordinamento, alle disposizioni della legge n. 219 del 2017 in materia di diritto di rifiutare o interrompere trattamenti sanitari anche di sostegno vitale e alla legge n. 38 del 2010 sulle cure palliative e terapie del dolore la cui necessità, in caso di sospensione dei trattamenti, viene richiamata anche dall'art. 2 della legge 219 del 2017. Il paziente, che può fare ricorso solo a interruzione e sospensione delle terapie e a cure palliative, si può trovare a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione soggettiva e personale della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care. Infine, la Consulta conferma che la norma incriminatrice prevista dall'art. 580 c.p. è conforme a Costituzione perché persegue la finalità di tutelare il soggetto debole e vulnerabile da decisioni che potrebbero essere non profondamente ponderate. Dal diritto alla vita tutelato dall'art. 2 della Costituzione e 8 della Cedu, la Consulta specifica, non può, infatti, essere fatta derivare, sulla base di un generico diritto all'autodeterminazione, una generalizzata libertà di scegliere come e quando porre fine alla propria esistenza. Su questo la Corte richiama anche il caso *Pretty c. Regno Unito* (sentenza della Corte Edu del 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*). Il Giudice delle leggi ricorda che la Corte Edu aveva anche specificato l'esistenza in materia di un ampio margine di apprezzamento all'interno del quale gli Stati possono prevedere misure limitative volte a tutelare le persone più deboli e vulnerabili.

<sup>111</sup> Si veda C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 579 ss.

sione della dignità del morire» e il divieto assoluto di aiuto al suicidio come «lesione del principio di dignità umana»<sup>112</sup>.

Sul piano sostanziale, alla omissione relativa alla “dignità del morire”, si accompagna anche l’eliminazione di qualsiasi riferimento<sup>113</sup>, seppur operato anche solo in senso negativo, all’esistenza di una situazione giuridica soggettiva attribuibile al malato terminale. Si può affermare che in materia di fine vita la Corte dichiara l’impossibilità di parlare tecnicamente di “diritto” – parola che scompare dalla sentenza n. 242 – facendo menzione, più limitatamente, del riconoscimento di una *libertà*<sup>114</sup>, quale condensato del principio di autodeterminazione, valorizzato prima sul piano giurisprudenziale<sup>115</sup> e poi sul piano legislativo con la legge n. 219. Sostanzialmente, la Corte chiarisce che non può essere enucleata una titolarità, a beneficio del malato, di un diritto ad essere aiutato a suicidarsi con la previsione di tutti i corrispondenti doveri a carico di coloro che ricoprono “posizioni di garanzia”. Estremamente significativa la scelta di ribadire la rilevanza in questa materia della legge n. 219 del 2017<sup>116</sup> e non tanto della norma prevista dall’art. 580 del codice penale, sul quale pur s’incentra la *quaestio*.

La legge n. 219, infatti, è un tipico esempio di una legge “flessibile”, composta prevalentemente da principi generali posti a presidio di materie delicate dal punto di vista biogiuridico, caratterizzata dal richiamo delle norme di deontologia professionale e delle «buone pratiche cliniche-assistenziali», e priva, se così si può dire, delle rigidità della legge n. 40 del 2004 che hanno determinato i numerosi interventi della Corte costituzionale.

Entrando nel merito, la Corte costituzionale nella sentenza n. 242 sembrerebbe indicare più che una semplice *sedes materiae*, come era avvenuto nella ordinanza n. 2017, uno specifico *tertium comparationis*, all’interno dello scrutinio di ragionevolezza della norma penale, nei numerosi passaggi argomentativi in cui si trova a ricordare che la legge n. 219 riconosce, ad «ogni persona capace di agire» il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, comprendendo espressamente nella relativa nozione anche i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale; che tale diritto viene inquadrato nel contesto della «relazione di cura e di fiducia» tra paziente e medico e che, in ogni caso, il medico «è tenuto a rispettare la volontà espressa

<sup>112</sup> Sul punto si veda C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019.

<sup>113</sup> Derivante dallo sviluppo dell’argomentazione contenuta nell’ordinanza n. 207 che affermava chiaramente che dal diritto alla vita, costituzionalmente previsto, non può essere fatto discendere, sul piano costituzionale, un diritto a morire.

<sup>114</sup> Si veda il paragrafo 2.3 del Considerato in diritto della sentenza n. 242.

<sup>115</sup> Si pensi alle citate sentenze pronunciate nei casi Welby (Giudice dell’udienza preliminare del Tribunale ordinario di Roma, sentenza 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049) e Englaro (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748).

<sup>116</sup> Il riferimento alla disciplina contenuta nella legge n. 219 del 2017, sia nell’ordinanza n. 207 che nella sentenza n. 242, è determinato anche e soprattutto dal fatto che la materia oggetto del giudizio costituzionale inerisce fortemente alla relazione di cura e di fiducia che si instaura fra medico e paziente. Si veda su questo il paragrafo 5 del Considerato in diritto della sentenza n. 242.

dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo», rimanendo, «in conseguenza di ciò, [...] esente da responsabilità civile o penale»<sup>117</sup>.

Inoltre, la Consulta qui evidenzia, così come nell'ordinanza n. 207, che l'art. 2 della legge n. 219 del 2017, richiamando le disposizioni di cui alla legge n. 38 del 2010 "Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore", prevede che la richiesta di sospensione dei trattamenti sanitari possa essere integrata, in modo da alleviare le sofferenze del paziente, dalla richiesta di accesso alle terapie palliative, la cui rilevanza in materia è stata sottolineata anche dal Comitato Nazionale per la Bioetica che è opportunamente intervenuto nel dibattito sulla legalizzazione del suicidio medicalmente assistito con il parere del 18 luglio 2019.

Sulla base di queste premesse normative, che sembrano essere ritenute capaci di attuare e integrare adeguatamente i parametri costituzionali più volte richiamati, la conclusione cui addivene la Consulta, entro lo specifico ambito considerato, è che «il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, della Costituzione, imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita»<sup>118</sup>.

Rispetto all'ordinanza n. 207 viene, inoltre, introdotto *ex novo* il requisito dell'intervento di un organo collegiale terzo, munito di adeguate competenze in materia di bioetica clinica, la cui attività possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità. In attesa, dunque, che il legislatore intervenga, la Corte attribuisce tale compito ai comitati etici territorialmente competenti che sono investiti dalla legge di funzioni di consulenza intese a garantire la tutela dei diritti e dei valori della persona nell'ambito delle sperimentazioni cliniche di medicinali o dispositivi medici – il cui riferimento normativo riportato nella sentenza concerne il d.l. n. 158 del 2102 e l'art. 1 del decreto del Ministro della salute dell'8 febbraio 2013, recante "Criteri per la composizione e il funzionamento dei comitati etici"<sup>119</sup>. La Corte, sostanzialmente, è "costretta" ad attribuire tale funzione ai comitati etici per la sperimentazione perché non in tutte le Regioni sono previsti appositi comitati di *bioetica clinica* che si occupano specificatamente di fornire consulenza bioetica per le questioni che possono sorgere nel contesto della pratica clinica e che meglio potrebbero occuparsi di questi temi<sup>120</sup>. Mancando una legge nazionale in materia che istituisca i comitati di bioetica per la pratica clinica, nelle Regioni ove non

<sup>117</sup> È interessante su questo anche un passaggio contenuto nel paragrafo 3.1 del Considerato in fatto della sentenza n. 242 ove si legge: «Con l'entrata in vigore della Costituzione, tuttavia, il bene della vita dovrebbe essere riguardato unicamente in una prospettiva personalistica, come interesse del suo titolare volto a consentire il pieno sviluppo della persona, secondo il disposto dell'art. 3, secondo comma, Cost. Di qui la maggiore attenzione verso la libertà di autodeterminazione individuale, anche nelle fasi finali della vita, specie quando si tratti di persone che versano in condizioni di eccezionale sofferenza: atteggiamento che ha trovato la sua espressione emblematica nella sentenza della Corte di cassazione relativa al caso di Eluana Englaro (Cass., n. 21748 del 2007). Di fondamentale rilievo, in questa cornice, risulterebbe l'intervento normativo realizzato con la legge n. 219 del 2017, la quale, nel quadro della valorizzazione del principio costituzionale del consenso informato, ha "positivizzato" il diritto del paziente di rifiutare le cure e di "lasciarsi morire"».

<sup>118</sup> Si veda il paragrafo 2.3 del Considerato in diritto della sentenza n. 242.

<sup>119</sup> Si veda il paragrafo 5 del Considerato in diritto della sentenza n. 242.

<sup>120</sup> Sia consentito rinviare a C. Di COSTANZO, *I comitati di bioetica per la pratica clinica: un universo da esplorare (e disciplinare)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2017.

siano previsti, tale funzione di consulenza bioetica è ordinariamente svolta dai comitati per la sperimentazione. Nelle Regioni in cui, invece, i comitati di bioetica per la pratica clinica sono istituiti potrebbe, in futuro, essere sollevato il problema della maggior competenza di questi ultimi rispetto ai comitati per la sperimentazione sui profili bioetici e biogiuridici attinenti al suicidio medicalmente assistito.

In generale, è possibile affermare che la Corte, con questo riferimento, abbia voluto evidenziare la necessità di ampliare la platea della discussione nel caso specifico all'interno di una procedura collegiale di valutazione, così come previsto dalla legge francese sul fine vita<sup>121</sup> e dal nostro ordinamento in materia di accertamento della morte cerebrale<sup>122</sup>. D'altra parte, la Consulta lascia al legislatore la previsione di quale peso attribuire al parere dell'organo collegiale all'interno del procedimento medicalizzato di assistenza al suicidio. Nelle more dell'intervento del legislatore, il ruolo svolto in materia bioetica dai comitati etici suggerisce che tale funzione si concretizzi nell'emissione di pareri non vincolanti che attribuiscono al medico, seppure supportato dal parere del comitato, la responsabilità di decidere, in ultima analisi, nel singolo caso concreto.

In futuro, sulla base della auspicata legislazione parlamentare, il parere dell'organo collegiale potrebbe rivestire un peso maggiore ed in questo caso occorrerebbe garantire l'indipendenza di giudizio e di pratica del singolo medico non solo a fronte delle posizioni dell'organo collegiale competente ma anche rispetto alle richieste dei malati, poiché, nonostante non sia previsto tecnicamente un diritto in materia ma solo una libertà, occorre essere comunque consapevoli del rilevante impatto emotivo che le scelte drammatiche di fine vita hanno la potenzialità di ingenerare<sup>123</sup>.

La sentenza della Corte lascia, infatti, ai medici la scelta se esaudire o meno la richiesta del malato, non prevedendo alcun obbligo né in capo al singolo professionista né a carico della struttura sanitaria – alla quale spettano solo oneri di verifica delle condizioni del paziente e delle modalità di esecuzione dell'aiuto al suicidio.

In questo senso, il tema dell'obiezione di coscienza potrebbe assumere nuovamente una centralità strategica nell'ambito del dibattito e della discussione pubblica che la Corte ancora una volta chiede coinvolgendo la società civile e le Aule parlamentari<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> Si tratta della legge n. 2016-87 del 2 febbraio 2016 "*Créant de nouveaux droits en faveur des malade et des persone en fin de vie*".

<sup>122</sup> La prima legge che in Italia si è occupata di morte cerebrale è, come abbiamo visto *supra*, la legge n. 644 del 1975. Successivamente la legge n. 578 del 1993 ha introdotto nuove norme sulla definizione di morte cerebrale e sui parametri di riferimento. I criteri e le procedure attualmente vigenti per la diagnosi di morte cerebrale sono previsti nel Decreto del Ministero della salute del 11 aprile 2008, "Aggiornamento del decreto 22 agosto 1994, n. 582 relativo al Regolamento recante le modalità per l'accertamento e la certificazione di morte". Il DM dell'11 aprile 2008 stabilisce che in presenza di determinate condizioni il medico della struttura sanitaria dà tempestiva comunicazione alla Direzione Sanitaria che avrà l'onere di convocare un collegio medico composto da un medico legale, un anestesista, un neurofisiopatologo. Il collegio medico nominato ha il compito di accertare la presenza, in contemporanea, delle condizioni necessarie ai fini della diagnosi di morte cerebrale, per almeno due volte, all'inizio e alla fine dell'osservazione che, in tutti i casi, ha una durata complessiva non inferiore alle 6 ore.

<sup>123</sup> Si veda il paragrafo 6 del Considerato in diritto della sentenza n. 242.

<sup>124</sup> La Corte costituzionale ha opportunamente tematizzato, sia nell'ordinanza n. 207 che nella sentenza n. 242, al paragrafo 6 del Considerato in diritto, l'esigenza di prevedere in materia il diritto all'obiezione di coscienza -

## 6. Considerazioni conclusive. Certezza del diritto, evoluzione della scienza e trasformazione della cultura: la Corte alla ricerca di un “equilibrio relazionale”

Proviamo a tirare le fila di questo nostro *excursus* tornando al quesito dal quale abbiamo preso le mosse. Quale ruolo ha svolto in questi anni la Corte nello sviluppo di quel settore del nostro ordinamento che chiamiamo *biodiritto*?

É indubbiamente un ruolo chiave e l'ampiezza della giurisprudenza esaminata lo dimostra. Ampiezza non solo in termini quantitativi, ma anche per la qualità di decisioni che – a nostro avviso – hanno sempre cercato un punto di equilibrio tra le spesso opposte esigenze della certezza del diritto, delle travolgenti evoluzioni della scienza e della tecnica e, infine, della profonda trasformazione dei riferimenti culturali della nostra società.

Volendo cercare un fattore esplicativo, un elemento determinante ci pare sia quello del *tempo*. Le nuove domande indotte dell'evoluzione tecnico-scientifica si muovono ad una velocità incommensurabile rispetto ai tempi della politica e del diritto

Uno dei caratteri distintivi della nostra epoca contemporanea è il ritardo strutturale della decisione politica (e, dunque, del diritto legislativo) rispetto alla velocità della tecnica. É evidente che oggi la tutela e la promozione della libertà individuale (quantomeno nell'immaginario collettivo) è affidata molto più alla tecnica che alla politica. E per questo, figli come siamo dell'«età dei diritti»<sup>125</sup>, le possibilità offerte dalla tecnica di frequente divengono pretese giuridicamente rilevanti molto prima che la politica ed il diritto si organizzino.

Per questo, la legge giunge quasi sempre in ritardo e la spinta alla creazione di diritto per via giurisprudenziale è fortissima.

Gran parte del biodiritto è nato per via giudiziaria e solo in seguito ha avuto una sistemazione legislativa, ma non sempre questa dissociazione temporale ha giocato a favore della coerenza o della comprensibilità.

La Corte avrebbe avuto, forte del suo potere di manipolazione creativa implicito nel modello italiano – forte<sup>126</sup> – di giurisdizione costituzionale sulle leggi, un'ampia possibilità di «trovare un ruolo di *rulemaking* generalmente accettato»<sup>127</sup>.

L'analisi fatta, però, ci dice che la Corte ha preferito usare questo suo potere in maniera molto “dialogante”, utilizzando la facoltà di sostituirsi al legislatore in modo estremamente cauto e solo come “*extrema ratio*”. Abbiamo chiamato “relazionale” questo carattere proprio della giurisprudenza della Corte sui temi biogiuridici, indicando con esso la chiara propensione a non voler eliminare quella tensione immanente tra nucleo “duro” della Costituzione ed evoluzione della tecnica e della cultura, attraverso la fissazione di confini rigidi.

---

non prevista in maniera esplicita dalla legge n. 219 del 2017 ma, si può dire, in maniera implicita, attraverso il rinvio effettuato dall'art. 1, comma 6, della legge n. 219 del 2017 al codice di deontologia medica.

<sup>125</sup> Il riferimento, ovviamente, è a N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990

<sup>126</sup> Per tutti, sulla distinzione tra «*strong and weak models of judicial review of legislation*» si veda M. TUSHNET *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Perspective*, Princeton and Oxford, 2008.

<sup>127</sup> C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, cit.

La Corte in questo campo mostra – se si può riferire questa virtù ad un organo costituzionale – una grande “umiltà” istituzionale, riconoscendo alla scienza ed alla tecnica la autonomia che compete loro, così come rispettando la discrezionalità del legislatore.

L’impressione conclusiva è che i giudici costituzionali ritengano la tensione tra principi costituzionali e biodiritto come ineliminabile e, anzi, che essa stessa sia il vero motore dello sviluppo di questa materia nel nostro ordinamento; perciò più che orientata a tracciare un confine, ci sembra alla ricerca di un punto di equilibrio mobile – verrebbe da dire “relazionale” - richiamando quanto abbiamo descritto.

Ed in questo tentativo la Corte non solo sta provando a governare lo sviluppo di un settore sempre più rilevante per nostra vita sociale qual è l’interazione tra vita e tecnica, ma in qualche modo sta cercando di delineare un percorso per il futuro del costituzionalismo democratico, mostrando come possano convivere pluralismo etico e tutela costituzionale dei diritti.

## Il biodiritto nel prisma dell'autonomia regionale

Lucia Busatta\*

### BIOLAW AND REGIONAL AUTONOMY

**ABSTRACT:** Does a space for regional autonomy exist in the field of biolaw? The relationship between state and regions, in the Italian Constitution, is traditionally defined as asymmetric regionalism. The aim of the paper is to investigate the extent of regional autonomy in the field of biolaw. After having reconsidered the fundamental steps of Constitutional Court's interpretation of matters reserved to the exclusive competence of the state, the essay focuses on regional interventions, both on a legislative and on administrative levels. The results of the research show that, in the field of biolaw, the state holds a wide legislative power, which shall nevertheless be exercised in collaboration with regions. Moreover, the existence of a wide power of regions to organise their healthcare services has a relevant impact on the effectiveness of fundamental rights' protection in biolaw matters. Finally, the paper tackles the path towards the regional achievement of further differentiation as provided by Art. 116 of the Constitution, which is considered as a concrete opportunity not only for the Regions that are undertaking the agreement with the state to this end, but for the Republic as a whole.

**KEYWORDS:** Regional autonomy; differentiation; essential levels; biolaw; fundamental rights

**SOMMARIO:** 1. Esiste un biodiritto regionale? – 2. Le ineludibili esigenze di uniformità nazionale e la garanzia del principio di eguaglianza – 2.1. I riflessi del riparto delle competenze sulla disciplina del biodiritto – 2.2. La definizione in concreto delle inderogabili esigenze di eguaglianza – 3. Decentramento e asimmetria dei diritti, tra rischi e opportunità – 3.1. L'espressione dell'autonomia regionale per mezzo della leale collaborazione – 3.2. Le opportunità di un biodiritto regionale organizzativo e propulsivo – 3.3. Le problematiche di un biodiritto regionale simbolico – 4. Quali opportunità per un biodiritto regionale, nella prospettiva del regionalismo differenziato?

### 1. Esiste un biodiritto regionale?

Il diritto che si occupa dell'intersezione tra medicina e sviluppo scientifico offre fertile materiale per la riflessione giuspubblicistica, sotto molteplici punti di vista<sup>1</sup>. Fra questi, particolare attenzione merita la dimensione territoriale, nel dispiegarsi del complesso rapporto tra centro e pe-

\* *Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Padova. Mail: [lucia.busatta@unipd.it](mailto:lucia.busatta@unipd.it). Contributo sottoposto a referaggio.*

<sup>1</sup> Per alcuni spunti in questo senso, cfr. C. CASONATO, M. TOMASI, S. PENASA, L. BUSATTA, C. PICIOCCHI, *Biodiritto costituzionale. O no?*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino 2019, 599 ss.

riferia. Nell'eterna tensione e simbiosi tra unità e indivisibilità della Repubblica, da un lato, e decentramento e autonomia, dall'altro lato, è possibile scorgere alcune interessanti prospettive per analizzare l'effettivo perseguimento delle finalità costituzionali nello specifico settore oggetto d'indagine<sup>2</sup>.

Il principio in parola, infatti, si colloca tra gli architravi della nostra Costituzione e costituisce la cifra caratterizzante il regionalismo asimmetrico del nostro Paese<sup>3</sup>. In questo senso, all'interno della valutazione complessiva sull'influenza che i principi costituzionali hanno avuto sulla nascita, sull'evoluzione e sulla definizione del biodiritto – quale specifico ambito materiale in cui l'assetto dei poteri e la tutela dei diritti fondamentali incrocia l'evoluzione scientifica in medicina<sup>4</sup> – una riflessione sul regionalismo repubblicano e sui suoi riflessi in questo particolare ambito non può mancare.

Da questo punto di vista, dunque, non si può negare che un "biodiritto regionale" effettivamente possa esistere, seppur con alcune precisazioni. Pur non trattandosi di un ambito materiale completamente autonomo<sup>5</sup>, esso può essere considerato quale campo nel quale le Regioni possono esercitare la propria autonomia legislativa e amministrativa, all'interno delle competenze ad esse assegnate dalla Costituzione, ai fini della realizzazione della tutela e promozione dei diritti fondamentali, primo fra tutti quello alla salute, all'intersezione tra medicina e sviluppo scientifico<sup>6</sup>.

Appare quindi evidente, da questa prospettiva, la centralità del problema del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni che, a partire dalla riforma costituzionale del Titolo V del 2001, ha significativamente impegnato la giurisprudenza costituzionale. Come è noto, infatti, già all'indomani della revisione della Carta fondamentale, il giudice delle leggi è stato frequentemente chiamato a definire e chiarire portata e limiti delle novellate clausole competenziali, tanto da parte dello Stato nei confronti delle Regioni, quanto viceversa.

<sup>2</sup> *Inter multis*, G. BERTI, *Art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. I, Bologna – Roma, 1975, 277; R. BIFULCO, *Art. 5*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Milano, 2006, 136 ss.; G. FALCON, *Le autonomie territoriali*, in C. CASONATO (a cura di), *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione*, Torino, 2010, 153 ss.; S. STAIANO, *Costituzione italiana: articolo 5*, Roma, 2017; G. RIVOSECCI, *Articolo 5*, in F. CLEMENTI ET AL. (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, Bologna, 2018, 41ss.; D. DEMURO, *La Repubblica delle autonomie, una e indivisibile*, in *Federalismi.it*, 7, 2018, 67 ss.

<sup>3</sup> Sull'articolo 5 Cost. quale principio supremo dell'ordinamento costituzionale cfr. F.P. CASAVOLA, *I principî supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, 1995, 153 ss. Sulla natura del principio è tornata, non molto tempo fa, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 118 del 2015, pronunciandosi su un ricorso statale avverso due leggi della Regione Veneto, la n. 15 del 2014 (Referendum consultivo sull'autonomia del Veneto), e la n. 16 del 2014 (Indizione del referendum consultivo sull'indipendenza del Veneto). Nel dichiarare l'illegittimità della seconda, il giudice costituzionale ha avuto modo di precisare l'insuperabilità del principio di indivisibilità della Repubblica e la sua essenzialità per l'ordinamento costituzionale, nel solco della nozione elaborata nella sentenza n. 1147 del 1988 (cfr. in particolare punto 7.2. del considerato in diritto).

<sup>4</sup> Per la delimitazione dell'ambito del biodiritto e per le sue possibili definizioni cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 12 ss.

<sup>5</sup> Sicuramente, infatti, esso presenta numerosi punti di sovrapposizione con la materia sanitaria, intesa in senso ampio.

<sup>6</sup> Circa le problematiche di natura costituzionale che affiorano nel rapporto tra diritti, scienza e medicina, nella prospettiva dell'autonomia regionale cfr. 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*, Milano, 2011, 15 ss.

Nella valutazione complessiva dell'interpretazione costituzionale del riparto di competenze legislative, a quasi due decenni da quella riforma della Carta fondamentale, un dato che pare interessante porre in evidenza riguarda la centralità che le questioni collegate alla tutela dei diritti della persona nel campo della medicina, in relazione all'avanzamento scientifico, hanno avuto nella lettura delle clausole costituzionali. Fra queste, ha di certo rivestito enorme importanza, ai fini della nuova configurazione dello statuto della persona tra salute e sanità, la competenza legislativa statale nella «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, comma secondo, lett. m)<sup>7</sup>. A riguardo è stato, condivisibilmente, osservato che «il legislatore, in materia sanitaria [...], ha spesso operato come apripista per riforme di più ampia portata»<sup>8</sup>. In effetti, non appare casuale, come si vedrà più dettagliatamente *infra*, che sia stato proprio il settore sanitario a fornire *l'imprinting* e a segnare in modo più incisivo la lettura delle norme costituzionali riformate<sup>9</sup>.

Accanto al riparto di competenze, poi, anche il livello organizzativo ha significativamente dimostrato – come si avrà modo di vedere nel dettaglio *infra* – di poter incidere in modo determinante sulla realizzazione dei diritti costituzionali nel campo della medicina. Pur a fronte di un dato normativo uniforme, infatti, la regionalizzazione della sanità si esprime anche per mezzo del *quomodo* della garanzia dei diritti: accessibilità dei servizi, organizzazione del personale, tempi di attesa, requisiti per una (anche

<sup>7</sup> In argomento v. *inter multis*, A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6, 2003, 1063 ss.; R. TOSI, *Cittadini, Stato e Regioni di fronte ai «livelli essenziali delle prestazioni...»*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2003, 629 ss.; A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m)*, art.117 Cost., in *Le Regioni*, 6, 2003, 1141 ss.; G. GUIGLIA, *I Livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007; S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e regioni*, Milano, 2008, in particolare 144 ss.; F. PIZZOLATO, *La procedura per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in E. BALBONI (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, 2008, 310 ss.; V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. IV, Milano, 2010, 488; G. FALCON, *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2-3, 2011, 241 ss.; F. BENELLI, *La costruzione delle materie e le materie esclusive statali*, in *Le Regioni*, 2-3, 2011, 251 ss.; F. CORVAJA, *La potestà concorrente, tra conferme e novità*, in *Le Regioni*, 2-3, 2011, 287 ss.; A. BARBERA, *La polverizzazione delle materie regionali e la (ormai necessaria) clausola di supremazia*, in *Le Regioni*, 2-3, 2011, 557 ss.; M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione: modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, 9 ss.; C. PANZERA, *Mediazione politica e immediatezza giuridica dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 5-6, 2013, 1001 ss.; M. BELLETTI, *Le materie di potestà legislativa concorrente*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2016, 1 ss.; L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, in partic. 40 ss.; M. BERGO, *I nuovi livelli essenziali di assistenza. Al crocevia fra la tutela della salute e l'equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2, 2017; E. ROSSI, *Il "socio-sanitario": una scommessa incompiuta?*, in *Rivista AIC*, 2, 2018.

<sup>8</sup> I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, 18.

<sup>9</sup> Così anche R. BALDUZZI, *Livelli essenziali e risorse disponibili: un nodo costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, 2011, 62, secondo cui: «la materia sanitaria infatti si è configurata sempre più, in questi anni, come un prisma attorno al quale convergono alcune delle principali questioni della vita istituzionale italiana».



solo parziale) esenzione dal pagamento delle prestazioni sanitarie rappresentano alcune delle più tangibili modalità di attuazione di porzioni del diritto alla salute che, nel particolare settore del biodiritto, possono diventare determinanti per la sua effettiva realizzazione<sup>10</sup>.

Definito, in tal modo l'ambito di indagine, si andranno ora a individuare alcuni settori paradigmatici che, a partire dalla giurisprudenza costituzionale, ma senza fermarsi ad essa, consentono di porre in evidenza in modo efficace punti di frizione e potenzialità all'incrocio tra biodiritto e istanze dell'autonomia regionale. L'approccio prescelto predilige l'angolo visuale offerto dalla giurisprudenza costituzionale, poiché si ritiene che, in questi anni, siano state le parole del giudice delle leggi, meglio di quelle del legislatore, a forgiare, in modo via via più definito, le caratteristiche di questa materia. La concretezza delle tematiche portate all'attenzione della Corte, inoltre, ha consentito di individuare, anche nel dettaglio, i reciproci spazi e ruoli di intervento, nella dialettica tra Stato e regioni<sup>11</sup>.

## 2. Le ineludibili esigenze di uniformità nazionale e la garanzia del principio di eguaglianza

Il punto di partenza, si è detto, per ogni ragionamento sull'esistenza e, consequenzialmente, sugli eventuali spazi di un biodiritto regionale è rappresentato dal riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni e, in particolar modo, dalla lettura che ad esso è stata data dal giudice costituzionale. Al centro della matassa, nel nodo delle competenze, si pone la già citata clausola di cui all'articolo 117, comma secondo, lettera m), della Costituzione. Già all'indomani della riforma del Titolo V, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni era stata individuata dalla dottrina quale il perno del decentramento disegnato dal legislatore, ossia quel meccanismo riequilibratore, capace di «salvaguardare le condizioni di una cittadinanza eguale, pur entro una struttura territorialmente articolata dei livelli di decisione politica»<sup>12</sup>.

I livelli essenziali delle prestazioni rappresentano, quindi, quel contenuto dei diritti – *di tutti i diritti* – che devono ricevere un omogeneo livello di garanzia sul territorio nazionale. Non si tratta, tuttavia, di una piena coincidenza con il contenuto minimo (il *Wesengehalt*) del diritto: anche circa questo profilo, da subito, è stata segnalata la necessità di attribuire all'aggettivo “essenziale” una portata relativa, plasmabile a seconda della differente situazione giuridica che il legislatore deve disciplinare<sup>13</sup>. Ed è inevitabile che sia così, se si considera che i livelli essenziali si riferiscono sia ai diritti civili sia ai diritti sociali e che, potenzialmente, in relazione a ciascun diritto (o porzione di esso) dovrebbe essere possi-

<sup>10</sup> Per alcune più ampie riflessioni a riguardo sia consentito rinviare a L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, Torino, 2018, *passim*.

<sup>11</sup> Nello scritto saranno menzionati anche alcuni interventi di Tribunali Amministrativi Regionali o del Consiglio di Stato, che fungeranno da cartina di tornasole per la verifica della tenuta dei principi individuati dalla Corte costituzionale.

<sup>12</sup> M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 3, 2002, 348.

<sup>13</sup> In questa prospettiva M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 3, 2002, 352; più recentemente anche G. RIVOCCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in *Rivista AIC*, 3, 2019, 251. Una lettura parzialmente diversa viene offerta da R. BALDUZZI, *I livelli essenziali in sanità*, G. BERTI, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003, 247 ss.

bile individuare, da un lato, un *contenuto minimo*, che rende necessaria una disciplina uniforme nazionale. Dall'altro lato, però, non bisogna nemmeno dimenticare che la determinazione dei livelli essenziali da parte del legislatore – e la materia sanitaria ne rappresenta l'antonomasia – è attività più complessa e più articolata (tanto sul piano sostanziale, quanto su quello procedurale) della definizione del contenuto minimo. Tra i due concetti, in altre parole, non di una piena sovrapposibilità può trattarsi, quanto piuttosto di una significativa, ma non completa, intersezione<sup>14</sup>.

La tendenziale indefinibilità dell'essenzialità delle prestazioni, inoltre, è resa ancor più evidente dall'intrinseca mutevolezza di ciascun potenziale oggetto di intervento normativo. Per esempio, gli austeri interventi legislativi negli anni della crisi economica e le pronunce della Corte sulla riduzione delle prestazioni o sulla centralizzazione di alcune politiche sociali proprio in chiave egualitaria e garantista sono funzionali a dimostrare che la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni non è aprioristicamente incasellabile entro schemi definiti<sup>15</sup>.

Così, è stata proprio l'indeterminatezza dei livelli essenziali e, accanto ad essa, il riconoscimento del valore trasversale di questa clausola competenziale, capace di incidere (talvolta di travolgere) ogni possibile ambito di intervento regionale, a condurre ad un'interpretazione tendenzialmente in chiave centripeta della riforma del 2001.

Lo spazio di intervento legislativo residuale per le Regioni, soprattutto a fronte della lettura che la Corte costituzionale ha fornito alle competenze esclusive dello Stato, ha finito per risultare, in definitiva, assai ridotto e decisamente poco aperto alla creatività<sup>16</sup>. Ciò si deve anche al collegamento tra l'articolo 117, comma secondo, lett. m) e l'articolo 120 Cost., che legittima l'intervento sostitutivo dello Stato nei confronti degli organi regionali o degli enti territoriali «quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali». Al legislatore regionale, in altre parole, resta solamente la possibilità di intervenire – ammesso che siano già pienamente garantiti i livelli essenziali e che abbia risorse a

<sup>14</sup> Lo dimostra efficacemente il rapporto tra fonti normative (in particolare, art. 35 del d.lgs. 286/1998 e Accordo adottato nella Conferenza Stato-Regioni recante "Indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle Regioni e Province autonome" su cui *infra*) e la giurisprudenza costituzionale (in particolare, sentenza n. 252 del 2001) con riguardo alla garanzia del diritto alla salute per lo straniero irregolarmente presente sul territorio nazionale. Lo spazio della trattazione non consente di ricostruire compiutamente tutte le implicazioni di tale rapporto, per cui sia consentito rinviare a L. BUSATTA, *La lingua quale fattore di integrazione nella tutela del diritto alla salute*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2016, 12; in argomento cfr. recentemente A. PITINO, *Quarant'anni (e più) di tutela della salute degli stranieri in Italia*, in *Corti Supreme e salute*, 3, 2018, 631.

<sup>15</sup> Circa il rapporto tra garanzia dei diritti sociali e crisi economica la letteratura è molto vasta. Senza pretese di completezza cfr. recentemente M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017; E. LONGO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana: un percorso di analisi*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2017, 201 ss.; A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come "sistema" (notazioni di metodo)*, in *Consulta Online*, 11, 2015, 538 ss.; D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista AIC*, 4, 2013, 1 ss.; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, 4, 2013, 1 ss.; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4, 2011, 1 ss.

<sup>16</sup> A riguardo e in prospettiva critica v. M. BELLETTI, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale*, Roma, 2012, 117 ss.; ID., *Legge regionale e diritti*, in *Diritti regionali*, 3, 2019, 20 ss.

disposizione – per offrire livelli ulteriori delle prestazioni o per rendere maggiormente efficiente l'organizzazione degli apparati regionali responsabili per la garanzia delle prestazioni che riempiono di contenuto i diritti<sup>17</sup>. Tutto ciò risulta particolarmente evidente quando viene in gioco la tutela del diritto alla salute e, in particolar modo, con riguardo alla garanzia delle prestazioni sanitarie, sia a motivo della valenza che tale diritto riveste all'interno della Carta costituzionale sia per le esigenze di uguaglianza interterritoriale che, indubbiamente, lo accompagnano, nel contesto di un sistema sanitario pubblicistico e universalistico<sup>18</sup>.

### 2.1. I riflessi del riparto delle competenze sulla disciplina del biodiritto

Come si è già avuto modo di accennare, l'accezione di biodiritto che qui si è prescelta concerne la garanzia dei diritti della persona all'incrocio tra medicina e avanzamento scientifico. In questo senso, nell'ampio spettro della materia sanitaria, si andranno a indagare quelle specifiche dimensioni nelle quali la garanzia prestazionale si accompagna a un profilo connesso con l'avanzamento tecnico o scientifico del mondo medico. A riguardo, si può evidenziare come proprio la prima sentenza con la quale la Corte costituzionale si è pronunciata sul Titolo V riformato abbia avuto ad oggetto la definizione dello spazio della discrezionalità legislativa (nella nuova dinamica tra Stato e Regioni) relativa ad un intervento concernente l'appropriatezza scientifica di una pratica terapeutica.

Il ricorso presentato dallo Stato contro la legge della Regione Marche n. 26 del 2001, intitolata "Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psicoturgia" ha – come si è già ricordato – consentito di dare avvio alla copiosa giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze, ma ha anche aperto una moltitudine di altre questioni relative al rapporto tra scienza e diritto, tanto da rendere quella pronuncia – ancora oggi – un punto di riferimento nella giurisprudenza costituzionale. Essa ha rappresentato, infatti, l'occasione per avviare le riflessioni sul novellato riparto di competenze tra Stato e regioni in materia di tutela della salute e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni, soprattutto con riferimento alle cd. materie trasversali, ma ha anche fissato un importante principio per quanto attiene alla definizione dei reciproci spazi tra discrezionalità del legislatore e autonomia della scienza medica, per cui ogni intervento legislativo che investe profili scientifici deve fondarsi sullo stato attuale delle acquisizioni e non può prescindere da esso<sup>19</sup>.

Per quanto di stretto interesse per le riflessioni qui sviluppate, la sentenza n. 282 del 2002 ha posto le fondamenta per la definizione del riparto di competenze per la tutela della salute, sia per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, sia sul versante delle competenze concorrenti, avendo

<sup>17</sup> Si pensi, ad esempio, alla legge della Regione Marche n. 18 del 2014, recante "Disposizioni in materia di terapie complementari: terapia del sorriso e *pet therapy*".

<sup>18</sup> Per alcune riflessioni più approfondite su questi aspetti sia consentito rinviare a L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit.

<sup>19</sup> In argomento v. A. IANNUZZI, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni "tecniche": materie con rilevanza tecnico-scientifica*, in *BioLaw Journal*, 3, 2019, 143 ss.; 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 ss.

stabilito che «la legislazione regionale concorrente dovrà svolgersi nel rispetto dei principi fondamentali comunque risultanti dalla legislazione statale già in vigore»<sup>20</sup>. La copiosa giurisprudenza costituzionale successiva, anche la più recente, ha poi sempre seguito questa rotta<sup>21</sup>.

Proprio nella definizione delle competenze tra legge dello Stato e autonomia regionale, la menzionata sentenza risulta utile ad individuare l'effettiva possibilità di intervento legislativo regionale nella tutela della salute e, più nello specifico, nell'ambito del biodiritto. Sulla scorta di una lettura "forte" delle inderogabili esigenze di uniformità nazionale che discendono dalla natura trasversale della clausola sui livelli essenziali, si può rammentare come la giurisprudenza costituzionale seguente abbia confermato la sussistenza della competenza statale per la disciplina di molti settori che incrociano la tutela dei diritti della persona e la medicina.

Ad esempio, la determinazione della compartecipazione alle prestazioni sanitarie spetta al legislatore statale poiché attiene sia alla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni, sia ai principi generali in materia di tutela della salute e coordinamento della finanza pubblica, dal momento che si ricollega alla fissazione delle modalità di garanzia dei servizi essenziali per la salute e all'accessibilità del sistema sanitario per gli utenti<sup>22</sup>. Nelle parole della Corte, la misura del *ticket* «deve essere omogenea su tutto il territorio nazionale, "giacché non sarebbe ammissibile che l'offerta concreta di una prestazione sanitaria rientrando nei LEA si presenti in modo diverso nelle varie Regioni", considerato che "dell'offerta concreta fanno parte non solo la qualità e quantità delle prestazioni che devono essere assicurate sul territorio, ma anche le soglie di accesso, dal punto di vista economico, dei cittadini alla loro fruizione"»<sup>23</sup>.

Al contrario, non risultano compatibili con l'assetto costituzionale eventuali interventi regionali che, diversamente dall'andare a fissare livelli ulteriori di prestazioni sul territorio, intendessero mutare il livello e le modalità di garanzia dei diritti esistenti. Ugualmente, alla Regione sottoposta al piano di rientro per il disavanzo economico sanitario non è consentito fissare prestazioni c.d. extra-Lea o ulteriori, a fronte della mancata garanzia dei livelli essenziali<sup>24</sup>.

Si può quindi evidenziare come, in quest'ambito, gli interventi della Corte siano sempre stati orientati ad una garanzia forte del principio di eguaglianza fra i soggetti sul territorio nazionale.

Ne rappresentano un efficace esempio la disciplina farmaceutica e la definizione dei criteri di rimborsabilità dei medicinali, che da tempo la Corte ha ricondotto proprio alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, proprio affinché ne sia assicurato l'eguale godimento su tutto il territorio

<sup>20</sup> Corte cost., sent. n. 282/2002, punto 4 del considerato in diritto.

<sup>21</sup> Si pensi alle decisioni della Corte in materia di procreazione medicalmente assistita, n. 151 del 2009 (sul limite all'impianto degli embrioni) e n. 162 del 2014 (sul divieto di fecondazione eterologa), ma anche alla sentenza n. 5 del 2018 in materia di obbligo vaccinale e alla sentenza n. 169 del 2017 sull'appropriatezza prescrittiva.

<sup>22</sup> A riguardo cfr. Cort cost., sent. n. 187 del 2012, relativa al c.d. super ticket sulle prestazioni specialistiche.

<sup>23</sup> Corte cost., sent. n. 187 del 2012, punto 3.3.2 del considerato in diritto, ove la Corte cita anche le precedenti sentenze n. 203 del 2008 e n. 134 del 2006.

<sup>24</sup> V., ad esempio, Corte cost., sent. n. 199 del 2018, con cui è stata dichiarata l'illegittimità della l.reg. Campania n. 26 del 2017, recante "Organizzazione dei servizi a favore delle persone in età evolutiva con disturbi del neurosviluppo e patologie neuropsichiatriche e delle persone con disturbi dello spettro autistico", e, poco dopo, Corte cost., sent. n. 247 del 2018, con cui è stata dichiarata l'illegittimità della l.reg. Molise n. 16 del 2017, recante "Disposizioni regionali in materia di disturbi dello spettro autistico e disturbi pervasivi dello sviluppo".

nazionale<sup>25</sup>. Come è noto, al fine di promuovere il risparmio della spesa farmaceutica, in caso di comprovata equivalenza terapeutica, può essere esclusa la totale rimborsabilità di un farmaco più costoso. La relativa decisione spetta all'AIFA e, trattandosi di una materia riservata in via esclusiva alla competenza del legislatore statale, è preclusa ogni diversa determinazione regionale<sup>26</sup>. Sul punto si tornerà anche in seguito; ciò che interessa evidenziare, per il momento e al netto di ogni eventuale rilievo critico rispetto ad una giurisprudenza che agisce – sì – in chiave egualitaria, ma che, in definitiva, finisce per colpire anche le Regioni che tentano di adottare politiche virtuose di gestione della spesa sanitaria, riguarda la prevalenza del principio di eguaglianza sulle istanze di differenziazione promosse a livello territoriale.

Un ulteriore profilo di interesse che si è sviluppato, nella dialettica tra Stato e Regioni, proprio a partire dalla citata sentenza n. 282 del 2002, riguarda la complessa relazione che si instaura tra centro e periferia, quando viene in gioco la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito della medicina e a fronte dello sviluppo scientifico. A partire dalla pronuncia sulla legge marchigiana, infatti, il copiosissimo e denso filone giurisprudenziale che si è generato in quasi due decenni dalla riforma del Titolo V ha ormai toccato quasi ogni ambito della sfera sanitaria e non cenna a fermarsi.

Prendendo in esame solo taluni dei settori principalmente interessati dal contenzioso, può essere fatta menzione di alcuni ambiti particolarmente paradigmatici e attinenti, ad esempio, oltre a quanto già menzionato (scelte in campo farmaceutico, quota di compartecipazione alle prestazioni sanitarie), alla definizione del principio del consenso informato (sent. n. 438 del 2008) e, più recentemente, alla previsione dell'obbligo vaccinale (sent. n. 5 del 2018) e alle problematiche legate all'allocazione delle risorse e al concetto di appropriatezza prescrittiva e terapeutica (per tutte, sent., n. 169 del 2017).

Ciascuno di questi settori risulta essere significativo perché rappresenta un terreno in cui si incrociano i diritti fondamentali (quello alla salute, *in primis*, ma non solo), le istanze dell'autonomia regionale e della differenziazione (talvolta anche a fronte di un ritardo da parte del legislatore nazionale, oppure in senso propulsivo da parte delle regioni), la necessità che il formante legislativo garantisca un efficace e tempestivo recepimento dell'avanzamento scientifico e l'esigenza – in senso egualitario – di dare ascolto ai bisogni dei soggetti più fragili.

## 2.2. La definizione in concreto delle inderogabili esigenze di eguaglianza

Impostato in tal modo il problema, risulta utile richiamare alcuni dei filoni giurisprudenziali più sintomatici che in questi anni hanno caratterizzato la definizione della materia sanitaria nella dialettica tra Stato e Regioni, cercando di prediligere – senza pretese di completezza – quelli maggiormente rilevanti nell'ambito specifico del biodiritto.

<sup>25</sup> Si vedano le sentenze n. 44 del 2010 e n. 271 del 2008, relative a discipline regionali concernenti il regime di rimborsabilità dei farmaci (rispettivamente della Puglia e della Liguria); circa il rapporto tra disciplina dei farmaci e livelli essenziali si veda anche la sentenza n. 270 del 2006, che contiene una articolata ricostruzione della disciplina (allora) vigente. Significativo, in relazione al rapporto tra farmaci, diritto alla salute e spesa sanitaria è anche la vicenda dei farmaci Avastin e Lucentis, su cui la Corte è intervenuta con sentenza n. 151 del 2014. A riguardo v. L. PACE, *I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. Profili di costituzionalità*, in *Diritto e società*, 1, 2017, 130 ss.

<sup>26</sup> Corte cost., sent. n. 271 del 2008, par. 2 del considerato in diritto.

Il primo, anche in termini cronologici, ambito da considerare riguarda la definizione del principio del consenso informato. Si è già avuto modo di richiamare la sentenza con la quale la Corte costituzionale diede avvio alla propria giurisprudenza sul Titolo V dopo la riforma. In quell'occasione, il giudice delle leggi anticipò quella che, a distanza di pochi anni, sarebbe divenuta la formula della concretizzazione della tutela di diritti della persona nella medicina e nel rapporto di cura. Come si è già rammentato, la sentenza riguardava l'esclusione, da parte della Regione Marche, di una determinata pratica terapeutica, avvenuta non solo in violazione del riparto di competenze, ma senza un'adeguata istruttoria scientifica della questione. Sfiando il tema del consenso in medicina, la Corte ha individuato nel *consenso della persona* il contrappeso costituzionale del principio di autonomia della scienza e responsabilità del medico<sup>27</sup>.

È solo con alcune successive e altrettanto importanti pronunce, che il giudice costituzionale ha avuto l'occasione di precisare ulteriormente la portata del consenso informato all'interno della nostra Carta fondamentale. L'anno successivo, occupandosi di un ricorso statale avverso due leggi regionali (rispettivamente, del Piemonte e della Toscana) aventi un oggetto simile a quello che l'anno prima aveva portato alla dichiarazione di incostituzionalità della legge marchigiana<sup>28</sup>, è stato aggiunto un ulteriore tassello alla definizione del principio in parola.

Quanto attiene alla sfera del consenso della persona ai trattamenti medici e agli interventi medici sul suo corpo non può che appartenere alla competenza legislativa esclusiva dello Stato poiché «il confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia, collocandosi "all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica" (sentenza n. 282 del 2002), diritti la cui tutela non può non darsi in condizioni di fondamentale eguaglianza su tutto il territorio nazionale»<sup>29</sup>. Ne deriva che, in quest'ambito, non è ammessa una disciplina regionale differenziata.

È, infine, con la sentenza n. 438 del 2008 che si compie la definizione del principio del consenso nel tessuto costituzionale, con il suo collegamento espresso al combinato disposto dagli articoli 2, 13 a 32 Cost. e con la definitiva esclusione della competenza regionale, trattandosi di un principio fondamentale in materia di tutela della salute. La pronuncia, ancora una volta, viene emessa nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale in via principale, avente ad oggetto una legge della Regione Piemonte in tema di somministrazione di sostanze psicotrope su minori. Secondo quanto affermato dalla

<sup>27</sup> Corte cost., sent. n. 282 del 2002, par. 4 del considerato in diritto. Testualmente: «[...] Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita 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».

<sup>28</sup> Corte cost., sent. n. 338 del 2003, sulla legittimità costituzionale della legge reg. Piemonte n. 14 del 2002 ("Regolamentazione sull'applicazione della terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia") e della legge della Regione Toscana n. 39 del 2002 ("Regole del sistema sanitario regionale toscano in materia di applicazione della terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia").

<sup>29</sup> Corte cost., sent. n. 338 del 2003, par. 5.1 del considerato in diritto. F. CORVAJA, *La potestà concorrente, tra conferme e novità*, cit., 335; M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2012, 455.

Corte, alle Regioni, in quest'ambito, resta aperta solamente la possibilità di fissare norme di dettaglio (e, dunque, tendenzialmente solo organizzative) per garantire una migliore attuazione sul territorio regionale della disciplina generale statale<sup>30</sup>. Senza entrare nei dettagli della legislazione sanitaria in materia di consenso, non si può non rammentare come sia stata tale sentenza a forgiare, finalmente, lo statuto costituzionale del consenso e a fissare le basi per il successivo (e tanto atteso) intervento del legislatore statale che, con la legge n. 219 del 2017 ha, infine, dato compiuta e dettagliata attuazione normativa a tale principio nel nostro ordinamento<sup>31</sup>.

La necessità di una regolazione uniforme, sul piano nazionale, delle prestazioni sanitarie ammesse e non ammesse, così come su quelle imposte, è stata, più recentemente confermata anche nella sentenza con la quale la Corte è intervenuta sull'impugnazione, da parte della Regione Veneto, del decreto-legge che ha introdotto l'obbligo vaccinale. Come si è visto, ciascuna decisione del giudice delle leggi rappresenta l'occasione per definire ulteriormente e precisare la portata dei propri precedenti. Con riguardo alla specificità di questo caso, e in riferimento al ristretto ambito di cui si è detto, la sentenza n. 5 del 2018 aggiunge il principio per cui l'intervento del legislatore statale (irrinunciabile, come si è visto, per la necessità di una disciplina uniforme sul piano nazionale della materia) si deve conformare allo stato di avanzamento scientifico, secondo gli «indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale»<sup>32</sup>. Non si tratta, dunque, di un mero rinvio alla scienza: la Corte indica

<sup>30</sup> In commento alla sentenza v. R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2008, 4953 ss.; C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Le Regioni*, 3-4, 2009, 627 ss.; F. CORVAJA, *Principi fondamentali e legge regionale nella sentenza sul consenso informato*, in *Le Regioni*, 3-4, 2009, 638; B. LELLI, *Consenso informato e attitudini garantistiche delle Regioni*, in *Consulta online*, 2009, 1 ss.

<sup>31</sup> La letteratura giuridica sulla legge n. 219 del 2017 è già amplissima. Per i principali riferimenti v. M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Giappichelli, Torino, 2018; AA.VV., *La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal*, 1, 2018, 11 ss.; C. DI COSTANZO, *La tutela del diritto alla salute del minore. Riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, *BioLaw Journal*, 1, 2019, 299 ss.; L. BUSATTA, *A un anno dalla legge 219 del 2017: la sostenibilità costituzionale della relazione di cura*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 95 ss.; T. PASQUINO, *Sul contenuto delle DAT tra autoterminazione del paziente e decisioni di altri: profili civilistici*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 283 ss.; M. FASAN, *Consenso informato e rapporto di cura: una nuova centralità per il paziente alla luce della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1-bis, 2019; U. ADAMO, *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 110 ss.; M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2018, 8 ss.; G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/17*, in *BioLaw Journal*, 2, 2018, 97 ss.; C. CASONATO, *Taking sick rights seriously: la pianificazione delle cure come paradigma di tutela delle persone malate*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 3, 2018, 949 ss.; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2, 2018, 247 ss.; S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (ddl recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento")*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 3, 2017, 975 ss.; M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo "critico" sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2018, 121 ss.; ID., *Prendere sul serio il problema della "capacità" dopo la l. n. 219/2017*, in *Responsabilità medica*, 3, 2018, 1 ss.; B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Diritti comparati*, 3, 2017, 1 ss.

<sup>32</sup> Corte cost., sent. n. 5 del 2018, par. 7.2.2 del considerato in diritto.

al legislatore anche la necessità di aderire al dato tecnico, lasciandosi orientare sull'adeguatezza scientifica della propria decisione<sup>33</sup>.

Vi è, poi, un altro ambito di intervento in campo sanitario che, proprio dal punto di vista della dialettica tra Stato e Regioni, si dimostra assai paradigmatico delle tensioni che si possono creare tra centro e periferia, quando è in gioco la tutela del diritto fondamentale alla salute, per mezzo della garanzia delle prestazioni sanitarie. In questo specifico ambito, come è noto, una significativa parte del dibattito è alimentata dalla limitatezza delle risorse finanziarie e dalla struttura del servizio sanitario: i livelli essenziali delle prestazioni sono fissati dallo Stato, ma spetta alle Regioni, responsabili per l'allocazione delle risorse a livello territoriale, la concreta garanzia degli stessi. Inevitabilmente, dunque, l'intrinseca scarsità delle disponibilità finanziarie delle regioni e la potenziale inesauribilità delle prestazioni da garantire alimenta una dialettica piuttosto accesa tra Stato e Regioni che, nella materia sanitaria, si è colorata di tinte piuttosto accese in questi ultimi anni<sup>34</sup>.

La vicenda dell'appropriatezza prescrittiva rappresenta efficacemente tali problematiche. Come si ricorderà, nelle more dell'aggiornamento dei Livelli essenziali, il legislatore aveva previsto che il Ministero della Salute adottasse un decreto per mezzo del quale fissare le condizioni di erogabilità e le indicazioni di appropriatezza prescrittiva delle prestazioni di assistenza specialistica territoriale. Le Regioni Veneto e Liguria avevano impugnato l'intervento legislativo statale di razionalizzazione della spesa sanitaria, lamentando, in particolar modo, l'unilateralità della decisione allocativa che avrebbe avuto inevitabili ricadute sulla garanzia territoriale delle prestazioni sanitarie. Nonostante il legislatore avesse previsto una previa intesa ai fini dell'adozione del decreto sull'appropriatezza prescrittiva, le Regioni ricorrenti si dolevano degli insostenibili vincoli cui l'organizzazione sanitaria territoriale era ormai sottoposta, a motivo del progressivo imbrigliamento, anche in via legislativa, dei limitati spazi di autonomia riservati alle Regioni nella materia sanitaria. Oltre al nodo delle risorse, parte del ricorso regionale verteva anche sulla supposta e problematica interferenza del legislatore nello spazio di autonomia del medico.

La pronuncia con cui la Corte ha risolto il ricorso si colloca, dal punto di vista del rapporto tra diritto e medicina, nel solco già segnato a partire dalla menzionata sentenza n. 282 del 2002 e conferma, con riguardo alla definizione del riparto di competenze tra Stato e Regioni, i punti di approdo raggiunti dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla riforma del Titolo V. In particolare, e per quanto di interesse in questa sede, la decisione merita di essere segnalata per aver ulteriormente arricchito la struttura del complesso rapporto tra discrezionalità legislativa e scienza medica, senza appiattirne l'ar-

<sup>33</sup> In commento alla sentenza e, più in generale, in riferimento alle problematiche connesse agli interventi legislativi sull'obbligo vaccinale, cfr. M. TOMASI, *Politiche vaccinali, decretazione d'urgenza e rapporti fra Stato e Regioni*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 6, 2018, 874 ss.; A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta Online*, 1, 2018, 87 ss.

<sup>34</sup> In argomento v. G. RIVISECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, cit.; in prospettiva più ampia v. F. GUELLA, *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale*, Napoli, 2014.

tiolazione sulle questioni finanziarie e sull'intrinseca scarsità di risorse economiche in campo sanitario<sup>35</sup>. Risolvendo la specifica questione concernente il decreto sull'appropriatezza prescrittiva con un rigetto interpretativo, la Corte ha dapprima sottolineato che l'individuazione di criteri per la prescrizione di esami specialistici non vieta al medico di indicare alla persona gli accertamenti ritenuti necessari nel caso concreto e non pregiudica, dunque, la sua possibilità di operare secondo "scienza e coscienza". Più specificamente, l'appropriatezza prescrittiva introdotta dal decreto ministeriale deve essere intesa non quale obbligo coercitivo, ma «come un invito al medico prescrittore di rendere trasparente, ragionevole ed informata la consentita facoltà di discostarsi dalle indicazioni del decreto ministeriale»<sup>36</sup>. Viene fatta salva, in altre parole, l'ampia autonomia da tempo riconosciuta dal giudice delle leggi alla scienza medica e ai suoi qualificati interpreti<sup>37</sup>.

Quanto, poi, al riparto di competenze in materia, pur facendo salvo il testo normativo impugnato e ancora una volta in via interpretativa, la Corte ripudia nettamente l'approccio puramente orientato a un canone di sostenibilità esclusivamente finanziaria delle decisioni in campo medico: «ferma restando la discrezionalità politica del legislatore nella determinazione – secondo canoni di ragionevolezza – dei livelli essenziali, una volta che questi siano stati correttamente individuati, non è possibile limitarne concretamente l'erogazione attraverso indifferenziate riduzioni della spesa pubblica»<sup>38</sup>. I tagli lineari alle risorse disponibili, in altre parole, non provocano altro risultato se non quello di generare «situazioni prive di tutela», poiché sarebbe compromessa, in concreto, anche l'erogazione di prestazioni irrinunciabili.

In questo complesso quadro e a fronte di un intreccio tra spazi di intervento statali e regionali, che nei quasi due decenni di vigenza del Titolo V riformato è andato delineandosi, lo spazio dell'autonomia regionale, lungi dall'essere ridotto come potrebbe apparire, trova un'importante valorizzazione nella necessaria partecipazione degli enti territoriali alla programmazione della spesa sanitaria e alla sua definizione e può rendere le Regioni protagoniste della definizione degli obiettivi di sostenibilità e di razionalizzazione del servizio sanitario.

### 3. Decentramento e asimmetria dei diritti, tra rischi e opportunità

#### 3.1. L'espressione dell'autonomia regionale per mezzo della leale collaborazione

Le considerazioni sinora sviluppate parrebbero portare alla necessaria conclusione per cui all'autonomia regionale residua ben poco margine di intervento in materia sanitaria; spazio ancora minore con

<sup>35</sup> In commento alla sentenza v. P. GIANGASPERO, *Ancora una variazione sul tema di tecnica, scienza e diritto: indicazioni di erogabilità e appropriatezza terapeutica, diritto alla salute, prescrizioni mediche «in scienza e coscienza» e vincoli alle Regioni*, in *Le Regioni*, 1, 2018, 133 ss.

<sup>36</sup> Corte cost., sent. n. 169 del 2017, par. 8 del considerato in diritto.

<sup>37</sup> La Corte in questa parte della pronuncia, si richiama al «carattere personalistico delle cure sanitarie» e, citando ad uno dei propri precedenti relativi alla legge sulla procreazione medicalmente assistita (sentenza n. 151 del 2009) stabilisce che l'intervento normativo non può impedire la valutazione da parte del medico, sulla base delle più accreditate e appropriate conoscenze scientifiche, del singolo caso, al fine di individuare le cure maggiormente adeguate (par. 8 del considerato in diritto).

<sup>38</sup> Corte cost., sent. n. 169 del 2017, par. 9.3.2 del considerato in diritto.

riguardo alla specificità del biodiritto, tenuto conto della stretta ineranza di quest'ambito con la tutela dei diritti fondamentali.

Eppure, non è del tutto così: la giurisprudenza costituzionale che, dal 2002 ad oggi, ha contribuito alla costruzione dell'attuale assetto del regionalismo ha indicato una via per una partecipazione attiva delle autonomie territoriali alla definizione delle politiche in materia di salute da parte dello Stato. Già a partire dalla sentenza n. 88 del 2003, infatti, i livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria sono stati identificati nelle prestazioni previste dal decreto recante i Livelli essenziali di assistenza (l'allora d.P.C.M. del 29 novembre 2001, oggi sostituito dal d.P.C.M. del 12 gennaio 2017), la cui determinazione avviene previo l'obbligatorio coinvolgimento delle Regioni, sancito attraverso l'intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano. Lo strumento dell'intesa, infatti, viene individuato quale requisito non solo necessario, ma addirittura essenziale per la procedura per la determinazione dei LEA sanitari, poiché esso sostanzia «la più incisiva forma di leale collaborazione fra Stato e Regioni»<sup>39</sup>.

Negli anni a seguire, il punto di vista della Corte sulla definizione del principio di leale collaborazione, anche nella materia sanitaria, si è plasmato sulle questioni di volta in volta prospettate, finendo per assumere, talvolta, connotati non sempre coerenti. Cercando di trarre un principio generale utile alle riflessioni che qui si stanno sviluppando, comunque, si può osservare come il previo coinvolgimento regionale sia stato definito dalla Corte necessario ed essenziale alla realizzazione degli obiettivi di garanzia uniforme dei diritti e delle prestazioni sul territorio nazionale. Ciò vale, a maggior ragione, in quei casi in cui, come nella materia sanitaria, il contenuto sia fissato a priori dal legislatore statale, ma le "forme" da dare a tale contenuto spettino alle Regioni, in virtù delle loro potestà organizzative<sup>40</sup>.

La già menzionata sentenza n. 169 del 2017 ha, in questo senso, aggiunto un'importante connotazione al principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni che, quando viene in gioco la determinazione dei

<sup>39</sup> Corte cost., sent. n. 134 del 2006. La pronuncia è stata resa in un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 169, l. n. 311/2004 ("Disposizioni per bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2005"), promosso con ricorsi della Regione Friuli-Venezia Giulia e della Provincia autonoma di Trento, per violazione delle norme dei rispettivi Statuti speciali (laddove intersecava le competenze legislative delle ricorrenti in materia di igiene e sanità) e dell'art. 117 Cost. Come si ricorderà, con una pronuncia sostitutiva (il testo della norma impugnata prevedeva, infatti, il mero parere), la Corte sancì l'intesa quale presupposto necessario dell'adozione del decreto ministeriale di definizione degli standard delle prestazioni e dei servizi, proprio a motivo dell'intreccio di competenze in materia sanitaria. Sull'intesa, quale elemento della procedura per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni cfr. si veda A.S. DI GIROLAMO, *Livelli essenziali e finanziamento dei servizi sanitari alla luce del principio di leale collaborazione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 3-4, 2007, 481 ss.; E. BALBONI, P.G. RINALDI, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 5, 2006, 1014 ss.; C. DI SOMMA, *Livelli essenziali di assistenza e leale collaborazione attraverso l'intesa*, in *forumcostituzionale.it*, 18.07.2006.

<sup>40</sup> *Inter multis*, in chiave critica sulle molte forme della leale collaborazione e sulla non sempre coerente distinzione tra intesa c.d. forte e intesa c.d. debole cfr. R. BIN, *La leale cooperazione nella giurisprudenza costituzionale più recente*, disponibile all'indirizzo internet <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Leale%20collaborazione.pdf>; in argomento v. L. ANTONINI, M. BERGO, *Il principio di leale collaborazione e la remuntada delle Regioni nei rapporti finanziari con lo Stato: brevi riflessioni a margine di alcune recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 12, 2018; A. POGGI, *Corte Costituzionale e principio di "lealtà" nella collaborazione tra Stato e Regioni per l'esercizio delle funzioni*, in *Federalismi.it*, 19, 2017.

livelli essenziali delle prestazioni sanitarie «si colora della doverosa cooperazione per assicurare il migliore servizio alla collettività»<sup>41</sup>. Il principio affermato riguarda l'accordo da raggiungere in merito al finanziamento delle prestazioni e rileva, quindi, in termini di sostenibilità finanziaria della definizione del contenuto dei diritti; esso tuttavia concerne la rideterminazione del livello di finanziamento del Servizio sanitario nazionale, influenzando, quindi, sulla garanzia in concreto delle prestazioni agli assistiti e, in definitiva, sul loro diritto alla salute.

Dall'altro lato della medaglia, quando è lo Stato a dubitare della legittimità delle leggi regionali, ancora una volta possono venire in rilievo questioni attinenti alla materia finanziaria e alle modalità di allocazione delle risorse. Senza poter entrare nel dettaglio del complesso rapporto tra erogazione delle prestazioni, (mancata) definizione dei costi e dei fabbisogni standard e federalismo fiscale, sia sufficiente evidenziare come di recente la Corte abbia colto l'occasione per segnalare le conseguenze che una negligente gestione della contabilità regionale può avere sulla garanzia dei diritti<sup>42</sup>.

Il punto merita di essere evidenziato poiché, accanto alla concretizzazione del principio di leale collaborazione di cui si è detto, concorre ad evidenziare, ancora una volta, il dato per cui la previsione dei livelli essenziali delle prestazioni (dei quali la materia sanitaria è l'autonomia) costituisce la valvola di salvaguardia del principio di eguaglianza, nel disegno di un sistema articolato di differenziazioni nel nostro Stato sociale<sup>43</sup>.

Dalla combinazione tra l'interpretazione in senso decisamente centripeto del riparto di competenze rilevanti nel settore del biodiritto e dagli approdi più recenti della giurisprudenza costituzionale sul principio di leale collaborazione si può, quindi, trarre la conclusione per cui lo spazio residuale di intervento diretto e pienamente autonomo delle Regioni nel campo del biodiritto è sicuramente assai ridotto. Tuttavia, sia a motivo del necessario previo coinvolgimento delle autonomie territoriali sia in virtù del delicato ruolo ad esse riconosciuto per l'attuazione di quanto fissato a livello statale, si può giungere alla conclusione per cui, in questo campo, le Regioni hanno un ruolo determinante per la garanzia in concreto dei diritti della persona nel campo della medicina.

### 3.2. Le opportunità di un biodiritto regionale organizzativo e propulsivo

Dalle considerazioni sinora sviluppate, possono essere individuate due essenziali traiettorie che segnano una potenziale incidenza significativa dell'autonomia regionale nel campo del biodiritto. La prima dimensione è quella organizzativa: come si è già detto, potendo dettare le "forme" della realizzazione del diritto alla salute, le Regioni possono significativamente contribuire all'effettività dei diritti della persona nel campo della medicina. In seconda battuta, un importante ruolo, in termini propulsivi, può essere giocato dalle autonomie regionali proprio in sede di Conferenza. Facendo leva sui bisogni registrati a livello territoriale, le Regioni possono svolgere una funzione propulsiva nei confronti delle decisioni nazionali.

<sup>41</sup> Corte cost., sent. n. 169 del 2017, punto 9.3.2. del considerato in diritto.

<sup>42</sup> Corte cost., sent. n. 197 del 2019, relativa alla legittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge della Regione Sicilia n. 8 del 2018 correttive della legge di stabilità regionale.

<sup>43</sup> Similmente C. BUZZACCHI, *LEA, costi, fabbisogni e copertura finanziaria: le categorie di riferimento per la finanza regionale presente e in corso di differenziazione*, in *Diritti Regionali*, 3, 2019, 11.

Quanto al primo aspetto, si è già fatto cenno al dato per cui l'essenza dell'autonomia regionale, nel campo del biodiritto, sia individuabile proprio nella funzione organizzativa e allocativa che il riparto di competenze tra Stato e Regioni disegna nella materia sanitaria. Con riferimento ad un campo normativo il cui oggetto è sicuramente attinente al biodiritto, a motivo dell'intersezione tra medicina e tutela di diversi diritti fondamentali (tra loro potenzialmente confliggenti), la vicenda relativa a un provvedimento della Regione Lazio dimostra quanto la dimensione organizzativa possa incidere sulla tutela dei diritti.

Con il decreto n. 152 del 2014<sup>44</sup>, il Presidente della Regione Lazio, in qualità di commissario *ad acta* interveniva con norme organizzative per migliorare l'appropriatezza organizzativa nell'erogazione delle prestazioni sanitarie, anche al fine di rendere più omogenee le funzioni svolte dai Consultori familiari regionali. Nell'allegato 1 al provvedimento si individuavano alcune linee di indirizzo per l'attività di tali centri e, tra le varie indicazioni, si sottolineava come il personale medico operante nei Consultori non sia direttamente coinvolto nelle interruzioni di gravidanza, bensì «solo in attività di attestazione dello stato di gravidanza e certificazione attestante la richiesta» della donna. Il senso della precisazione si comprende se si considerano le problematiche applicative che la legge n. 194 del 1978, in materia di interruzione volontaria di gravidanza, sta recentemente soffrendo in relazione all'alta percentuale di obiezione di coscienza tra i medici ginecologi. Tramite un atto di natura organizzativa, quindi, la Regione esercitava la propria autonomia organizzativa senza interferire in alcun modo con i contenuti della legge, ma definendo in modo uniforme i compiti del personale operante nelle strutture sanitarie territoriali.

Adito da alcune associazioni che dubitavano della legittimità del decreto, il Tribunale amministrativo del Lazio è intervenuto sul punto, stabilendo che il Commissario *ad acta*, tramite tale provvedimento, non ha in alcun modo violato l'articolo 9 della legge n. 194 del 1978. A tale proposito, il giudice amministrativo evidenzia proprio come sia da escludersi che «l'attività di mero accertamento dello stato di gravidanza richiesta al medico di un Consultorio si presenti come atto a turbare la coscienza dell'obiettore, trattandosi, per quanto sopra chiarito, di attività meramente preliminari non "legate in maniera indissolubile, in senso spaziale, cronologico e tecnico" al processo di interruzione della gravidanza»<sup>45</sup>. Simile conclusione viene raggiunta dal collegio anche con riguardo alla previsione dell'obbligo, per il personale medico del Consultorio, di prescrivere contraccettivi d'emergenza.

Il caso è rilevante, in riferimento all'individuazione dello spazio dell'autonomia regionale nel campo del biodiritto poiché dimostra come, per mezzo degli strumenti organizzativi a disposizione delle Regioni per garantire l'omogeneità del funzionamento dei servizi sanitari regionali sia possibile cooperare virtuosamente alla realizzazione dei diritti fondamentali previsti dalle leggi statali. Assicurando l'efficienza e l'omogeneità del funzionamento dei servizi sanitari regionali, infatti, è possibile incidere in modo positivo sulla tutela dei diritti della persona, consentendone la piena effettività.

<sup>44</sup> Decreto n. 152 del 2014, recante "Rete per la Salute della Donna, della Coppia e del Bambino: 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".

<sup>45</sup> Tar Lazio, sez. III quater, sent. n. 8990 del 2016. In argomento, *inter multis*, v. M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 1, 2018. *Amplius*, B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017.

La seconda funzione dell'autonomia regionale che può validamente incidere nella tematica biogiuridica è rappresentata dal ruolo propulsivo che le Regioni possono esercitare per l'avanzamento nel livello di garanzia dei diritti.

Questo ruolo può esercitarsi in diverse direzioni.

In primo luogo, nelle sedi di concertazione, le autonomie regionali possono concordare strategie operative e organizzative condivise che favoriscano la realizzazione dei diritti all'incrocio con la medicina. Ne rappresentano un efficace esempio alcuni Accordi raggiunti in sede di Conferenza Stato-Regioni per la gestione di alcune tematiche particolarmente complesse, sia sul piano organizzativo, sia dal punto di vista del novero dei valori costituzionali coinvolti. Si pensi, a riguardo all'Accordo recante "Indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle Regioni e Province autonome"<sup>46</sup>. Il documento è stato motivato dalla difformità di approcci delle diverse Regioni rispetto all'accesso alle cure da parte degli stranieri presenti sul territorio nazionale e dall'esigenza di garantire uniformità di applicazione alle norme nazionali sull'assistenza sanitaria ai migranti. L'autonomia regionale si esplica, in questo caso, nella presa d'atto della necessità di garantire l'uniforme applicazione della legge nazionale per mezzo degli strumenti organizzativi a disposizione delle Regioni, al fine di evitare ingiuste compressioni nella tutela dei diritti fondamentali di una parte della popolazione in condizione di potenziale (o reale) fragilità.

In secondo luogo, un ulteriore esempio contribuisce a rafforzare quanto sinora affermato. All'indomani della sentenza della Corte costituzionale sull'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa originariamente previsto dalla legge n. 40 del 2004, in sede di Conferenza Stato-Regioni veniva elaborato un accordo per garantire l'immediata ed effettiva applicazione della legge come risultante dall'intervento del giudice delle leggi. In assenza di un intervento (ancora atteso) del legislatore, tale documento ha contribuito a dare compiuta realizzazione ai diritti delle coppie sterili che accedono alla procreazione assistita e che necessitano della donazione dei gameti<sup>47</sup>.

A tal genere di interventi si fa riferimento in termini di ruolo propulsivo dell'autonomia regionale poiché, come si è visto, gli enti territoriali sono intervenuti per colmare i *gap* dell'intervento del legislatore statale o per razionalizzare le norme esistenti, ai fini di una migliore garanzia del principio di eguaglianza.

In questo senso, le Regioni si muovono nello stretto ambito delle funzioni loro assegnate dalla Costituzione. Però, attraverso gli strumenti della concertazione, possono concordare la condivisione di *policies*, interventi, buone pratiche e contenuti deliberativi in modo da garantire, anche all'interno del

<sup>46</sup> Conferenza Stato-Regioni, Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sul documento recante "Indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle Regioni e Province autonome", Repertorio Atti n. 255/CSR del 20/12/2012.

<sup>47</sup> Conferenza permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, Repertorio Atti n. 14/109/CRO2/C7SAN, "Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 162/014 (4 settembre 2014)"; Conferenza permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, Repertorio Atti n. 14/121/CR7c/C7, Definizione tariffa unica convenzionale per le prestazioni di fecondazione eterologa (25 settembre 2014). In argomento v. L. VIOLINI, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1, 2015, 35 ss.

loro spazio di autonomia, l'effettività garanzia dei diritti costituzionali e l'uniformità degli stessi sul territorio nazionale.

### 3.3. Le problematiche di un biodiritto regionale simbolico

In contrapposizione ai risvolti virtuosi dell'esercizio dell'autonomia regionale nel campo del biodiritto di cui si è detto, bisogna però anche dare conto, seppur brevemente, dei rischi connessi all'interpretazione in chiave simbolica che le Regioni hanno talvolta dato alle proprie competenze. Sia per mezzo di fonti primarie sia – più frequentemente – attraverso l'impiego di fondi secondarie o atti amministrativi, alcune Regioni, in anni recenti, sono intervenute nel campo del biodiritto, andando oltre le proprie attribuzioni, sia con finalità che si ponevano in linea con il livello di garanzia dei diritti già riconosciuti, sia al fine di limitarne l'esigibilità.

Il ricorso allo strumento normativo con finalità simboliche, prima che giuridico-politiche da parte delle autonomie territoriali può porsi in linea con i valori promossi nella legislazione statale, oppure contrapporsi ad essa. Il primo degli intenti descritti è efficacemente rappresentato da due interventi legislativi regionali collegati alle scelte di fine vita. La legge della Regione Calabria n. 27 del 2014, recante "Norme in tema di donazione degli organi e tessuti", e la legge del Friuli-Venezia Giulia n. 4 del 2015 recante "Istituzione del registro regionale per le libere dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario (DAT) e disposizioni per favorire la raccolta delle volontà di donazione degli organi e dei tessuti" intervenivano entrambe in senso promozionale, incentivando, l'una, la manifestazione di volontà alla donazione *post mortem* degli organi e disciplinando, l'altra, il registro regionale delle disposizioni anticipate di trattamento, in attesa della legge statale. Entrambe non hanno superato il controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale, essendo intervenute in ambiti riservati alla competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile<sup>48</sup>.

Pur senza entrare nel dettaglio delle motivazioni delle sentenze con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità di tali leggi, si può sottolineare lo scopo perseguito dal legislatore regionale. Da un lato, senza aggiungere nulla alle norme nazionali già esistenti, il Consiglio regionale calabro mirava a porre l'attenzione su una tematica particolarmente sensibile, quella della donazione degli organi; dall'altro lato, in attesa dell'approvazione della legge sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento, il legislatore del Friuli-Venezia Giulia istituiva un registro regionale delle DAT, al fine di dare uniforme applicazione sul territorio regionale alla possibilità di depositare le proprie dichiarazioni di volontà presso gli uffici comunali dello stato civile. Il valore simbolico di tali interventi può essere individuato nella volontà dei due legislatori regionali di dare risalto a tematiche avvertite come particolarmente sensibili, utilizzando impropriamente lo strumento legislativo, pur nella consapevolezza di intervenire in ambiti riservati alla competenza esclusiva dello Stato<sup>49</sup>.

Maggiormente problematiche, in termini di garanzia dei diritti, appaiono altre prese di posizione assunte a livello regionale, per contrastare l'applicazione di norme statali attinenti al campo del biodiritto oppure, come nelle ultimissime battute della vicenda di Eluana Englaro, per ostacolare l'attuazione di

<sup>48</sup> Si vedano le sentenze della Corte costituzionale n. 195 del 2015 e n. 262 del 2016.

<sup>49</sup> La riflessione qui brevemente accennata trova supporto argomentativo nei lavori preparatori ai testi delle due leggi menzionate ed è stata già ulteriormente approfondita dall'autrice in L. BUSATTA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento, tra ordinamento civile e «ragioni imperative di eguaglianza»*, in *Le Regioni*, 3, 2017, 563.

un provvedimento giurisdizionale<sup>50</sup>. In questo caso, come si ricorderà, il giudice amministrativo era stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento con il quale la Direzione Generale Sanità della Regione Lombardia aveva negato la possibilità di accesso ad una struttura sanitaria regionale per l'interruzione dei trattamenti. A chiusura della vicenda, il Consiglio di Stato, nell'annullare l'atto oggetto di giudizio, esclude la possibilità per una struttura regionale di opporsi – per motivi di coscienza – all'attuazione di un provvedimento giurisdizionale poiché rileva l'esistenza di un obbligo di *facere* in capo all'amministrazione che corrisponde, *inter alia*, all'adempimento di un indefettibile dovere solidaristico «di aiutare la persona a rimuovere gli ostacoli di fatto, di ordine fisico o psichico, che non le consentono di realizzare pienamente la sua personalità, anzitutto nel suo percorso di sofferenza, anche attraverso il rifiuto e l'interruzione di cure non avvertite più rispondenti alla visione della propria vita e della propria dignità»<sup>51</sup>.

Sulla medesima linea si pongono altri interventi regionali, tutti censurati in sede giurisdizionale, frutto di una precisa scelta di natura valoriale del legislatore o dell'amministrazione territoriale. Si pensi, a riguardo, alle linee guida<sup>52</sup> con le quali la Lombardia aveva limitato alla ventiduesima settimana più tre giorni l'accesso all'interruzione di gravidanza dopo i primi novanta giorni<sup>53</sup>. Così facendo, la Regione aveva interferito con un ambito appartenente alla competenza del legislatore statale, che quest'ultimo volutamente aveva lasciato aperto al libero apprezzamento del medico, da parametrare caso per caso, a seconda delle condizioni della gestante<sup>54</sup>. Il giudice amministrativo riprende, quindi, i principi che abbiamo visto guidare la giurisprudenza costituzionale nel campo del biodiritto: necessità di una disciplina uniforme a livello nazionale, insieme all'esigenza di riservare un adeguato spazio di apprezzamento alla scienza medica<sup>55</sup>.

Accanto a questi, vi sono altri casi<sup>56</sup> nei quali le autonomie regionali, invece di mettere a frutto gli strumenti che l'ordinamento pone a loro disposizione per esercitare virtuosamente l'autonomia di cui

<sup>50</sup> Consiglio di Stato, sent. n. 4460 del 2014.

<sup>51</sup> Consiglio di Stato, sent. n. 4460 del 2014, par. 57.9.

<sup>52</sup> Decreto D.G. Sanità 22 gennaio 2008 n. 327, recante "Atto di indirizzo per l'attuazione della legge 22 maggio 1978 n. 194", e della deliberazione di Giunta n. VIII/006454 del 22 gennaio 2008

<sup>53</sup> Come prevista dall'art. 6, lett. b, della legge n. 194 del 1978.

<sup>54</sup> Nelle parole del Tar Lombardia, sez. III, sent. n. 7735/2010: «Risulta pertanto chiaro il contrasto fra la disposizione statale e quella contenuta nelle linee guida regionali le quali, individuando un termine oltre il quale si deve presumere, salvo prova contraria, che il feto possa avere vita autonoma, contravvengono alla chiara decisione del legislatore nazionale di non interferire in un giudizio volutamente riservato agli operatori, i quali, come detto, debbono poter effettuare le proprie valutazioni esclusivamente sulla base delle risultanze degli accertamenti svolti caso per caso e sulle base del livello delle acquisizioni scientifiche e sperimentali raggiunto nel momento in cui vengono formulate le valutazioni stesse».

<sup>55</sup> A riguardo si veda L. BUFFONI, *Il giudice amministrativo e il biodiritto: "soggettività" della giurisdizione e "sovranità" del corpo*, in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice Amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, 2012, 504 ss.

<sup>56</sup> Interessante è, ad esempio, la fissazione dei limiti di età della donna per l'accesso alla procreazione medicalmente assistita. Con la sentenza n. 501 del 2015, il Tar Veneto ha annullato la delibera con la quale la giunta regionale aveva fissato a 43 anni il limite di età delle donne per l'accesso alla PMA eterologa, mentre aveva lasciato invariato l'originario limite di 50 anni per la PMA senza donazione di gameti. Nel rilevare l'irragionevolezza della distinzione, il giudice amministrativo osserva che «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».

dispongono per contribuire alla realizzazione dei diritti, hanno scelto di esercitare la propria autonomia senza porre al centro la persona e senza considerazione per il principio di eguaglianza e l'impronta solidaristica che ispira anche il riparto delle competenze.

#### 4. Quali opportunità per un biodiritto regionale, nella prospettiva del regionalismo differenziato?

A conclusione di questa panoramica del dispiegarsi delle istanze del regionalismo rispetto alle esigenze di eguaglianza e uniformità nazionale della tutela dei diritti nel campo del biodiritto, occorre svolgere alcune brevi valutazioni sui procedimenti in corso per il riconoscimento di forme e condizioni particolari di autonomia ad alcune Regioni.

Come è noto, all'inizio del 2018, le tre Regioni che hanno attivato il complesso procedimento per la differenziazione previsto dall'articolo 116, comma terzo, Cost., hanno sottoscritto con il Governo i rispettivi accordi preliminari all'intesa. Senza entrare nel merito di ciascuno dei numerosi snodi critici, tanto sotto il profilo sostanziale quanto sotto quello procedurale<sup>57</sup>, ciò che maggiormente rileva in questa sede concerne il fatto che, per ciascuna delle autonomie territoriali coinvolte, la materia sanitaria si dimostra centrale nelle trattative per il raggiungimento dell'intesa<sup>58</sup>. Del resto, non c'è da stupirsi: durante i quasi due decenni dalla riforma del Titolo V, come abbiamo visto, la materia sanitaria ha significativamente orientato l'interpretazione delle clausole costituzionali sul riparto di competenze e ha variamente impegnato le Regioni, soprattutto in termini di spesa.

Il profilo che, forse, potrebbe destare qualche perplessità, riguarda i tratti che tale differenziazione, con specifico riguardo alla materia sanitaria, pare assumere. Negli accordi preliminari sottoscritti nel febbraio 2018, infatti, le materie per le quali le Regioni interessate chiedono ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, nel segno della Costituzione, sono indicati negli allegati. Con una certa omogeneità, tutti trattano di politiche del lavoro, istruzione, salute e ambiente e, con specifico riguardo alla materia sanitaria, le richieste di differenziazione si dimostrano piuttosto omogenee<sup>59</sup>.

Fra gli ambiti della materia sanitaria su cui le Regioni insistono, un profilo che merita di essere segnalato riguarda la definizione di un procedimento per l'adozione di eventuali decisioni sull'equivalenza terapeutica dei medicinali, presente in modo identico nei tre documenti. Il tema merita considerazione poiché esso non riguarda la mera gestione della spesa farmaceutica (che, come noto, impegna in modo assai significativo i bilanci regionali), ma attiene anche al rapporto tra diritto e scienza. Nei documenti

<sup>57</sup> Assai copiosa è ormai la letteratura su questo aspetto. Senza pretese di completezza cfr. P. GIANGASPERO, *Ancora sul processo di differenziazione dell'autonomia regionale ordinaria: le prospettive di applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra principio negoziale, vincoli procedurali ed impatto sul sistema delle fonti del diritto*, in *Le Regioni*, 2, 2018, 163 ss.; F. PALLANTE, *Nel merito del regionalismo differenziato: quali «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» per Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna?*, in *Federalismi.it*, 6, 2019; G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019; G. ROLLA, *L'evoluzione dello Stato regionale in Italia: tra crisi del regionalismo omogeneo e aspirazioni a un'autonomia asimmetrica dei territori*, in *Le Regioni*, 1, 2019, 141 ss.

<sup>58</sup> In argomento v. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2 2019; I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento*, cit., 21 ss.

<sup>59</sup> R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., 6.

viene previsto un meccanismo affinché le Regioni possano sollecitare l'intervento di AIFA, tramite l'invio di un documento contenente valutazioni tecnico-scientifiche sull'equivalenza terapeutica dei farmaci. A questo, l'Agenzia del Farmaco è tenuta a rispondere (nei termini di 180 giorni), «adottando un parere obbligatorio e vincolante sull'intero territorio nazionale».

Il profilo è interessante poiché si collega ad alcuni significativi precedenti in materia di governo della spesa farmaceutica e di rimborsabilità dei medicinali che hanno avuto come protagoniste proprio alcune delle Regioni coinvolte nella richiesta di autonomia differenziata<sup>60</sup>.

A prescindere da quale sarà l'esito finale dell'articolato *iter* per il riconoscimento del regionalismo differenziato, anche in termini di definizione nel dettaglio dello specifico procedimento in materia farmaceutica cui si è fatto brevemente cenno, ciò che pare potersi osservare in termini di rapporto tra bio-diritto e autonomia regionale concerne la valorizzazione di un ruolo propulsivo delle autonomie territoriali rispetto al miglioramento dell'organizzazione sanitaria nel nostro Paese.

Già all'indomani della riforma del Titolo V, proprio con riguardo a quanto previsto dall'articolo 116, comma terzo, Cost., si erano evidenziate le potenziali criticità che il regionalismo a più velocità avrebbe potuto provocare sulla tutela dei diritti<sup>61</sup>. Promuovere in modo asettico un regionalismo competitivo, trascurando le finalità di promozione della solidarietà che permeano il testo costituzionale, avrebbe come risultato quello di esacerbare in modo irragionevole le differenziazioni intersoggettive e interterritoriali, contraddicendo l'art. 3 e anche il principio di indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5 Cost.

Diversamente, coniugare le istanze della differenziazione alla lettura costituzionalmente costruttiva che si può attribuire alla clausola sui livelli essenziali consente di temperare, in senso cooperativo, la spinta regionalistica, contribuendo ad allentare le tensioni che, inevitabilmente possono prodursi, con il principio di eguaglianza<sup>62</sup>.

Nella dialettica tra centro e periferia nell'ambito del biodiritto, le criticità e le opportunità che si celano nei procedimenti per il riconoscimento dell'autonomia differenziata rappresentano il paradigma dell'eterna tensione tra principio di eguaglianza e istanze territoriali, quando viene in gioco la tutela dei diritti fondamentali. Sul punto, è stato efficacemente osservato come la differenziazione *ex art. 116, comma terzo, Cost.* possa permettere alle Regioni di valorizzare il proprio modello organizzativo

<sup>60</sup> Il riferimento riguarda la Regione Veneto, per un contenzioso sui farmaci oncologici innovativi, su cui cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 4546 del 2017, e la Regione Emilia-Romagna, coinvolta in prima linea nell'articolata vicenda relativa all'equivalenza dei farmaci Avastin e Lucentis. In argomento v. P.I. D'ANDREA, *Dispensazione di farmaci "off-label" e contenimento della spesa farmaceutica (appunti a margine del caso Avastin-Lucentis)*, in *Diritto e società*, 3, 2015, 613 ss.; G.M. CAVO, *Impiego di farmaci "off-label" e razionalizzazione della spesa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2014, 1089 ss.; L. PACE, *I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. Profili di costituzionalità*, cit.

<sup>61</sup> A riguardo, osservava M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, cit., 353 che: «L'art. 116 introduce un indubbio elemento di regionalismo competitivo, non bilanciato da chiari contrappesi di regionalismo cooperativo (in particolare, non sono ben definite le procedure di raccordo tra i livelli territoriali, né è prevista una Camera delle Regioni)».

<sup>62</sup> Sul punto v. C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali" (art.117 co.2, lett.m, Cost.)*, in *Diritto Pubblico*, 2002, 3, 889; I. CAVICCHI, *Salute e federalismo. Forma e contenuti dell'emancipazione*, Torino, 2001, 26.

in sanità, ma contribuendo al «dinamico rafforzamento» dei principi che fondano il sistema sanitario nazionale<sup>63</sup>.

Come si è avuto modo di vedere, anche nei casi in cui lo spazio per l'esercizio effettivo dell'autonomia regionale sia molto limitato o sia, addirittura, completamente assorbito dalle prevalenti esigenze di uniformità nazionale (come insegna l'interpretazione costituzionale della clausola sui livelli essenziali), il livello territoriale può comunque concorrere alla definizione in positivo del contenuto dei diritti, sia in termini organizzativi sia dal punto di vista della promozione – nelle sedi istituzionalmente designate – dell'avanzamento nel riconoscimento dei diritti.

Special Issue

---

<sup>63</sup> R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, cit., 9.



# Il contributo della Corte di Giustizia alla formazione di un biodiritto europeo attraverso i diritti fondamentali

Nicole Lazzerini\*

THE CONTRIBUTION OF THE COURT OF JUSTICE TO THE DEVELOPMENT OF A EUROPEAN BIOLAW THROUGH FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT: Despite the lack of significant competences of the Union in this respect, several dynamics facilitate the encounter between Union law and biolaw. Amongst these, the protection of fundamental rights has become more prominent following the elaboration of the Charter of fundamental rights of the European Union and the subsequent recognition of its Treaty-like status. The occasions for the Court of Justice to deal with biolaw issues have increased. From a substantive point of view, this case law shows that the Court can actively contribute to the development of a European biolaw.

KEYWORDS: EU law; European Court of Justice; EU Charter of Fundamental Rights; human dignity; equality and non-discrimination

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Biodiritto e diritto dell'Unione europea: un incontro sempre più frequente, anche in assenza di competenze dirette – 3. Le disposizioni rilevanti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – 4. Il parametro dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa a normative dell'Unione con una dimensione biogiuridica – 5. La Corte di giustizia dinanzi all'incidenza di questioni biogiuridiche su normative dell'Unione "non dedicate" – 6. Osservazioni conclusive

## 1. Introduzione



*[When] we come to matters with a European element, the Treaty is like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back*<sup>1</sup>. La nota metafora utilizzata da Lord Denning per descrivere la forza espansiva del diritto dell'Unione europea è particolarmente calzante rispetto al tema di questo contributo<sup>2</sup>. Allo stato attuale, l'Unione non dispone

\* Ricercatrice di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Firenze. Mail: [nicole.lazzerini@unifi.it](mailto:nicole.lazzerini@unifi.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

<sup>1</sup> *HP Bulmer Ltd and Another v J Bollinger Sa and others*, 1974, EWCA Civ 14, punto 5.

<sup>2</sup> In generale, sul tema dell'interferenza del diritto dell'Unione sulle competenze "esclusive" degli Stati membri, si vedano, *inter alia*, S. GARBEN, *Competence Creep Revisited*, in *Journal of Common Market Studies*, 2019, 205 ss.; B. DE WITTE, *Exclusive Member State Competences-Is There Such a Thing?*, in S. GARBEN, I. GOVAERE (eds.) *The Division of Competences between the EU and the Member States: Reflections on the Past, the Present and the Future*, Oxford, 2017, 59 ss.; L. BOUCON, *EU Law and Retained Powers of Member States*, in L. AZOULAI (ed.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014, 168 ss.; L. AZOULAI, *La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de Justice de l'Union européenne*, in E. NEFRAMI (ed.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2013, 341 ss.; K. LENAERTS, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, in *American Journal of Comparative Law*, 1990, 205 ss.

di una competenza per armonizzare le normative degli Stati membri su temi eticamente sensibili relativi all'inizio o alla fine della vita umana, alle tecniche di manipolazione del corpo e dei suoi componenti, o alla ricerca scientifica su di essi. Ciononostante, si assiste alla progressiva formazione di un *corpus* di biodiritto europeo<sup>3</sup>, che copre questioni complesse sotto il profilo etico e tecnico-scientifico e che si esprime a livello legislativo, giurisprudenziale e anche istituzionale, attraverso il Gruppo europeo sull'etica nelle scienze e nelle nuove tecnologie<sup>4</sup>.

Il biodiritto e il diritto dell'Unione europea si "frequentano", invero, ormai da molto tempo e il loro incontro avviene oggi sempre più spesso, perché molteplici sono le dinamiche e i vettori che lo rendono possibile (par. 2). Tra questi, soprattutto negli anni più recenti hanno acquisito un rilievo primario i diritti fondamentali, la cui tutela ha vissuto un profondo mutamento qualitativo nell'ordinamento giuridico europeo attraverso l'elaborazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito, «Carta») e il successivo riconoscimento del suo *status* di diritto primario<sup>5</sup>.

La ricostruzione del contributo dei diritti fondamentali dell'Unione alla formazione progressiva di un *corpus* di biodiritto europeo è appunto l'oggetto specifico di questo studio. L'analisi muove dalla identificazione delle disposizioni della Carta che hanno una dimensione "biogiuridica" più o meno diretta (par. 3), e si sposta poi, in una prospettiva dinamico-sostanziale, sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, che si è già occupata, in misura diversa, di temi sensibili quali: la definizione giuridica di «embrione umano», la donazione di sangue da parte di persone omosessuali, le implicazioni giuridiche – in particolare, nell'ambito del rapporto di lavoro – del ricorso alla chirurgia per la riassegnazione del sesso, alle tecniche di procreazione assistita e alla maternità surrogata (paragrafi 4 e 5). Da ultimo, una riflessione sarà dedicata alle implicazioni, dal punto di vista delle soluzioni accolte, del carattere prevalentemente "incidentale" della competenza della Corte di giustizia, che deriva dalla "attrazione" esercitata da alcune norme di diritto dell'Unione su temi a questo di per sé estranei (par. 6)<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Osserva E. BROSSET, *Ce que dit le droit de l'Union dans le domaine de la bioéthique (et inversement)*, in *Revue de de l'Union européenne*, 2019, 30 ss, che «[la] question n'est donc plus celle de l'existence d'un droit de l'Union européenne dans la matière, mais celle de sa substance» (ivi, 32). Per ripercorrere questa evoluzione si rimanda, in particolare, alla S. HENNETTE VAUCHEZ, *L'émergence d'un droit communautaire de la biomédecine. Paradoxes et Enjeux*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, 21 ss.; ID., *Biomedicine and EU Law: Unlikely Encounters?*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2009, 5 ss.; ID., *EU Law and Bioethics*, in M. CREMONA (ed.), *New Technology and EU Law*, Oxford, 2017, 38 ss. Si v. altresì C. CAMPIGLIO, *L'internazionalizzazione delle fonti*, in M. TALLACCHINI, S. RODOTÀ (a cura di), *Ambito e Fonti del Biodiritto*, in P. ZATTI, S. RODOTÀ (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010, 609 ss.

<sup>4</sup> Istituito nel 1997 per fornire consulenza alla Commissione europea, su richiesta della stessa o di propria iniziativa, è attualmente formato da 15 esperti indipendenti: cfr. la pagina ufficiale: <http://ec.europa.eu/research/ege/index.cfm>.

<sup>5</sup> Come noto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata proclamata in una prima versione a Nizza, nel dicembre 2000 (ed è per questo anche nota come «Carta di Nizza») ed in una versione rivista a Strasburgo, nel dicembre 2007, in vista della firma del Trattato di Lisbona, che l'ha elevata al rango di diritto primario dell'Unione: cfr. l'art. 6, par. 1, del vigente TUE, che descrive questa evoluzione. La letteratura sulla Carta è sterminata: ci si permette di rinviare, anche per i riferimenti bibliografici ulteriori, a N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018.

<sup>6</sup> Sul tema, recentemente, si v. anche S. PENASA, *Biodiritto e Unione europea: primi spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal–Rivista di BioDiritto*, 2018, e M. SAFJAN, *La bioéthique dans la jurisprudence de la Cour*, in *Liber amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018,

## 2. Biodiritto e diritto dell'Unione europea: un incontro sempre più frequente, anche in assenza di competenze dirette

Le questioni di natura bioetica non sono estranee all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione per ragioni che spaziano dalla (limitata) presenza di basi giuridiche nei Trattati idonei a consentire l'adozione di atti in materie rilevanti per il biodiritto, all'operare di alcune ormai note dinamiche di "attrazione" o di "interferenza" del diritto dell'Unione su temi e scelte relativi a competenze «trattenute» o «riservate» degli Stati membri<sup>7</sup>.

Per quanto riguarda le basi giuridiche, l'art. 114 TFUE<sup>8</sup>, che riguarda, come noto, il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri aventi per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, si è rivelato idonea, nel tempo, a consentire l'adozione di normative dell'Unione con uno specifico rilievo per il biodiritto. Su tale base giuridica sono attualmente fondati, ad esempio, il regolamento n. 536/2014 sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano<sup>9</sup>, e la direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche<sup>10</sup>, che, come si vedrà, ha dato occasione alla Corte di giustizia di confrontarsi con la definizione di «embrione umano»<sup>11</sup>. Un'altra base giuridica "utile" è l'art. 168 TFUE<sup>12</sup>, che consente azioni a livello dell'Unione nel settore della sanità pubblica volte a sostenere, coordinare o completare quelle degli Stati membri; in via di eccezione, su alcuni temi specifici è consentita anche l'adozione di misure di armonizzazione minima, non preclusive di norme nazionali più rigorose, tra cui le «misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati»<sup>13</sup>. Ne sono esempi le direttive dell'Unione sul sangue e gli emoderivati, sui tessuti e sulle cellule, e sulla donazione degli organi<sup>14</sup>.

---

871 ss. Per una recente indagine sull'apporto dato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in materia cfr., invece, C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze, 2019.

<sup>7</sup> Nell'ambito delle competenze esclusive degli Stati membri, i concetti di *retained competences* e *reserved competences*, si riferiscono, rispettivamente a «*policy domains not mentioned in the Treaties as EU competences [and] specific actions which the Treaty text does not allow the Union to undertake in policy domains entrusted to it*»: così B. DE WITTE, *op. cit.*, 60.

<sup>8</sup> Già art. 95 TCE.

<sup>9</sup> Regolamento (UE) n. 536/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano, GUUE L 158, 1 ss. Per un commento v. M. FASAN, *Il Regolamento UE n. 536/2014: la disciplina della sperimentazione clinica tra uniformità e differenziazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2, 2017, 187 ss.

<sup>10</sup> Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, in GUUE L 213, 13 ss. Per un commento v. A. BONFANTI, *La brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche legate al corpo umano e la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *Bioetica e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario. Questioni generali e tutela della proprietà intellettuale*, Torino, 2006, 199 ss.

<sup>11</sup> Cfr. il paragrafo 3, *infra*.

<sup>12</sup> Già art. 152 del Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE).

<sup>13</sup> Cfr. l'art. 168, par. 4, lettera a), TFUE.

<sup>14</sup> Rispettivamente, direttiva 2002/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 gennaio 2003, che stabilisce norme di qualità e di sicurezza per la raccolta, il controllo, la lavorazione, la conservazione e la distribuzione del sangue umano e dei suoi componenti, in GUUE L 33 dell'8 febbraio 2003, 30; direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la

Al di là di queste limitate ipotesi rileva una dinamica che può dirsi generale nel diritto dell'Unione, ovvero il fatto che l'esercizio di una competenza prevista dai Trattati ben può interferire su questioni che non sono – e, talvolta, non possono essere – oggetto di disciplina da parte del legislatore europeo<sup>15</sup>. Ciò si verifica anche rispetto a temi del biodiritto. Si pensi, ad esempio, alla competenza in materia di ricerca e sviluppo tecnologico prevista agli artt. 179 e ss. TFUE<sup>16</sup>: il diritto derivato europeo che fissa le regole relative al finanziamento, attraverso il *budget* dell'Unione, di progetti di ricerca scientifica, come anche le decisioni relative ai singoli progetti finanziabili, non possono prescindere dalla considerazione di questioni eticamente sensibili, sebbene *extra*-competenze<sup>17</sup>. Temi *intra* – ed *extra* – competenze attribuite all'Unione sono di fatto spesso collegati in modo inscindibile, di modo che una questione biogiuridica può diventare rilevante nell'applicazione di un atto dell'Unione (o della relativa normativa nazionale di attuazione) che ha un oggetto non direttamente attinente al biodiritto. Si pensi, ad esempio, al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita o alla maternità surrogata, che può interferire con l'applicazione, a livello nazionale, delle misure di diritto dell'Unione che disciplinano taluni aspetti del rapporto di lavoro, come il congedo di maternità o il divieto di licenziamento per motivi connessi alla gravidanza. In questi casi, in mancanza di un intervento legislativo, spesso impedito dalla difficoltà di trovare un *consensus* tra gli Stati membri, la Corte di giustizia può essere chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di estendere in via interpretativa la protezione prevista dagli atti dell'Unione in questione a situazioni frutto dei progressi in ambito medico e tecnologico<sup>18</sup>.

Un ulteriore e potente fattore di incontro, ed eventualmente scontro, tra il diritto dell'Unione europea e le questioni bioetiche è rappresentato dalla libera circolazione dei servizi nel mercato interno – che riguarda anche le attività mediche e coloro che si recano in un altro Stato membro per fruirne<sup>19</sup> –, nonché dalla libera circolazione dei cittadini europei, che prescinde dalle ragioni dello spostamento<sup>20</sup>. Emblematica e ancora attuale al riguardo è la sentenza *Grogan*<sup>21</sup>, nella quale la Corte di giustizia si è confrontata con la questione se l'interruzione volontaria della gravidanza, effettuata in conformità al

---

donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani, in GUUE L 102 del 7 aprile 2004, 48; direttiva 2010/45/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, relativa alle norme di qualità e sicurezza degli organi umani destinati ai trapianti, in GUUE L 207 del 6 agosto 2010, 14. Per un'analisi v. J. MCHALE, A. MAHALATCHIMY, *EU Law and Policy on Human Materials*, in T. HERVEY, C. YOUNG, L. BISHOP (eds.), *Research Handbook on EU Health Law and Policy*, Cheltenham, 2017, 222 ss.

<sup>15</sup> Cfr. *supra*, note 2 e 7.

<sup>16</sup> Si tratta di una competenza di tipo parallelo, che non può avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro: cfr. l'art. 4, par. 3, TFUE.

<sup>17</sup> Si v. il Regolamento (UE) n. 1291/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, che istituisce il programma quadro di ricerca e innovazione (2014-2020) – Orizzonte 2020. La dinamica descritta ben emerge dal contesto relativo all'iniziativa dei cittadini europei «*Uno di noi*», sul quale si v. *infra*, paragrafo 4.

<sup>18</sup> Su questo aspetto v. *infra*, paragrafo 5.

<sup>19</sup> Il *leading case* al riguardo è la sent. 31 gennaio 1984, causa C-286/82, *Luisi e Carbone*, EU:C:1984:35. Si v. anche la Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, GUUE L 88, 44 ss.

<sup>20</sup> Con l'istituzione della cittadinanza europea, ad opera del Trattato di Maastricht (1992), la titolarità del diritto di circolare liberamente nell'Unione e di risiedere in uno Stato membro diverso da quello di nazionalità è stata infatti estesa a tutti i cittadini degli Stati membri, a prescindere dallo svolgimento di un'attività economica.

<sup>21</sup> Sent. 4 ottobre 1991, causa C-159/90, *Grogan*, EU:C:1991:378.

diritto dello Stato membro in cui avviene la relativa prestazione medica, sia un «servizio» ai sensi del diritto dell'Unione. Il rinvio pregiudiziale proveniva dalla *High Court* di Dublino, dinanzi alla quale un'associazione di diritto irlandese che promuoveva la difesa della vita umana fin dal momento del concepimento aveva chiesto un'ingiunzione nei confronti dei rappresentanti di alcune organizzazioni studentesche irlandesi che diffondevano informazioni dettagliate circa la possibilità di praticare l'interruzione di gravidanza in cliniche ubicate in altri Stati membri. L'associazione ricorrente sosteneva che l'interruzione della gravidanza per intervento medico non poteva essere considerata un servizio, in quanto «gravemente immorale ed implica[n]te la distruzione della vita di un terzo, cioè del nascituro»<sup>22</sup>. La Corte di giustizia ha risposto affermando, invece, la natura moralmente neutrale della nozione di «servizio» rilevante per il diritto dell'Unione, statuendo che, «[i]ndipendentemente dal valore di tali argomenti dal punto di vista morale, occorre ritenere che essi non possono avere alcuna influenza sulla soluzione della prima questione posta[; i]nfatti, non spetta alla Corte sostituire la sua valutazione a quella del legislatore degli Stati membri in cui le attività di cui trattasi sono lecitamente praticate»<sup>23</sup>.

Quanto qui affermato in relazione all'aborto può essere esteso, in linea di principio, ad altri trattamenti medici che sono ammessi solo in alcuni Stati membri: come è stato osservato in dottrina, «[n]ational rules on rights to treatment cannot prevent citizens of the EU seeking treatment elsewhere in the EU, no matter how unethical or immoral such treatment may be seen in the home state, provided it is acceptable in another Member States»<sup>24</sup>. Dal contatto tra ordinamenti giuridici che compiono scelte diverse in relazione allo stesso tema, favorito dalla libera circolazione dei cittadini europei, possono dunque sorgere questioni relative alle conseguenze giuridiche nell'uno Stato membro di situazioni, condotte o *status* realizzati o venuti in essere in un altro Stato membro<sup>25</sup>. Anche questa dinamica può alimentare nuove occasioni per la Corte di giustizia di intervenire, in modo incidentale, su temi propri

<sup>22</sup> *Ibid.*, punto 19.

<sup>23</sup> *Ibid.*, punto 20. In tale sentenza, tuttavia, la Corte di giustizia ha evitato di confrontarsi con la questione della compatibilità con il diritto (allora) comunitario della normativa irlandese controversa, facendo leva sul fatto che la SPUC non operava per conto delle cliniche sulle quali diffondevano informazioni; dunque, la sua attività costituiva una manifestazione della loro libertà di espressione e di manifestazione, ma non risultava coperta dalla libera prestazione dei servizi garantita dal diritto comunitario alle suddette cliniche (cfr., in particolare, i punti 26 e 27 della sentenza *Grogan*; per un commento si v., *inter alia*, S. O'LEARY, *The Court of Justice as a Reluctant Constitutional Adjudicator: An Examination of the Abortion Information Case*, in *European Law Review*, 1992, 138 ss. Poco più tardi, la Corte EDU ha accertato che la decisione della Corte Suprema irlandese di ingiungere alla SPUC di cessare la campagna di informazione violava l'art. 10 CEDU, a motivo del carattere assoluto del divieto di disseminazione di tali informazioni previsto nel diritto nazionale: cfr. sent. 29 ottobre 2010, ricorso n. 14234/88, *Open Door and Well Woman c. Irlanda*, in particolare punti 67 ss. Più recentemente, la Corte EDU ha considerato che il diritto di spostarsi legalmente in un altro Stato per ottenere l'interruzione della gravidanza, nonché di avere accesso in Irlanda all'informazione e alle cure mediche, è il necessario contrappeso del divieto di ottenere la prestazione in Irlanda: cfr. la sent. 16 dicembre 2010, ricorso n. 25579/05, *A, B, e C c. Irlanda*, in particolare punto 241.

<sup>24</sup> Così T. HERVEY, J. MCHALE, *Health Law and the European Union*, Cambridge, 2004, 51 ss. Si v., ad esempio, E. FERRARI MORRIS, *Reproductive Tourism and the Role of the European Union*, in *Chicago Journal of International Law*, 2, 2008, 701 ss.

<sup>25</sup> Si pensi altresì all'eterogeneità degli approcci degli Stati membri al tema dell'eutanasia: sul punto, si v., ad esempio, l'interrogazione parlamentare E-001484-17 e la relativa risposta: [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2017-001484\\_EN.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2017-001484_EN.html).

del biodiritto, ad esempio verificando se le normative nazionali che, in tali circostanze, si atteggiavano come limiti alla libera circolazione sono giustificate alla luce delle deroghe ammesse dai Trattati<sup>26</sup>. Infine, un ulteriore e cruciale vettore del contributo del diritto dell'Unione alla formazione di un *corpus* di biodiritto europeo è rappresentato dai diritti fondamentali, la cui protezione, assente nel Trattato istitutivo della Comunità europea, si è progressivamente affermata quale caratteristica costitutiva dell'ordinamento giuridico europeo *post-Lisbona*, definito ormai dalla Corte di giustizia «una costruzione giuridica [al cui centro] si collocano proprio i diritti fondamentali»<sup>27</sup>. Come noto, l'Unione è ormai dotata di un *Bill of Rights* scritto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009 condivide con i Trattati lo *status* di diritto primario<sup>28</sup>. Se, da un lato, i diritti fondamentali garantiti dalla Carta non possono incidere sulla formale attribuzione di competenze all'Unione<sup>29</sup>, dall'altro, tuttavia, essi tagliano trasversalmente tutte le competenze attribuite, che devono quindi essere esercitate nel loro rispetto da parte delle istituzioni europee, nonché degli Stati membri quando attuano il diritto dell'Unione<sup>30</sup>. Le esigenze della protezione dei diritti fondamentali si intrecciano quindi con le dinamiche di interazione tra diritto dell'Unione e questioni bioetiche già descritte, determinandone, come si vedrà, una intensificazione della frequenza, della portata e degli effetti.

### 3. Le disposizioni rilevanti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

È noto che nel silenzio dei Trattati originari la Corte di giustizia ha assicurato la tutela dei diritti fondamentali attraverso la fonte dei principi generali dell'ordinamento (allora) comunitario, avendo riguardo alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e ai trattati internazionali sui diritti umani dei quali essi erano firmatari, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani

<sup>26</sup> Nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia relativa a temi eticamente e socialmente sensibili (nella specie, il matrimonio tra persone dello stesso sesso), questa dinamica si vede all'opera nella sent. 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman e a.*, EU:C:2018:385. Al riguardo, si vedano le considerazioni svolte da PENASA, *Biodiritto e Unione europea: primi spunti di riflessione*, cit., 78-79.

<sup>27</sup> Così la Corte si è espressa nel noto parere 2/13 del 21 dicembre 2014 sul *Progetto di Accordo di Adesione dell'Unione alla CEDU*, EU:C:2014:2454, punto 169.

<sup>28</sup> Cfr. l'art. 6, par. 1, prima frase, TUE.

<sup>29</sup> Cfr. l'art. 6, par. 1, seconda frase, TUE, nonché l'art. 51, par. 2, della Carta.

<sup>30</sup> L'art. 51, par. 1, della Carta recita: «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». La Carta si applica dunque *sempre* all'azione dell'Unione; con riguardo agli Stati membri, la Corte di giustizia ha interpretato la suddetta disposizione in linea con la propria giurisprudenza *pre-Lisbona* sui principi generali, affermando l'applicabilità della Carta rispetto ad ogni normativa nazionale che «rientra nell'ambito di applicazione [del diritto dell'Unione europea]» (cfr. sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, punto 19). In pratica, ciò che determina l'applicabilità della Carta è la concreta rilevanza rispetto alla normativa in questione di una regola vincolante posta da una fonte di diritto UE diversa dalla Carta stessa (e dai principi generali); in presenza di determinate condizioni, tuttavia, in una situazione che rientra nell'ambito di applicazione della Carta può continuare ad applicarsi lo *standard* nazionale eventualmente più protettivo: cfr. sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, punto 60. Sul rapporto tra ambito di applicazione e livello di protezione v., *ex multis*, D. SARMIENTO, *Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, 2013, 1267 ss.

(di seguito, «CEDU»)<sup>31</sup>. I diritti fondamentali così identificati e protetti sono stati quindi elevati a limiti all'attività delle istituzioni comunitarie e, successivamente, a quella degli Stati membri ricadente «nell'ambito di applicazione del diritto comunitario»<sup>32</sup>. Anche alcuni diritti fondamentali pertinenti rispetto a temi del biodiritto avevano trovato tutela in tal modo, ad esempio la libertà di religione e il divieto di discriminazione basata sul sesso<sup>33</sup>; altri ancora avrebbero verosimilmente potuto essere ricostruiti e protetti attraverso la stessa fonte e tecnica.

Se l'assenza di un catalogo scritto di diritti fondamentali non aveva impedito lo sviluppo di un sistema di tutela degli stessi, l'elaborazione della Carta dei diritti fondamentali ha comunque determinato un cambiamento profondo nel ruolo della Corte di giustizia, di tipo *quantitativo* e *qualitativo*. In precedenza, erano stati i singoli casi portati all'attenzione della Corte ad aver trainato la progressiva costruzione del *Bill of Rights* non scritto dell'Unione. I primi riferimenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia alla dignità umana e alla sua natura di diritto fondamentale protetto nell'ordinamento giuridico europeo hanno tratto origine proprio da alcuni casi relativi a temi del biodiritto<sup>34</sup>. Nell'era della Carta, invece, la visibilità del parametro assicurata dalla presenza di un catalogo scritto, anche se di incerto *status* giuridico fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>35</sup>, ha spostato il baricentro dalla questione dell'*an* della protezione di certi diritti fondamentali a quella del *quomodo* e del *quantum*, in sede sia legislativa sia giudiziaria<sup>36</sup>.

Questa evoluzione di carattere generale presenta un rilievo e un potenziale specifici rispetto ai temi del biodiritto: poiché l'elaborazione del *Bill of Rights* dell'Unione è avvenuta alla luce della percepita necessità di tenere conto «dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici»<sup>37</sup>, al suo interno trovano affermazione alcuni diritti fondamentali che concernono specificamente le questioni biogiuridiche, o che comunque manifestano una particolare pertinenza in relazione alle stesse.

<sup>31</sup> La prima affermazione della Corte di giustizia nel senso che «i diritti fondamentali della persona [...] fanno parte dei principi generali del diritto comunitario» si trova nella sent. 12 nov. 1969, causa 29/69, *Stauder*, EU:C:1969:57, punto 7. Il metodo di rilevazione dei diritti fondamentali protetti è stato poi delineato nelle successive sentenze 17 dic. 1970, causa 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114, 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, EU:C:1974:51, e 13 dic. 1979, causa 44/79, *Hauer*, EU:C:1979:290. Sul tema, si rimanda a C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Northampton, 2018.

<sup>32</sup> Si v., *ex multis*, la sent. 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow*, ECLI:EU:C:1997:254. Sul significato dell'espressione, si rimanda alla nota 25 *supra*.

<sup>33</sup> Cfr., rispettivamente, sent. 27 ott. 1976, causa 130-75, *Vivien Prais c. Consiglio*, ECLI:EU:C:1976:142, e sent. 8 aprile 1976, *Defrenne*, ECLI:EU:C:1976:56.

<sup>34</sup> Si tratta delle sentenze 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P c. S e Cornwall County Council*, ECLI:EU:C:1996:170, punto 22, e 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Regno dei Paesi Bassi c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione*, ECLI:EU:C:2001:523, punto 70, esaminate *infra*, rispettivamente ai paragrafi 5 e 4.

<sup>35</sup> Sul tema, si v., *ex pluribus*, M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, 1009 ss.

<sup>36</sup> Sull'impatto della Carta nell'attività di *lawmaking* dell'Unione si v. C.A. YOUNG, *Fundamental Rights and EU Health Law and Policy*, in *Research Handbook on EU Health Law and Policy*, cit., 82 ss.

<sup>37</sup> Così afferma il quarto *considerando* della Carta.

Il Titolo I della Carta<sup>38</sup> è dedicato alla «Dignità» e il suo art. 1 afferma l'inviolabilità della dignità umana, che «deve essere rispettata e tutelata»<sup>39</sup>. La relativa spiegazione<sup>40</sup> precisa che questa disposizione deve essere tenuta in considerazione anche nell'interpretazione di tutti gli altri diritti fondamentali enunciati dalla Carta, soprattutto nella valutazione dell'ammissibilità di limitazioni all'esercizio degli stessi, in quanto la dignità umana «fa parte della sostanza stessa dei diritti sanciti dalla Carta [e] non può pertanto subire pregiudizio, neanche in caso di limitazione»<sup>41</sup>. In relazione alla libertà scientifica, che è tutelata dall'art. 13 («Libertà delle arti e delle scienze»), questo limite è ribadito espressamente dalla spiegazione corrispondente.

L'art. 1 si presta a essere combinato con le (molte) altre disposizioni della Carta che possono venire in rilievo rispetto ai temi del biodiritto. Ad esempio, l'art. 3 della Carta sul «Diritto all'integrità della persona» enuncia alcuni corollari del rispetto della dignità umana nell'ambito biomedico; la garanzia del diritto di «[o]gni individuo [...] alla propria integrità fisica e psichica» è completata dall'indicazione di quattro aspetti che «[n]ell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati», ovvero: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; e il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani<sup>42</sup>. La relativa spiegazione individua la principale fonte di ispirazione dell'art. 3 nella Convenzione di Oviedo sui Diritti dell'Uomo e la Biomedicina<sup>43</sup>, conclusa in seno al Consiglio d'Europa. Ad oggi, molti Stati membri, tra i quali l'Italia, non hanno proceduto alla firma o alla ratifica, e lo stesso vale per l'Unione europea, alla cui firma la Convenzione è

<sup>38</sup> La Carta si compone di sette titoli: i Titoli da I a VI (rispettivamente, «Dignità», «Libertà», «Uguaglianza», «Solidarietà», «Cittadinanza», «Giustizia»; artt. 1-50) ospitano l'elenco dei diritti fondamentali garantiti, mentre il Titolo VII (artt. 51-54) contiene alcune regole trasversali relative all'applicazione e interpretazione di tali diritti, dette appunto «clausole generali».

<sup>39</sup> Contestualmente, l'art. 2 del TUE *post*-Lisbona ha elevato la dignità umana a valore fondante dell'Unione.

<sup>40</sup> Il riferimento è alle «Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione», un testo separato da quello della Carta e non dotato di status giuridico di diritto primario dell'Unione; tuttavia, l'art. 6, par. 1, terza frase, TUE e l'art. 52, par. 7, della Carta stabiliscono che le Spiegazioni devono essere tenute «in debito conto nell'interpretazione di quest'ultima». Sul tema v. J.P. JACQUÉ, *The Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.) *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, 2014, 1758 ss.

<sup>41</sup> Emerge così un collegamento tra l'art. 1 e l'art. 52, par. 1, della Carta: quest'ultima è la disposizione che individua le condizioni nel rispetto delle quali è possibile limitare (legittimamente) l'esercizio dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta, tra le quali rientra la salvaguardia del «contenuto essenziale» del diritto in questione.

<sup>42</sup> Evidenziano il carattere innovativo dell'art. 3 della Carta G. RESTA, L. BELLUCCI, *Articolo 3*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2016, 59 ss.

<sup>43</sup> *Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, aperta alla firma ad Oviedo il 4 aprile 1997 ed entrata in vigore il 1° dicembre 1999. Si vedano, in particolare, gli artt. 1, 5, 13 e 21. Il divieto di clonazione riproduttiva dell'essere umano è invece affermato nel primo Protocollo addizionale alla Convenzione, aperto alla firma a Parigi il 12 gennaio 1998 ed entrato in vigore il 1° marzo 2001, in particolare all'art. 1. In dottrina, si v. C. PICIOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 1301 ss.

aperta<sup>44</sup>. Nei limiti dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, l'art. 3 della Carta introduce, quindi, delle garanzie che si atteggiano come nuove rispetto all'Unione e agli Stati membri suddetti. Un'altra disposizione con una rilevanza diretta per i temi del biodiritto è l'art. 21 («Non discriminazione»), che include espressamente le «caratteristiche genetiche» tra i motivi vietati di discriminazioni<sup>45</sup>. Oltre a questo, ben possono comunque venire in rilievo anche altri motivi elencati (peraltro, in modo non tassativo) dall'art. 21, quali il sesso, l'orientamento sessuale, la disabilità e la religione. Giova, inoltre, ricordare che l'art. 21 rientra tra le disposizioni della Carta che la Corte di Giustizia ritiene idonee a spiegare effetto diretto, anche di tipo orizzontale: in altre parole, nei limiti dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, il divieto di discriminazione fondata su (almeno alcuni dei) motivi previsti dall'art. 21 vincola anche i privati, e non solo l'Unione e gli Stati membri<sup>46</sup>.

Deve poi essere ricordato l'art. 35 sulla «Protezione della salute», che contiene due disposizioni di diversa natura: da un lato, un diritto soggettivo, riconosciuto a «ogni persona», di «accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali», che innova il quadro giuridico preesistente di diritto dell'Unione; dall'altro lato, una clausola di *mainstreaming* che impone all'Unione di assicurare «un livello elevato di protezione della salute umana» in tutte le sue politiche e azioni, che invece reitera l'obbligo dello stesso tenore previsto dall'art. 168, par. 1, TFUE.

In aggiunta a queste disposizioni con una connotazione biogiuridica più evidente, altri diritti fondamentali enunciati dalla Carta ben possono divenire rilevanti in casi che coinvolgono questioni bioetiche, in funzione di limite o, viceversa, in supporto alla posizione giuridica soggettiva della quale è chiesta tutela. Si pensi all'art. 7 sul «Rispetto della vita privata e della vita familiare», all'art. 8 sulla «Protezione dei dati di carattere personale», all'art. 9 sul «Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia», all'art. 10 sulla «Libertà di pensiero, coscienza e religione», o all'art. 24 sui «Diritti del minore», in particolare, il par. 2 sulla preminenza dell'interesse superiore del minore in tutti gli atti che lo riguardano, pubblici o privati. L'indicazione non può che essere esemplificativa: l'estrema varietà dei casi che possono sollevare questioni biogiuridiche fa sì che possano divenire rilevanti diritti fondamentali della Carta che, a una prima lettura, presentano un collegamento meno evidente di quelli ricordati<sup>47</sup>. Si pensi, solo per fare un esempio che trova già riscontri nella giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>48</sup>, alla possibilità che il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato e a quello al congedo di maternità retribuito e al congedo di paternità (di cui agli artt. 30 e 32 della Carta) vengano invocati da lavoratori o lavoratrici che hanno fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, alla maternità surrogata, o hanno intrapreso un percorso di riassegnazione chirurgica del sesso.

<sup>44</sup> Lo stato delle firme e delle ratifiche della Convenzione e dei suoi Protocolli può essere monitorato qui: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164>. Con riferimento all'Italia, si v. F. PALOMBINO, *La rilevanza della Convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2011, 4811 ss.

<sup>45</sup> Limitatamente a questo motivo, l'art. 21 trae ispirazione dalla già ricordata Convenzione di Oviedo; vale quindi la stessa considerazione svolta rispetto al carattere innovativo dell'art. 3.

<sup>46</sup> Al momento, l'effetto diretto orizzontale è stato riconosciuto ai divieti di discriminazione in base al sesso, all'età, e alla religione: cfr. sent. 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, EU:C:2018:257.

<sup>47</sup> Si v. J. MCHALE, *Fundamental Rights and Health Care*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN, T.K. HERVEY (eds.) *Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge, 2010, 282 ss.

<sup>48</sup> Cfr. il paragrafo 5, *infra*.

#### 4. Il parametro dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa a normative dell'Unione con una dimensione biogiuridica

L'assenza di (significative) competenze dell'Unione sui temi propri del biodiritto non esclude la possibilità che talune normative adottate dal legislatore europeo presentino una dimensione biogiuridica. L'esempio più rilevante è attualmente rappresentato dalla già ricordata direttiva sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche<sup>49</sup>, con la quale la Corte di giustizia si è confrontata più volte, nell'ambito di cause che sollevano questioni delicate sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali. Subito dopo la sua adozione, i Paesi Bassi, sostenuti dall'Italia, avevano chiesto alla Corte di giustizia l'annullamento della direttiva, lamentando, tra l'altro, che la possibilità di brevettare elementi isolati dal corpo umano prevista all'art. 5, n. 2, violava sia la dignità umana sia il diritto di autodeterminazione delle persone, in assenza di un obbligo di verificare il consenso del donatore o del ricevente di prodotti ottenuti mediante processi biotecnologici.

La causa ha offerto l'occasione per affermare che la dignità umana e l'integrità personale costituiscono diritti fondamentali protetti nell'ordinamento giuridico dell'Unione, dei quali la Corte deve assicurare il rispetto nell'ambito della propria competenza<sup>50</sup>. In assenza di riferimenti alle fonti di ispirazione tradizionali dei principi generali, è verosimile che la Carta, solennemente proclamata pochi mesi prima a Nizza<sup>51</sup>, abbia costituito l'ancoraggio sostanziale di tale conclusione, pur se non citata espressamente dalla Corte<sup>52</sup>.

Nel merito, i giudici di Lussemburgo hanno respinto il motivo<sup>53</sup>, ritenendo che l'art. 5, par. 1, della direttiva garantisca l'indisponibilità e l'inalienabilità del corpo umano attraverso il divieto di concedere un brevetto che lo riguarda in quanto tale o che concerne la mera scoperta di uno dei suoi elementi, inclusi la sequenza o la sequenza parziale di un gene<sup>54</sup>. Un'ulteriore garanzia è stata ravvisata nell'art. 6 della direttiva, che esclude la brevettabilità delle invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all'ordine pubblico o al buon costume; la Corte ha affermato il carattere non tassativo delle tre

<sup>49</sup> Cfr. *supra*, nota 13.

<sup>50</sup> Sent. 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, EU:C:2001:523, punto 70.

<sup>51</sup> Cfr. *supra*, nota 5.

<sup>52</sup> Un riferimento espresso si trova invece nelle conclusioni dell'AG Jacobs del 14 giugno 2001, EU:C:2001:329, punto 197. Si noti che la spiegazione dell'art. 1 della Carta richiama la sentenza in esame; tuttavia, questo riferimento non era presente nella versione delle Spiegazioni che accompagnavano la Carta proclamata a Nizza nel 2000. L'inserimento successivo conferma l'influenza della Carta sulla sentenza; sul punto v. C. MAUBERNARD, *Le «droit fondamental à la dignité humaine» en droit communautaire: la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2003, 483 ss.

<sup>53</sup> Nonché l'intero ricorso: per un commento esteso agli altri motivi di annullamento si v. C. CAMPIGLIO, *Brevetti biotecnologici: da Lussemburgo a Strasburgo?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2002, 187 ss.

<sup>54</sup> È invece consentita la brevettabilità del metodo che ha consentito di isolare un elemento del corpo umano ovvero di riprodurlo tecnicamente, insieme all'indicazione della sua applicazione industriale: cfr. l'art. 5, paragrafi 2 e 3 della direttiva.

esclusioni previste al n. 2 di tale articolo<sup>55</sup>, alla luce della necessità di impedire la brevettabilità di «tutti i procedimenti la cui applicazione leda la dignità umana»<sup>56</sup>.

Dieci anni più tardi, una nuova causa sull'interpretazione della direttiva sulle invenzioni biotecnologiche ha portato la Corte di giustizia a confrontarsi con la spinosa questione della definizione di «embrione umano». La Corte Federale di Cassazione tedesca (*Bundesgerichtshof*) chiedeva chiarimenti circa il significato dell'art. 6, n. 2, della direttiva, nella parte in cui esclude dalla brevettabilità «le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali»<sup>57</sup>. Nella sentenza *Brüstle*, la Corte di giustizia ha affermato la necessità di accogliere una nozione ampia, incentrata sul criterio della capacità di «dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano», e, dunque, comprensiva sia dell'ovulo umano fecondato sia di quello non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura, ovvero che sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso partenogenesi<sup>58</sup>. Inoltre, ad avviso della Corte, l'esclusione dalla brevettabilità si estende anche alle invenzioni che implicano la previa distruzione di embrioni umani o la loro utilizzazione come materiale di partenza, come avveniva nel caso di specie<sup>59</sup>.

L'accoglimento di tale ampia definizione poggia su alcune premesse: *in primis*, quella relativa alla natura autonoma della nozione nell'ambito del diritto dell'Unione, e in quanto tale rilevante ai soli fini della direttiva; i giudici di Lussemburgo hanno altresì precisato di non essere chiamati ad «affrontare questioni di natura medica o etica, ma [di dover] limitarsi ad un'interpretazione giuridica [...] della direttiva»<sup>60</sup>. Ad ogni modo, è difficile dubitare che la Corte fosse consapevole dell'impatto della pronuncia oltre la direttiva e, anzi, il piano giuridico *tout court*: i giudici di Lussemburgo hanno invero ricordato che «la definizione dell'embrione umano costituisca un tema sociale particolarmente delicato in numerosi Stati membri, contrassegnato dalla diversità dei loro valori e delle loro tradizioni»<sup>61</sup>.

A ben vedere, il giudice di Lussemburgo ha attribuito una connotazione anche assiologica alla propria nozione. Dopo aver ricordato il rischio che, in mancanza di uniformità, le richieste di brevetto si concentrino negli Stati membri che definiscono in modo più restrittivo l'embrione umano, determinando «una lesione al buon funzionamento del mercato interno, che costituisce lo scopo della direttiva di cui

<sup>55</sup> Esse riguardano i procedimenti di clonazione di esseri umani, i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano e le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali.

<sup>56</sup> Sent. *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 76.

<sup>57</sup> La vicenda riguardava un brevetto relativo a cellule progenitrici neurali prodotte a partire da cellule staminali embrionali e utilizzabili per il trattamento di anomalie neurali quali, ad esempio, il morbo di Parkinson. Poiché le cellule neuronali progenitrici esistono in natura solo durante lo sviluppo del cervello, il brevetto consentiva di evitare il ricorso ai tessuti cerebrali di embrioni umani.

<sup>58</sup> Sent. 18 ottobre 2011, causa C-34/10, *Brüstle*, EU:C:2011:669, punti 35-36.

<sup>59</sup> La sentenza ha giustamente ricevuto molta attenzione in dottrina: si v., *inter alia*, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *L'embryon de l'Union*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, 355 ss.; C. MAUBERNARD, *Définition juridique européenne de l'embryon humain*, in *Revue des affaires européennes*, 2011, 7 95 ss.; S. VEZZANI, *Invenzioni biotecnologiche e tutela dell'ordine pubblico e della morale nel diritto europeo dei brevetti: Il caso Brüstle*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, 447 ss.

<sup>60</sup> Sent. *Brüstle*, cit., punto 30.

<sup>61</sup> *Ibid.* Particolarmente interessante è il confronto svolto da S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Human Embryos as Persons in EU Law*, in L. AZOULAI, S. BARBOU DE PLACE, E. PATAUT (eds.) *Constructing the Person in EU Law: Rights, Role, Identities*, Oxford and Portland, 2016, 259 ss., del diverso atteggiamento della Corte nelle due principali cause che, ad oggi, l'hanno posta dinanzi alla questione dell'inizio della vita umana, *Grogon e Brüstle*.

trattasi»<sup>62</sup>, la Corte ha poi qualificato questa considerazione, osservando che, «se è vero che [la direttiva] mira a incoraggiare gli investimenti nel settore della biotecnologia, lo sfruttamento del materiale biologico di origine umana deve avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, della dignità umana»<sup>63</sup>. In tal modo, è stata valorizzata la componente etica della disciplina posta dalla direttiva, a fronte della sua adozione attraverso una delle basi giuridiche più tipiche del mercato interno. Giunta al punto di aver affermato la necessità di una nozione autonoma, e avendone individuato il criterio interpretativo nella dignità umana, difficilmente la Corte avrebbe potuto accogliere una definizione *non* ampia di embrione umano. Tuttavia, la soluzione accolta non è scevra da implicazioni problematiche, soprattutto sul piano del rapporto tra la tutela giuridica dell'embrione umano e lo sviluppo della ricerca scientifica per la cura delle patologie dei nati<sup>64</sup>. Sebbene nella sentenza *Brüstle* la Corte di giustizia abbia precisato di doversi occupare solo della questione della brevettabilità di invenzioni che riguardano embrioni umani, e non anche dell'utilizzabilità *tout court* di embrioni umani nell'ambito di ricerche scientifiche, le invenzioni che riguardano l'utilizzo di embrioni umani a fini di ricerca scientifica rientrano nel divieto di brevettabilità di cui all'art. 6, par. 2, della direttiva; anche in tal caso, infatti, dal brevetto discenderebbero diritti relativi ad atti di natura industriale e commerciale<sup>65</sup>. Pur non formulando limiti giuridici al riguardo, la sentenza *Brüstle* può di fatto disincentivare le ricerche sugli embrioni umani che siano strumentali alla cura delle patologie dei nati, escludendo l'interesse economico garantito dalla brevettabilità.

Nella sentenza *International Stem Cell Corporation*<sup>66</sup> la Corte di giustizia è tornata a confrontarsi con la definizione di embrione umano accolta in *Brüstle*. La *High Court* britannica chiedeva, infatti, di chiarire se l'ovulo umano non fecondato e stimolato a dividersi e svilupparsi tramite partenogenesi rientra nella nozione rilevante per la direttiva 98/44/CE. Nel procedimento emergeva un'evidenza scientifica diversa da quella precedentemente considerata: mentre dalle osservazioni presentate nella causa *Brüstle* risultava la capacità del partenote di svilupparsi in un essere umano, tale possibilità doveva escludersi in base alle conoscenze scientifiche di cui disponeva il giudice del nuovo rinvio, secondo una valutazione che veniva condivisa da tutti gli intervenienti<sup>67</sup>. Mostrandosi recettiva a tali evidenze, la Corte ha modificato l'orientamento espresso in *Brüstle*, precisando che l'ovulo umano non fecondato «deve necessariamente avere la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano», mentre «il solo fatto che tale organismo inizi un processo di sviluppo non è sufficiente per considerarlo un "embrione

<sup>62</sup> Sent. *Brüstle*, cit., punto 28.

<sup>63</sup> *Ibid.*, punto 32.

<sup>64</sup> Sull'ampiezza della nozione accolta dalla Corte sono state espresse opinioni diverse: si vedano, ad esempio, 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*, 2012, 145 ss., e A. SPADARO, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti (in dialogo con Lorenza Violini)*, in *Quaderni Costituzionali*, 2012, 438 ss.

<sup>65</sup> Sent. *Brüstle*, cit., punti 40 e 46. A sostegno di questa interpretazione la Corte ha evidenziato che la direttiva esclude dal divieto di brevettabilità le invenzioni che riguardano l'utilizzo di embrioni umani per finalità terapeutiche o diagnostiche utili all'embrione.

<sup>66</sup> Sent. 18 dicembre 2014, causa C-364/13, *International Stem Cell Corporation*, EU:C:2014:2451.

<sup>67</sup> *Ibid.*, punti 31-32.

umano”»<sup>68</sup>. La valutazione finale è stata rimessa al giudice *a quo*, «alla luce delle conoscenze sufficientemente comprovate e convalidate dalla scienza medica internazionale»<sup>69</sup>.

Pur non affrontandola direttamente, la sentenza *Brüstle* e la sua progenie pongono la questione dell'esistenza, nel diritto *primario* dell'Unione, di limiti all'attività di ricerca sull'embrione umano diversa da quella utile all'embrione stesso; ciò deriva proprio dall'ancoraggio della nozione accolta al parametro interpretativo della dignità umana. Questo nodo è, invero, emerso nel contenzioso relativo all'iniziativa dei cittadini europei «*Uno di noi*», attraverso la quale la Commissione europea veniva invitata a inserire nell'allora adottando regolamento relativo al programma quadro di ricerca Horizon 2020 una disposizione che escludesse il finanziamento delle attività di ricerca che comportano la distruzione di embrioni umani, in particolare quelle dirette a ottenere cellule staminali, ovvero l'utilizzo di cellule staminali embrionali umane in fasi successive<sup>70</sup>. Il vigente regolamento Horizon<sup>71</sup>, adottato poco prima della formale presentazione dell'iniziativa alla Commissione, esclude il finanziamento per le attività di ricerca volte a creare embrioni umani soltanto a fini di ricerca o per l'approvvigionamento di cellule staminali, mentre lo consente per le ricerche sulle cellule staminali umane, allo stato adulto ed embrionale, in funzione del contenuto scientifico della proposta e a condizione che non si tratti di attività proibite da tutti gli Stati membri o comunque dallo Stato membro interessato (cd. sistema del triplo lucchetto)<sup>72</sup>.

Adempiendo all'obbligo di comunicare la propria posizione in merito alle iniziative che soddisfano i requisiti per la presentazione, la Commissione ha reso nota l'intenzione di non dar seguito alla richiesta avanzata dal comitato «Uno di noi», rilevando che dalla sentenza *Brüstle* non derivano limiti alla possibilità di svolgere queste attività di ricerca né al relativo finanziamento da parte dell'Unione<sup>73</sup>. Questa posizione è stata sposata anche dal Tribunale dell'Unione, nell'ambito dell'azione con la quale gli organizzatori dell'iniziativa hanno chiesto l'annullamento della suddetta comunicazione della Commissione<sup>74</sup>. La pronuncia del Tribunale è stata impugnata davanti alla Corte di giustizia, dinanzi alla quale è stato riproposto, tra l'altro, il motivo della non corretta applicazione della sentenza *Brüstle*.

Nel momento in cui si scrive, la causa è ancora pendente<sup>75</sup>. Si può comunque osservare che la sentenza *Brüstle* si occupa solo della brevettabilità delle invenzioni che riguardano embrioni umani, e non anche dell'utilizzabilità di tali embrioni in attività di ricerca scientifica (di fatto, anzi, ammessa). Inoltre, la suddetta sentenza afferma la prevalenza della dignità dell'embrione umano rispetto un diritto di natura economica, quale quello allo sfruttamento commerciale del brevetto. In quest'ottica, la possibilità di finanziare attraverso il programma Horizon determinate ricerche che implicano l'utilizzo di embrioni

<sup>68</sup> *Ibid.*, punti 28-29.

<sup>69</sup> *Ibid.*, punto 36. In dottrina, si v. S. PENASA, *La Corte di giustizia e la ri-definizione normativa di "embrione umano"*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015, 213 ss.

<sup>70</sup> Si v. la pagina dedicata nel registro on-line delle iniziative dei cittadini europei predisposto dalla Commissione europea: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/successful/details/2012/000005>.

<sup>71</sup> Regolamento (UE) n. 1291/2013, cit., *supra*, nota 13.

<sup>72</sup> *Ibid.*, art. 18 e art. 19, paragrafi 3, lettera c), e 4.

<sup>73</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione sull'iniziativa dei cittadini europei «Uno di noi»,

<sup>74</sup> Sent. 23 aprile 2018, causa T-561/14, *One of Us e a. c. Commissione*, EU:T:2018:210. I ricorrenti adducevano che, alla luce della sentenza *Brüstle*, il finanziamento nel quadro di Horizon di ricerche escluse dalla brevettabilità violerebbe il dovere dell'Unione di assicurare la coerenza della propria azione nei diversi settori di competenza.

<sup>75</sup> Causa C-418/18 P *Puppinck e a. c. Commissione*, registrata il 7 settembre 2018.

– nel rispetto delle garanzie del cd. triplo lucchetto, e quindi anche delle diverse scelte nazionali al riguardo – costituisce un temperamento al disincentivo a effettuare tali ricerche derivante dalla esclusione della brevettabilità. Queste considerazioni suggeriscono che il Tribunale non sia incorso in un errore di diritto. In questo senso si è espresso l'Avvocato generale Bobek nelle sue conclusioni, osservando, in breve, che i promotori dell'iniziativa in questione muovono da un approccio etico diverso da quello che la Commissione ha ritenuto di dover abbracciare, nel legittimo esercizio di una discrezionalità politica non pregiudicata dalla precedente sentenza *Brüstle*.<sup>76</sup>

A prescindere dall'esito, in una prospettiva più generale, la causa *One of us* dimostra che, attraverso il tema del finanziamento della ricerca da parte dell'Unione, la Corte di giustizia ben potrebbe essere investita della diversa questione dell'esistenza di limiti derivanti dal diritto dell'Unione alla ricerca scientifica su embrioni umani<sup>77</sup>; ciò potrebbe avvenire, ad esempio, attraverso una richiesta pregiudiziale di interpretazione del vigente Regolamento Horizon, o del suo successore, laddove fosse riproposta una disposizione del tenore del vigente art. 18. L'utilizzo del parametro interpretativo della dignità umana nella sentenza *Brüstle*, infatti, logicamente "chiama" la domanda se l'esclusione della brevettabilità sia il corollario di un preliminare divieto di svolgere attività di ricerca sull'embrione diversa da quella utile a quest'ultimo, radicato nel diritto *primario* dell'Unione. La spiegazione dell'art. 13 della Carta sembra muoversi in questa direzione, attraverso la già ricordata indicazione secondo cui la libertà della ricerca scientifica deve esercitarsi nel rispetto della dignità umana. Allo stesso tempo, non va dimenticato che anche l'attività di ricerca di cui si discute è quella funzionale alla protezione della dignità umana dei potenziali beneficiari delle nuove terapie. Si è, quindi, in presenza di un conflitto (particolarmente *hard*) tra due opposte manifestazioni dello stesso diritto (super-)fondamentale, la dignità umana, cosicché il bilanciamento, all'apparenza escluso *a priori* dall'affermata inviolabilità di quest'ultima, sembra dover rientrare in gioco, e ciò senza che dalla sentenza *Brüstle* e successive si possano ricavare indicazioni decisive nell'uno o nell'altro senso.

Pur essendo quella che ha maggiormente alimentato il contenzioso, la direttiva sulla protezione delle invenzioni biotecnologiche non è l'unico atto dell'Unione che tocca direttamente i temi del biodiritto e che è stato oggetto di attenzione da parte della Corte di giustizia sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali. Nella sentenza *Léger*<sup>78</sup>, i giudici di Lussemburgo si sono occupati della compatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa francese che stabiliva un'esclusione permanente alla donazione di sangue per gli *uomini* che avessero avuto rapporti sessuali con altri uomini. Si trattava, in particolare, di una normativa di attuazione della direttiva dell'Unione sul sangue<sup>79</sup>, il cui Allegato III chiede agli Stati membri di escludere dalla donazione le *persone* il cui comportamento sessuale esponga al rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue. La Corte, dopo aver ricordato il generale obbligo degli Stati membri di non fondarsi su un'interpretazione degli atti dell'Unione in contrasto con i

<sup>76</sup> Cfr. le Conclusioni dell'AG Bobek nella causa *Puppinck*, cit., EU:C:2019:640, presentate il 29 luglio 2019, in particolare i paragrafi 131-142. La lettura della sentenza è prevista il giorno 19 dicembre 2019.

<sup>77</sup> Per chiarezza: rientra nella competenza degli Stati membri decidere quali ricerche consentire ovvero vietare (nel rispetto delle norme di diritto internazionale rilevanti); se una certa attività di ricerca risulta in contrasto con il diritto dell'Unione, non può essere promossa attraverso il finanziamento con fondi europei, ma non ne discende un divieto di svolgerla per lo Stato membro che invece la consente.

<sup>78</sup> Sent. 29 aprile 2015, causa C-528/13, *Léger*, EU:C:2015:288.

<sup>79</sup> Cfr. *supra*, nota 7.

diritti fondamentali, ha ritenuto che la normativa fosse idonea «a comportare, nei confronti delle persone omosessuali, una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, ai sensi dell'art. 21, par. 1, della Carta»<sup>80</sup>. Tuttavia, suscitando critiche in dottrina<sup>81</sup>, la Corte di giustizia non ha concluso nel senso dell'incompatibilità della normativa nazionale con il diritto dell'Unione, ma ha piuttosto invitato il giudice nazionale a verificare se fossero soddisfatte le condizioni in presenza delle quali sono ammesse limitazioni al godimento dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta<sup>82</sup>.

Prescindendo dal merito, la sentenza *Léger* ben evidenzia la possibilità che, attraverso l'opera interpretativa della Corte di giustizia, in cooperazione con i giudici nazionali, il parametro dei diritti fondamentali, radicato nel diritto primario, sia integrato nella legislazione derivata dell'Unione, precisando la portata degli obblighi ivi previsti, anche nel senso di ridurre il margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri. Emerge altresì il potenziale – con riguardo ai temi del biodiritto, ma non solo – di una disposizione a vocazione trasversale quale l'art. 21 della Carta sulla non-discriminazione, che può venire in rilievo rispetto a normative dell'Unione e nazionali di attuazione che non contengono di per sé regole specifiche al riguardo. In questa accezione, l'art. 21 si rivela una disposizione molto “promettente” (e potente) rispetto sia alla legislazione europea e nazionale di attuazione che si occupa di questioni attinenti al biodiritto sia a tutti gli ulteriori atti dell'Unione (e nazionali di attuazione) rispetto ai quali i temi del biodiritto possono comunque diventare rilevanti in modo incidentale.

## 5. La Corte di giustizia dinanzi all'incidenza di questioni biogiuridiche su normative dell'Unione “non dedicate”

La giurisprudenza della Corte di giustizia ben evidenzia la possibilità che essa si confronti con temi e questioni del biodiritto che non potrebbero, allo stato attuale delle competenze dell'Unione, formare oggetto di un intervento da parte del legislatore europeo. Il veicolo di tale incontro è sovente costituito dalle normative di diritto derivato dell'Unione in materia di lavoro e non-discriminazione.

In più di una occasione, ad esempio, la Corte di giustizia si è confrontata con il tema delle implicazioni giuridiche della riassegnazione chirurgica del sesso. La pronuncia “apripista”, la sentenza *P. c. S e Cornwall County Council*<sup>83</sup>, è, al contempo, la prima che vede la Corte impegnata con una questione del biodiritto e nella quale si trova un riferimento alla dignità della persona quale diritto tutelato nell'ordinamento europeo<sup>84</sup>. Un giudice britannico chiedeva di chiarire se un licenziamento dovuto all'intenzione dell'interessato di cambiare sesso rientrasse nell'ambito della direttiva 76/207/CEE, sulla parità

<sup>80</sup> Sent, *Léger*, cit., punto 53.

<sup>81</sup> In dottrina è stata criticata la scelta della Corte di non escludere essa stessa la proporzionalità della misura: si v., *inter alia*, A. SCHILLACI, *La prudenza non è mai troppa? La Corte di giustizia e il divieto di donazione di sangue per gli omosessuali*, in *SIDI Blog*, 6 giugno 2015, <http://www.sidiblog.org>, e A. TRYFONIDOU, *The Leger Ruling as Another Example of the ECJ's Disappointingly Reticent Approach to the Protection of the Rights of LGB persons under EU Law*, in *European Law Review*, 2016, 91 ss.

<sup>82</sup> Cfr. l'art. 52, par. 1, della Carta.

<sup>83</sup> Sent. 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. c. S e Cornwall County Council*, EU:C:1996:170.

<sup>84</sup> *Ibid.*, punto 22.

di trattamento uomo-donna in ambito lavorativo<sup>85</sup>. Il caso chiamava in causa la nozione stessa di discriminazione in base al sesso. Poiché la direttiva si incentrava sulla tradizionale dicotomia uomo-donna, sia il governo del Regno Unito sia la Commissione europea argomentavano nel senso della non rilevanza, affermando che il licenziamento avrebbe avuto luogo anche se il sesso di partenza dell'interessato fosse stato quello opposto. La Corte di giustizia ha invece valorizzato «[lo] scopo [della direttiva] e [la] natura dei diritti che mira a proteggere», sottolineando che essa «non è [...] che l'espressione, nella materia considerata, del principio di uguaglianza, che è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario»<sup>86</sup>. Sulla scorta di questo ragionamento, la Corte ha abbracciato un'interpretazione *teleologica ed evolutiva* della direttiva, facendo rientrare nella nozione di discriminazione in base al sesso non solo le disparità di trattamento che discendono dall'appartenenza all'uno o all'altro sesso, ma anche quelle «che hanno origine [...] nel mutamento del sesso»<sup>87</sup>. Secondo la Corte, «siffatte discriminazioni si basano essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell'interessato», con la conseguenza che tollerarle «equivarrebbe a porre in non cale, nei confronti di siffatta persona, il rispetto della dignità e della libertà al quale essa ha diritto e che la Corte deve tutelare»<sup>88</sup>.

Nel successivo caso *K.B.*<sup>89</sup> veniva in rilievo, indirettamente, la normativa del Regno Unito che (all'epoca) non consentiva di ufficializzare nei registri di stato civile la riassegnazione chirurgica del sesso, benché il trattamento già rientrasse tra quelli erogati dal servizio sanitario nazionale. La sig.ra K.B. non poteva contrarre matrimonio – ammesso all'epoca solo tra persone di sesso diverso – in quanto il *partner*, divenuto uomo a seguito di intervento di cambiamento di sesso, risultava registrato come donna allo stato civile. Per tale ragione, in caso di premorienza della sig.ra K.B., il compagno non avrebbe potuto ricevere la pensione di reversibilità, giacché lo schema pensionistico cui la donna aveva aderito riservava il beneficio al solo «coniuge». Alla Corte di giustizia si chiedeva di valutare se l'esclusione del *partner* transessuale costituisse una discriminazione basata sul sesso vietata dall'art. 141 TCE (ora, art. 157, par. 1, TFUE), che richiede agli Stati membri di assicurare l'applicazione del principio della parità di retribuzione uomo-donna. La Corte ha affermato che la decisione di riservare determinati benefici alle sole coppie coniugate è rimessa al legislatore nazionale e non può essere considerata di per sé una discriminazione basata sul sesso, giacché il sesso del richiedente il beneficio è indiffe-

<sup>85</sup> Direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, GU L 39, 40 ss., abrogata dalla Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), GU L 204, 23 ss.

<sup>86</sup> Sent. *P c. S e Cornwall County Council*, cit., rispettivamente, punti 20 e 18.

<sup>87</sup> *Ibid.*, punto 20.

<sup>88</sup> *Ibid.*, punto 22. Per un commento alla sentenza si v. M. BELL, *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P v. S to Grant v SWT*, in *European Law Journal*, 1999, 63 ss. Come l'Autore nota, l'interpretazione ampia accolta dalla Corte di giustizia avrebbe potuto includere anche la discriminazione basata sull'orientamento sessuale, che invece, nella giurisprudenza successiva, non è stata ricondotta alla discriminazione basata sul sesso; le relative istanze hanno trovato tutela solo grazie alla previsione di norme dedicate: sul tema si v. G. PICARELLA, *Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale nella giurisprudenza della Corte di giustizia: dal caso P. alla sentenza Römer*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, 1325 ss.

<sup>89</sup> Sent. 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K.B.*, EU:C:2004:7.

rente. Al contempo, e questo è l'aspetto più interessante e innovativo, la Corte ha "spostato" l'attenzione sulla normativa inglese che impediva la modifica dei registri di stato civile, in tal modo escludendo la possibilità di soddisfare la condizione preliminare del matrimonio. Poco prima che il caso giungesse a Lussemburgo, infatti, la Corte europea dei diritti umani aveva riconosciuto la violazione dell'art. 12 CEDU sul diritto di contrarre matrimonio nel caso – *Christine Goodwin c. Regno Unito*<sup>90</sup>, nel quale la normativa suddetta aveva impedito a un transessuale operato di sposarsi con una persona del sesso al quale egli apparteneva prima dell'intervento. Facendo propria questa valutazione, la Corte di giustizia ha concluso nel senso dell'incompatibilità con l'art. 141 TCE (ora art. 157 TFUE) di una legislazione nazionale che «in violazione [dell'art. 12 della CEDU], impedisce a una coppia [...] di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro»<sup>91</sup>.

La sentenza *K.B.* costituisce un esempio particolarmente interessante di dialogo tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, per il quale è stata utilizzata l'efficace espressione «effetto boomerang»<sup>92</sup>. Mentre l'art. 12 CEDU afferma che «[men] and women of marriageable age have the right to marry», nella Carta il diritto di sposarsi viene garantito «secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio», senza alcun riferimento ai titolari<sup>93</sup>. Nella sentenza *Christine Goodwin v. United Kingdom*, la Corte EDU, dopo aver osservato che la Carta «*departs, no doubt deliberately, from the wording of Article 12 of the Convention in removing the reference to men and women*»<sup>94</sup>, ha ritenuto di non poter più definire i termini «uomo» e «donna» tramite un criterio puramente biologico. Su questa premessa, ha concluso che la ricorrente aveva subito una violazione «*of the very essence of her right to marry*» per effetto della normativa inglese che impediva la rettificazione nel registro di stato civile dei dati relativi al sesso di un transessuale dopo l'operazione chirurgica di cambio del sesso<sup>95</sup>. In altre parole, dapprima (nella sentenza *Goodwin*) la Carta è stata utilizzata dalla Corte EDU a sostegno di un'interpretazione evolutiva del novero dei beneficiari del diritto di contrarre matrimonio, e successivamente (nella sentenza *K.B.*) l'orientamento *Charter-oriented* della Corte di Strasburgo è stato re-importato nell'ordinamento dell'Unione, in una fase nella quale la Carta non era ancora vincolante e non veniva citata direttamente dalla Corte di giustizia.

Dopo le sentenze *Goodwin* e *K.B.*, nel 2004 il Regno Unito introduceva una legge (*Gender Recognition Act*) volta a consentire alle persone sottopostesi a un intervento di riassegnazione chirurgica del sesso di ottenere il riconoscimento dell'avvenuto mutamento; tuttavia, era al contempo escluso il carattere retroattivo del certificato, ossia rispetto agli atti compiuti o sui fatti occorsi precedentemente al suo

<sup>90</sup> Corte EDU, sent. 11 luglio 2002, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, ricorso n. 28957/95, Reports of Judgments and Decisions 2002-VI.

<sup>91</sup> *Ibid.*, punto 34. Per un commento alla sentenza, si v. I. CANOR, *Case-117/01, K.B. v. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, in *Common Market Law Review*, 2004, 1113 ss.

<sup>92</sup> Così S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, in *Common Market Law Review*, 2012, 1565 ss., 1570.

<sup>93</sup> La spiegazione precisa che l'art. 9 «non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a persone dello stesso sesso, ma la protezione si estende anche ad unioni diverse dal matrimonio eterosessuale, ove previste dalla legislazione dello Stato membro in questione».

<sup>94</sup> Cfr. Corte EDU, sentenza *Goodwin*, cit., punto 100.

<sup>95</sup> *Ibid.*, punto 101.

rilascio. Questa situazione è all'origine della sentenza *Richards*<sup>96</sup> della Corte di giustizia, nella quale il tema del transessualismo è emerso in relazione alla questione dell'accesso alla pensione di anzianità. La sig.ra Richards, nata come persona di sesso maschile e sottoposta a riassegnazione chirurgica del sesso alla soglia dei suoi 60 anni, aveva visto respinta la propria domanda, presentata poco dopo l'intervento, con la motivazione che non aveva ancora raggiunto l'età di pensionamento degli uomini, ossia 65 anni, laddove 60 anni era quella prevista per le donne. Il giudice nazionale chiedeva alla Corte di chiarire, in sostanza, se un tale rifiuto fosse contrario alla direttiva 79/7/CEE, sulla parità uomo-donna in materia di sicurezza sociale<sup>97</sup>.

Pur premettendo che «spetta agli Stati membri determinare le condizioni del riconoscimento giuridico del mutamento di sesso di una persona», la Corte di giustizia ha effettuato un controllo sulla normativa nazionale in questione, giungendo a dichiarare la contrarietà al diritto dell'Unione dell'esclusione dell'efficacia retroattiva del riconoscimento giuridico del nuovo sesso<sup>98</sup>. Come è stato osservato, i riflessi dell'esercizio di competenze nazionali sul godimento di un diritto di derivazione europea, quale l'accesso senza discriminazioni in base al sesso alla pensione di anzianità, comporta un «allungamento» del diritto dell'Unione sulle prime<sup>99</sup>.

Nella sentenza *Mayr*<sup>100</sup>, invece, la Corte di giustizia ha avuto occasione di precisare i confini del divieto di discriminazione in base al sesso in una fattispecie che riguardava una lavoratrice che aveva preso un congedo di malattia per sottoporsi a un trattamento di fecondazione *in vitro* e che era stata licenziata pochi giorni dopo la fecondazione degli ovuli, ma prima del *transfer* nel suo utero. I giudici di Lussemburgo hanno escluso che una donna in simili circostanze sia una «lavoratrice gestante» ai sensi della direttiva 92/85/CEE<sup>101</sup> e, come tale, protetta dal divieto di licenziamento ivi previsto. Infatti, pur riconoscendo che l'obiettivo di evitare che il rischio di licenziamento a causa del proprio stato possa nuocere alla salute fisica e psichica di tali lavoratrici impone di tenere conto della «prima data possibile di inizio della gravidanza», la Corte ha escluso che questa possa essere identificata con la mera fecondazione, giacché «[gli] ovuli fecondati possono, in taluni Stati membri, essere conservati per un periodo più o meno esteso»<sup>102</sup>.

L'approccio è quindi più cauto di quello nella sentenza *Brüstle*, perché la Corte si è limitata a prospettare la *possibilità* che, nei casi di ricorso a tecniche di PMA, l'inizio della gravidanza sia fatto coincidere con il trasferimento in utero degli ovuli fecondati<sup>103</sup>. Allo stesso tempo, però, sfruttando la possibilità di allargare il parametro a norme di diritto dell'Unione ulteriori a quelle individuate dal giudice nazio-

<sup>96</sup> Sent. 27 aprile 2006, *Richards*, ECLI:EU:C:2006:256.

<sup>97</sup> Direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale (GU 1979, L 6, 24).

<sup>98</sup> Sent. *Richards*, cit., punti 21 e 45.

<sup>99</sup> Sul punto, si v. E. LONGO, *La Corte di Giustizia, i diritti dei transessuali e la riduzione delle competenze statali*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 581 ss.

<sup>100</sup> Sent. 26 febbraio 2008, causa C-506/06, *Mayr*, EU:C:2008:119.

<sup>101</sup> Direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (GUCE 1992, L 348, 1).

<sup>102</sup> Sent. *Mayr*, cit., punti 40-42.

<sup>103</sup> *Ibid.*, punto 41.

nale, il giudice di Lussemburgo ha colto l'occasione per chiarire la portata della tutela contro la discriminazione basata sul sesso riconosciuta (allora) dalla già ricordata direttiva 76/207, sulla parità uomo-donna rispetto alle condizioni di lavoro (ora sostituita dalla direttiva 2006/54/CE)<sup>104</sup>. Per questa via, la Corte ha affermato che gli interventi di prelievo follicolare e trasferimento in utero degli ovuli fecondati riguardano solo le donne e, pertanto, costituisce una discriminazione in base al sesso vietata dalla direttiva il licenziamento di una lavoratrice che si trovi «in una fase avanzata di un trattamento di fecondazione in vitro», definita come la fase «tra il prelievo follicolare e il trasferimento immediato degli ovuli fecondati in vitro nel suo utero», qualora il trattamento sia la causa dell'interruzione del rapporto di lavoro<sup>105</sup>.

Sotto il profilo della rilevanza dei diritti fondamentali, un atteggiamento di *self-restraint* si riscontra nelle più recenti (e coeve) sentenze *C.D.* e *Z.*, in tema di spettanza del congedo di maternità *anche* alla madre committente nell'ambito di un contratto di maternità surrogata<sup>106</sup>. È bene precisare che i rinvii pregiudiziali provenivano uno dal Regno Unito (*C.D.*), dove il contratto in questione è ammesso a certe condizioni – e nel caso di specie non c'erano dubbi sulla validità di quello concluso –, e l'altro (*Z.*) dall'Irlanda, dove invece la fattispecie non è disciplinata.<sup>107</sup> La Corte ha ricordato che la direttiva 92/85/CEE, che fa riferimento alle lavoratrici «gestanti», «puerpere» e «in periodo di allattamento», mira a «proteggere [la] condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza [e le] particolari relazioni tra la donna e il suo bambino durante il periodo successivo alla gravidanza e al parto, evitando che siano turbate dal cumulo degli oneri derivanti dal contemporaneo svolgimento di un'attività lavorativa»<sup>108</sup>. Secondo il ragionamento della Corte, non essendo incinta e non partorendo, la madre committente difetta del presupposto per accedere alla tutela<sup>109</sup>.

Nella sentenza non ci sono riferimenti ai diritti fondamentali astrattamente rilevanti. Su tale aspetto si era invece ampiamente soffermata l'Avvocato generale Kokott nelle conclusioni alla causa *C.D.*, ovvero quella nascente dal rinvio operato dal giudice del Regno Unito, Stato nel quale, come ricordato, il ricorso alla maternità surrogata è disciplinato nel senso di essere consentito a certe condizioni (tutte soddisfatte, nella specie). Secondo l'AG Kokott, laddove la maternità surrogata sia lecita nello Stato membro interessato e siano soddisfatti i requisiti previsti dalla normativa nazionale, l'esigenza di proteggere la relazione tra madre committente e figlio nella fase immediatamente successiva alla nascita

<sup>104</sup> Si v. *supra*, nota 75.

<sup>105</sup> Sent. *Mayr*, cit., punti 50 e 54.

<sup>106</sup> Cfr. sentenze 18 marzo 2014, causa C-167/12, *C.D.*, EU:C:2014:169, e causa C-363/12, *Z.*, EU:C:2014:159. Di seguito si farà riferimento soprattutto alla sentenza *C.D.*; per un'analisi di entrambe le pronunce si v. M. FINCK, B. KAS, *Surrogacy leave as a matter of EU law: C.D. and Z.*, in *Common Market Law Review*, 2015, 281 ss. Sottolinea l'approccio più restrittivo rispetto alla giurisprudenza anteriore S. HENNETTE VAUCHEZ, *Deux poids, deux mesures: GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne*, in *La Revue des droits de l'homme*, 2014, <http://revdh.revues.org/653>.

<sup>107</sup> Merita altresì precisare che in entrambi i casi le coppie (eterosessuali) avevano fatto ricorso alla maternità surrogata per superare un grave problema di infertilità femminile. In particolare, nel caso *C.D.*, la coppia aveva intrapreso un percorso – nell'ambito del servizio sanitario nazionale – che prevedeva una fecondazione eterologa (con ovocita donato), accompagnata dal ricorso a maternità surrogata; nel caso *Z* il materiale genetico utilizzato era esclusivamente della coppia, ma il contratto di maternità surrogata era stato concluso in California.

<sup>108</sup> Cfr. sentenza *C.D.*, cit., punto 34.

<sup>109</sup> Sent. 18 marzo 2014, causa C-167/12, *C.D.*, EU:C:2014:169.



è invero rafforzata dalla circostanza che la donna non ha condotto la gravidanza e deve, quindi, «costruire un legame con [il] bambino, [...] integrarlo nella famiglia e [...] abituarsi al suo ruolo di madre»<sup>110</sup>; essa dovrebbe pertanto godere «della protezione di diritto primario degli artt. 7 e 24 della Carta». Ad avviso dell'Avvocato generale, l'interpretazione della direttiva non può non tenere conto dell'evoluzione del concetto di maternità determinata dai progressi in ambito medico<sup>111</sup>. Ebbene, mentre l'Avvocato generale ha concluso nel senso che la direttiva, letta alla luce delle precedenti considerazioni, *impone* di ripartire il congedo di maternità tra la madre surrogata e la madre committente (e non di duplicarlo)<sup>112</sup>, la Corte si è limitata a ricordare che la direttiva *non esclude* la *facoltà* degli Stati membri di estendere la protezione prevista anche alla madre committente.

Un argomento nella stessa direzione auspicata dall'AG Kokott era ricavabile dall'art. 33, par. 2, della Carta, secondo cui «ogni persona ha [...] il diritto a un congedo di maternità retribuito»<sup>113</sup>, che si può leggere come un'apertura a forme non-biologiche di maternità, ove legittime in base al diritto dello Stato membro in questione. Ancor più, spostandosi sul piano dell'attuazione della direttiva a livello nazionale, e dunque facendo leva sulla circostanza che l'ordinamento in questione ammetteva il ricorso alla maternità surrogata, risulta pertinente il principio di uguaglianza dinanzi alla legge, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione "di lunga data" ed è ora affermato anche dall'art. 20 della Carta. Invero, un collegamento tra il diritto fondamentale al congedo di maternità di cui all'art. 33(2) della Carta e il principio di uguaglianza ex art. 20 della stessa, nel senso di ricavare un limite alla discrezionalità degli Stati membri in sede di attuazione di una direttiva dell'Unione, era già stata evidenziata dalla Corte in una precedente sentenza, benché relativa a un caso meno "sensibile".<sup>114</sup>

Un ragionamento quale quello da ultimo prospettato non avrebbe inciso sul riparto verticale di competenze tra l'Unione e gli Stati membri; piuttosto, avrebbe eliminato l'incoerenza – tutta di origine nazionale – del consentire una determinata forma di maternità, senza riconoscere i diritti conseguenti allo *status* di madre (anche nell'interesse del minore). Sebbene l'approccio sia diametralmente opposto a quello della sentenza *Brüstle*, anche nelle pronunce *C.D.* e *Z.* la Corte sembra aver espresso una posizione sul tema della maternità surrogata, oltre la sua dimensione giuridica: il *self-restraint* suggerisce infatti la volontà di non accordare un (indiretto) riconoscimento all'istituto – o, meglio, a taluni suoi effetti – all'interno del diritto dell'Unione, verosimilmente alla luce dell'esiguo numero di Stati membri che ne ammettono il ricorso e delle preoccupazioni manifestate da altre istituzioni europee<sup>115</sup>.

<sup>110</sup> Conclusioni del 26 settembre 2013, causa C-167/12, C.D., EU:C:2013:600, punto 46.

<sup>111</sup> *Ibid.*, punti 45, 48 e 60. L'art. 7 sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, mentre l'art. 24, nella parte richiamata dall'AG (ossia, il par. 3) sancisce il diritto del minore a intrattenere rapporti regolari e diretti con entrambi i genitori, salvo quando ciò sia contrario al suo superiore interesse.

<sup>112</sup> Un'altra differenza tra le conclusioni dell'AG Kokott e la sentenza della Corte è che in questa la posizione della madre surrogata, anch'essa necessitante tutela, non viene in rilievo: sul punto, si v. I. ANRÒ, *Surrogacy from the Luxembourg and Strasbourg perspectives: divergence, convergence and the chance for a future dialogue*, in *Geneva Jean Monnet Working Papers*, 9, 2016.

<sup>113</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>114</sup> Il riferimento è alla sent. 16 settembre 2010, causa C-149/10, *Chatzi*, EU:C:2010:534, paragrafi 63-75, in tema di durata del congedo di maternità in caso di nascita di gemelli.

<sup>115</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2015 sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia (2015/2229(INI)).

## 6. Osservazioni conclusive

L'analisi svolta ha evidenziato che, pur in assenza di competenze (significative) in materia dell'Unione, il diritto da questa prodotto sta contribuendo, in misura sempre più apprezzabile, allo sviluppo di un biodiritto europeo. Tra le diverse dinamiche responsabili dell'incontro tra l'attività dell'Unione e le molte questioni di carattere bioetico, quelle relative alla protezione dei diritti fondamentali stanno assumendo un peso crescente sotto un profilo sia quantitativo sia qualitativo, soprattutto a seguito dell'elaborazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e del successivo riconoscimento del suo *status* di diritto primario con il Trattato di Lisbona. Varie sono, infatti, le disposizioni della Carta che enunciano diritti fondamentali con un collegamento più o meno stretto con i temi e le questioni del biodiritto. Di pari passo, il ruolo della Corte di giustizia quale attore del processo di formazione di un biodiritto europeo è divenuto più significativo: la maggiore visibilità delle garanzie relative alla tutela dei diritti fondamentali e il loro sostanziale "ispessimento" accresce la probabilità che i giudici dell'Unione si confrontino con i temi e le questioni del biodiritto, e allo stesso tempo contribuisce a rendere il contesto giuridico nell'ambito del quale esse devono essere trattate più ampio, articolato e anche più complesso.

Nel merito, il numero ancora limitato di casi rilevanti decisi impedisce sia di identificare un orientamento giurisprudenziale con precise caratteristiche distintive sia di trarre considerazioni conclusive. Tuttavia, si può osservare una tendenziale cautela della Corte di giustizia, che cerca di lasciare uno spazio di manovra al giudice o al legislatore nazionale, a meno che sia possibile "appoggiarsi" su un precedente autorevole (e vincolante per lo Stato interessato) come una pronuncia della Corte EDU (si pensi a *K.B.* e la sua progenie). Anche la posizione al momento più netta assunta dalla Corte di giustizia – la definizione di embrione umano nella sentenza *Brüstle* – è accompagnata da precisazioni che cercano di circoscriverne la rilevanza al piano giuridico e, soprattutto, alla sola direttiva sulla protezione delle invenzioni biotecnologiche.

Certamente, su questo atteggiamento incide la circostanza che le questioni bioetiche giungono all'attenzione della Corte di giustizia essenzialmente per il tramite di disposizioni del diritto europeo primario o derivato utili al buon funzionamento del mercato interno. Non si ritiene però di doversi leggere l'evidenza di una strutturale incapacità delle norme sui diritti fondamentali – anche nella veste "rinforzata" *post*-Lisbona – di superare l'originaria impostazione mercantilistica dell'Unione. La cautela della Corte sembra da imputare, piuttosto, alla circostanza che il suo intervento va a incidere su questioni rispetto alle quali gli Stati membri non hanno compiuto la scelta (o almeno, non ancora) di disciplinare a livello dell'Unione, in quanto strettamente legate al tessuto valoriale della comunità di riferimento, e quindi alla sua identità. Per quanto i diritti fondamentali garantiti dalla Carta siano da considerare un patrimonio comune agli Stati membri dell'Unione, all'interno di quest'ultima possono continuare a coesistere concezioni diverse dello stesso diritto fondamentale, anche della dignità umana, come la Corte di giustizia ha riconosciuto nella nota sentenza *Omega*<sup>116</sup>. La Carta stessa contempla la possibilità che, entro il suo ambito applicativo, continui ad applicarsi lo standard nazionale di tutela<sup>117</sup> e la storia,

<sup>116</sup> Sent. 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen*, EU:C:2004:614, punti 32-39.

<sup>117</sup> Il riferimento è all'art. 53 della Carta che, nella parte qui di interesse, recita che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

anche recente, del rapporto tra Corte di giustizia e Corti costituzionali nazionali ben evidenzia che un'ingerenza sul modo di concepire il contenuto e la tutela di un diritto fondamentale può risultare non tollerabile, soprattutto quando lo *standard* nazionale è ritenuto un elemento integrante dell'identità costituzionale<sup>118</sup>. Evidentemente, il rischio di uno scontro è più alto quando l'intervento riguarda questioni rispetto alle quali mancano sia un *consensus* europeo sia un'attribuzione di competenza all'Unione.

In chiusura, merita un accenno la possibilità che il contributo del diritto dell'Unione alla formazione di un biodiritto europeo si realizzi anche in modo indiretto. L'analisi svolta si è concentrata esclusivamente su casi nei quali taluni temi e questioni del biodiritto – pur di per sé estranei alle competenze materiali dell'Unione – sono stati «attratti» entro il suo ambito di applicazione in virtù del loro collegamento con atti di diritto derivato dell'Unione relativi a materie che – strutturalmente o per i casi della vita concreta delle persone – incrociano tali temi. Il contributo in questo caso è diretto perché entro il suddetto ambito la discrezionalità degli Stati membri può essere compressa dagli obblighi ricavabili dai diritti fondamentali dei quali il diritto dell'Unione esige la tutela<sup>119</sup>. Tuttavia, la circostanza che il diritto dell'Unione non impone il rispetto di tali diritti fondamentali nelle situazioni che esorbitano dal suo ambito di applicazione non esclude che, al di fuori di ogni obbligo, quei diritti siano valorizzati da soggetti istituzionali esterni all'Unione e che, per tale via, contribuiscano (indirettamente) alla formazione di un discorso giurisprudenziale o legislativo (anche) sui temi del biodiritto. Guardando all'ordinamento italiano, un esempio interessante al riguardo è la sentenza *G.N. e altri c. Italia*<sup>120</sup>. La Corte EDU ha citato l'art. 21, par. 1, della Carta a conferma della possibilità di includere le caratteristiche genetiche tra i motivi vietati di discriminazione di cui all'art. 14 CEDU, in assenza di una espressa menzione; per tale via, la Corte di Strasburgo ha ritenuto all'unanimità che l'Italia, limitando l'accesso a un meccanismo stragiudiziale per il risarcimento dei danni da infezione *post*-trasfusione ai soli pazienti emofiliaci, escludendo quelli talassemici, ha violato l'art. 14 CEDU, in combinato con l'art. 2 CEDU sul diritto alla vita<sup>121</sup>. Anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana non mancano i riferimenti alla Carta dei diritti fondamentali<sup>122</sup>; non è, pertanto, da escludere la possibilità di una sua

---

riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, [...] dalle costituzioni degli Stati membri». La Corte di giustizia ha escluso che tale disposizioni sancisca una automatica prevalenza, entro l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, dello *standard* costituzionale più elevato di quello derivante dalla Carta; piuttosto, la prevalenza dello *standard* costituzionale è ammessa nei casi in cui il legislatore europeo non ha stabilito un livello di protezione specifico e a condizione che la tutela costituzionale «non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (cfr. sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, punto 60, e D. SARMIENTO, *op. cit.*).

<sup>118</sup> Si pensi alla recente “*saga Taricco*”, che ha coinvolto la Corte di giustizia e la Corte costituzionale italiana, circa il diverso apprezzamento della natura – sostanziale o procedurale – della prescrizione, e quindi della possibilità di estendere a tale istituto la protezione del principio di legalità in materia penale. Sul tema, in generale, cfr. P. FARAGUNA, *Constitutional Identity in the EU—A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, 2017, 1617 ss.

<sup>119</sup> Sull'ambito di applicazione del diritto dell'Unione si rimanda *supra*, nota 25.

<sup>120</sup> Corte EDU, sent. 1 dicembre 2009, *G.N. e altri c. Italia*, ricorso n. 43134/05, ECHR:2009:1201JUD004313405.

<sup>121</sup> *Ibid.*, punti 126 e 127.

<sup>122</sup> Si v. S. SCIARRA, A. JR GOLIA, *Italy: New Frontiers and Further Developments*, in M. BOBEK, J. PRASSL (eds.), *The European Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Oxford, 2020; A. ADINOLFI, *La rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza interna*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, 29 ss.; L. TRUCCO,

valorizzazione indiretta e del tutto volontaria da parte del giudice delle leggi anche nell'ambito di casi che sollevino temi e questioni del biodiritto.

*Special Issue*

---

*L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015), in Giurisprudenza costituzionale, 2016.*





## Il diritto internazionale come “motore” del biodiritto e l’emersione di un “biodiritto internazionale”

Ludovica Poli\*

INTERNATIONAL LAW AS THE "ENGINE" OF BIO-LAW AND THE EMERGENCE OF AN "INTERNATIONAL BIOLAW"

ABSTRACT: Since the adoption of the Nuremberg code, at the end of the Nazi doctors’ trial, international law has contributed to the development of biolaw. While international human rights standards orientate domestic legal system in regulating life sciences and biomedicine in particular, a specific corpus of international law norms and principles is constantly growing, attesting the perceived need for an intergovernmental effort to deal with challenges posed by scientific progress.

KEYWORDS: International law; human rights; bioethics; international biolaw; soft law

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Da Norimberga ad oggi: diritti fondamentali, scienza e obblighi degli Stati – 3. Diritti umani, bioetica ed il ruolo propulsore delle Corti e dei meccanismi di monitoraggio – 3.1 L’aborto in Irlanda: dal caso Mellet al referendum del 2018 – 3.2 Oltre il margine di apprezzamento degli Stati: la gestazione per altri e il *best interest of the child* – 4. Il biodiritto internazionale e le sue principali caratteristiche – 4.1 Un diritto in prevalenza “soffice” ed il ruolo dei comitati internazionali di bioetica – 4.2 Centralità del concetto di dignità dell’essere umano e tutela dell’umanità nel suo insieme – 5. Cenni conclusivi

### 1. Introduzione

È certamente azzardato sostenere che il biodiritto abbia un’origine “internazionale”, ma è innegabile che sia stata la reazione della comunità degli Stati alle violazioni commesse dai medici nazisti a contribuire in modo decisivo allo sviluppo di una riflessione etica e giuridica sulla necessità di garantire alcuni diritti e principi essenziali, pur nel favorire il progresso medico e scientifico<sup>1</sup>. Oggi, poi, il biodiritto – inteso come insieme di norme che regolano le scienze della vita e la biomedicina – sempre di più assume una dimensione propriamente internazionale, divenendo parte dell’ordinamento giuridico che regola il rapporto tra gli Stati e, dunque, operando su un piano diverso da quello dei singoli ordinamenti nazionali. E, sebbene talune questioni rilevanti rientrino in altri settori del diritto internazionale – in particolare, nel diritto del commercio internazionale, nel diritto

\* Ricercatrice di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza. Mail: [lu-dovica.poli@unitn.it](mailto:lu-dovica.poli@unitn.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Qualche sporadico confronto sui requisiti etici della ricerca clinica era già stato intrapreso: P. WEINDLING, *The Origins of Informed Consent: The International Scientific Commission on Medical War Crimes, and the Nuremberg Code*, in *Bulletin of the History of Medicine*, 75, 1, 2001, 39.

ambientale e dello sviluppo, nonché nel diritto internazionale privato – la tutela dei diritti umani fondamentali risulta ancora preponderante nella definizione di un “biodiritto internazionale”<sup>2</sup>.

Il presente scritto si propone, da un lato, di approfondire la tutela internazionale dei diritti umani quale stimolo per lo sviluppo del biodiritto negli ordinamenti interni (par. 2 e 3) e, dall’altro, di individuare le specificità del biodiritto internazionale sia sul piano formale, sia con riferimento al suo contenuto (par. 4).

## 2. Da Norimberga ad oggi: diritti fondamentali, scienza e obblighi degli Stati

Il processo a carico dei medici del regime di Hitler, condotto sulla base della *Control Council Law No. 10*, ha consentito di qualificare le sperimentazioni sui prigionieri dei campi di concentramento come gravi violazioni del diritto internazionale e, in particolare, come crimini di guerra e crimini contro l’umanità. Come ben emerse nel corso del procedimento, infatti, gli esperimenti non erano il risultato di attività isolate compiute sotto l’iniziativa e la responsabilità esclusiva dei sanitari coinvolti, ma rientravano piuttosto in una pianificazione ad alto livello governativo e militare nazista, ed erano stati concepiti e realizzati come parte integrante dello sforzo bellico. Il codice di Norimberga, poi, adottato all’esito del procedimento, rappresentava la prima consacrazione formale di alcuni principi essenziali di etica medica<sup>3</sup>.

Lungi dall’aver semplicemente un significato storico, questi eventi rivelano – a parere di chi scrive – ciò che determina, ancora oggi, l’incidenza del diritto internazionale dei diritti umani sul biodiritto.

Le violazioni commesse nel corso della Seconda guerra mondiale, infatti, hanno determinato sul piano dell’ordinamento della comunità degli Stati una rivoluzione senza precedenti, portando a livello internazionale la tutela di posizioni individuali che, prima del 1945, avevano trovato solo sporadica garanzia in alcuni strumenti di diritto interno<sup>4</sup>. Con la Carta di San Francisco, per la prima volta, gli Stati individuavano – tra i fini della neonata organizzazione – il rispetto dei diritti umani fundamenta-

<sup>2</sup> La diversa regolamentazione che alcuni aspetti del biodiritto ricevono negli ordinamenti interni impone, infatti, una riflessione condivisa per la soluzione di possibili situazioni di conflitto. Un ottimo esempio è rappresentato dallo studio della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato in materia di definizione del rapporto di filiazione in un’epoca, quale quella in cui viviamo, caratterizzata da importanti cambiamenti nei modelli familiari e soprattutto da significativi progressi nella scienza medica. Le differenze che intercorrono tra scelte operate dagli stati in materia di tecniche di riproduzione assistita, inclusa la gestazione per altri, possono dar luogo a complesse questioni di diritto internazionale privato rispetto alla definizione dei rapporti di parentela di tanti minori. È dunque facilmente comprensibile perché la Conferenza dell’Aja stia valutando l’opportunità di adottare un strumento pattizio che indichi regole uniformi per risolvere eventuali conflitti derivanti da regolamentazioni nazionali diverse e che garantiscano «*predictability, certainty and continuity of legal parentage in international situations for all persons involved, taking into account their fundamental rights, the UN Convention on the Rights of the Child and in particular the best interests of children*»: Hague Conference on Private International Law, *Report of the Experts’ Group on the parentage/surrogacy project* (25-28 settembre 2018), par 6.

<sup>3</sup> Sul *medical case* e il codice di Norimberga: G.J. ANNAS, M.A. GRODIN, *The Nazi doctors and the Nuremberg code: human rights in human experimentation*, New York, 1992; M.R. MARRUS *The Nuremberg Doctors’ Trial in Historical Context*, in *Bulletin of the History of Medicine*, 73, 1, 1999, 106-123; G.J. ANNAS, M.A. GRODIN, *Medical ethics and human rights: legacies of Nuremberg*, in *Hofstra Law & Policy Symposium*, 3, 1999, 111-123.

<sup>4</sup> Il riferimento è, in particolare, all’*English Bill of Rights* (1689), alla *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (1789) e allo *United States Bill of Rights* (1789).

li<sup>5</sup>, inaugurando l'epoca in cui avrebbero assunto, nei loro rapporti reciproci, attraverso la sottoscrizione di trattati, l'impegno a farsi garanti dei diritti dei singoli individui sotto la loro giurisdizione. L'istituzione dei Tribunali di Norimberga e Tokyo e il successivo sviluppo del diritto internazionale penale, peraltro, erano il frutto di una reazione condivisa degli Stati ad una situazione di *legal lawlessness*: non solo una generale carenza o finanche assenza di garanzie, ma piuttosto la violazione di diritti fondamentali che era stata prevista, raccomandata, disposta dal diritto interno. Come ha ben evidenziato un'autrice «il positivismo giuridico, che voleva garantire la “certezza della legge” attraverso il rispetto delle forme e delle procedure, a prescindere dal contenuto delle norme stesse, si è mostrato incapace di garantire la “giustizia del diritto”, fino a rendere lo Stato un complesso strumento, crudelmente raffinato, di morte e sopraffazione. [...] [L]a legalità, mutando la percezione valoriale del fatto, ha reso “socialmente rispettabili”, se non addirittura “doverosi”, comportamenti in realtà profondamente disumani»<sup>6</sup>.

Ciò che nel 1945 aveva una portata rivoluzionaria – poiché determinava il superamento della sovranità assoluta dello Stato e l'emersione nell'ordinamento internazionale di una pur limitata soggettività dell'individuo – è diventato un meccanismo consolidato attraverso lo sviluppo dei diritti umani: la previsione di standard di tutela che prescindono dalle scelte interne degli Stati e che, per il loro essere *inherent* alla natura umana, preesistono al riconoscimento giuridico e sopravvivono persino alla negazione espressa che i singoli ordinamenti ne possano fare<sup>7</sup>. In questa prospettiva, i diritti umani rappresentano un importante motore del biodiritto.

Naturalmente, per quanto riguarda la tutela dei diritti umani in biomedicina, da allora molto è cambiato: in particolare, sono molto diverse (e diversificate) le questioni che impongono adesso una riflessione giuridica. Non si tratta più soltanto di violazioni manifeste di diritti umani fondamentali, come quelle praticate dai medici nazisti, ma piuttosto di questioni molto controverse, che richiedono un attento contemperamento di interessi individuali e interessi di tipo generale e che, molto spesso, chiamano in causa sentimenti morali e sistemi valoriali contrastanti<sup>8</sup>. Ed è forse questa la sfida che i diritti umani nel campo della biomedicina sono chiamati a svolgere oggi: proporre standard che, di fronte a questioni problematiche dal punto di vista bioetico, possano contribuire a definire parametri per le scelte normative degli Stati.

<sup>5</sup> Gli articoli 55 e 56 della Carta delle Nazioni Unite prevedono obblighi di cooperazione tra gli Stati in materia di promozione del rispetto dei diritti umani.

<sup>6</sup> M. CASINI, *Diritti umani di chi? I diritti dell'uomo alla prova della bioetica*, in G. GIOFFREDI (a cura di), *Studi di bioetica e diritto internazionale*, Napoli, 2016, 65-66.

<sup>7</sup> È questa la lettura che comunemente si fa delle previsioni di cui all'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 («Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti»), e al Preambolo del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 ([...] riconosciuto che questi diritti derivano dalla dignità inerente alla persona umana»).

<sup>8</sup> Sul passaggio dal diritto al biodiritto o alla “biogiuridica”: L. MARINI, *Il diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Torino, 2006, 28.

### 3. Diritti umani, bioetica ed il ruolo propulsore delle Corti e dei meccanismi di monitoraggio

Il rapporto tra diritti umani e bioetica è un tema molto dibattuto da studiosi di diversa formazione accademica (giuristi e filosofi, scienziati politici e medici). Secondo alcuni autori, la bioetica moderna e i diritti umani condividono le medesime origini storiche<sup>9</sup> e sono stati alimentati da forze sociali identiche<sup>10</sup>; altri invece ritengono che le due discipline abbiano radici diverse, poiché la maggior parte dei principi bioetici ha trovato compiuta definizione solo negli ultimi decenni del XX secolo e, dunque, in epoca più recente rispetto alle norme sui diritti umani<sup>11</sup>.

È poi anche discussa la possibilità di stabilire uno scambio fruttuoso tra bioetica e diritti umani: alcuni autori riconoscono una parziale sovrapposizione tra le due discipline o ritengono che la loro interazione sia comunque benefica<sup>12</sup>, altri esprimono scetticismo rispetto al significato e al ruolo dei diritti umani nel dibattito su temi di bioetica. La stessa idea di diritti dell'essere umano in quanto tale sembra essere discutibile per alcuni bioeticisti<sup>13</sup>, secondo cui «*the idea of rights is objectionable and creates many difficulties all of which reflect the limits of the law in terms of shaping and influencing decision-making in bioethical issues*»<sup>14</sup>.

È tuttavia evidente che la maggior parte delle controversie di natura bioetica possa essere considerata (anche) attraverso una “*human rights lens*”, soprattutto allorché si configuri come richiesta di garanzie o diritti da parte di individui nei confronti dello Stato. Inoltre, molte questioni bioetiche controverse possono essere facilmente formulate in termini di diritti fondamentali ed esigenze di natura pubblica che esigono un corretto bilanciamento. Non a caso, diversi studiosi «*see human rights discourse as a way of posing questions and setting up problems for analysis and resolution, even where they do not see human rights as a useful set of theoretical tools for that analysis or for defining solutions to moral and political problems*»<sup>15</sup>.

Infine, è innegabile che riflessione bioetica e diritti umani trovino un fertile terreno d'incontro nelle argomentazioni delle Corti internazionali dei diritti umani e dei *treaty-based bodies*<sup>16</sup>, allorché questi

<sup>9</sup> R. ANDORNO, *Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 34, 2009, 235.

<sup>10</sup> R. ASCHROFT, *The Troubled Relationship Between Bioethics and Human Rights*, in M. FREEMAN (ed.), *Law and Bioethics: Current Legal Issues Volume*, Oxford, 2008, 641.

<sup>11</sup> J. SANDOR, *Bioethics and Basic rights: persons, humans, and boundaries of life*, in M. ROSENFELD, A. SAJÒ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative constitutional Law*, Oxford, 2012, 1143.

<sup>12</sup> J. SANDOR, *Human rights and bioethics: competitors or allies? The role of international law in shaping the contours of a new discipline*, in *Medicine and Law*, 2008, 16; T. FAUNCE, *Bioethics and Human rights*, in H.A.M.J. TEN HAVE, B. GORDIJN (eds.), *Handbook of Global Bioethics*, Dordrecht, 2014, 471.

<sup>13</sup> R. ASCHROFT, *The Troubled Relationship*, cit., 38.

<sup>14</sup> D. SPERLING, *Law and Bioethics: A Rights-Based Relationship and Its Troubling Implications*, in M. FREEMAN (ed.), *Law and Bioethics: Current Legal Issues Volume*, Oxford, 2008, 78.

<sup>15</sup> D. SCHROEDER, *Human Rights and their Role in Global Bioethics*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 14, 2, 2005, 221; D.C. THOMASMA, *Proposing a New Agenda: Bioethics and International Human Rights*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 10, 3, 2001, 299-310.

<sup>16</sup> Si tratta degli organi di controllo chiamati a verificare l'attuazione delle disposizioni dei principali trattati sui diritti umani conclusi in seno alle Nazioni Unite: Comitato dei diritti umani; Comitato sui diritti economici, sociali e culturali; Comitato contro la tortura; Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale; Comitato

siano chiamati a verificare lamentate violazioni di diritti fondamentali su questioni di natura bioetica. È stato efficacemente affermato in dottrina che «*the real work starts, rather than finishes, where the Court agrees that a particular right is engaged. For that is the point at which ethical argument is required in order to deploy concepts of balance, proportionality, margin of appreciation, and so on*»<sup>17</sup>. In altre parole, nel decidere casi che pongono di fronte a dilemmi di natura bioetica, le Corti e i *treaty-based bodies* esprimono posizioni etiche capaci di influenzare il dibattito su temi divisivi<sup>18</sup>.

Il contributo degli organi di monitoraggio (giurisdizionale e non), tuttavia, non è limitato al solo dibattito bioetico, ma incide anche sullo sviluppo del biodiritto interno agli Stati. Infatti, la protezione internazionale dei diritti umani esercita una pressione fortissima rispetto alle scelte operate dagli ordinamenti interni, non solo quando sul piano internazionale viene assunta una posizione netta rispetto alla normativa interna, ma anche allorché sia invece manifesta l'intenzione non esprimersi sulla bontà delle scelte nazionali. Due esempi possono contribuire a chiarire questo punto: il caso *Mellet c. Irlanda*, in tema di aborto, deciso dal Consiglio dei diritti umani e la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso *Menesson c. Francia*, in materia di gestazione per altri (GPA).

### 3.1 L'aborto in Irlanda: dal caso Mellet al referendum del 2018

Il 25 maggio 2018, il 68% dei cittadini irlandesi, con un referendum destinato a passare alla storia, ha richiesto l'abrogazione del divieto di aborto. Le critiche sollevate (a più riprese) da diversi *treaty-based bodies* delle Nazioni Unite rispetto alla normativa irlandese in materia di interruzione volontaria di gravidanza (IVG) hanno certamente contribuito a rinnovare il dibattito all'interno del paese sull'opportunità di rivedere la disposizione di cui all'art. 40.3.3<sup>19</sup> della Costituzione.

La previsione – inserita con l'adozione dell'ottavo emendamento nel 1983 – offriva una protezione di rango costituzionale della vita dell'*unborn*, ed era stata interpretata dalla Corte suprema irlandese nel senso di consentire l'IVG solo in caso di pericolo per la vita della madre, non essendo sufficienti un rischio per la sua salute, né circostanze specifiche come gravi malformazioni del feto o il fatto che la gravidanza fosse l'esito di uno stupro o di un incesto.

Sull'ottavo emendamento gli irlandesi avevano già avuto modo in passato di esprimersi attraverso consultazioni referendarie<sup>20</sup>.

Nel 1992, a seguito del clamore suscitato dal caso *Attorney General v. X and Others*<sup>21</sup>, il 66% circa della popolazione rigettava la proposta di restringere l'accesso all'aborto ai casi di rischio reale per la vi-

---

per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne; Comitato sui diritti dell'infanzia; Comitato sui diritti dei lavoratori migranti; Comitato sui diritti delle persone con disabilità; Comitato sulle sparizioni forzate. Alcuni di essi, oltre a ricevere i rapporti degli Stati parte sull'attuazione dei singoli trattati, ricevono ed esaminano comunicazioni individuali.

<sup>17</sup> M.B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge, 2006, citato da R. ASCHROFT, *The Troubled Relationship*, cit., 40.

<sup>18</sup> L. POLI, *Bioethics, human rights and their interplay in the legal reasoning of ECtHR's case law on artificial reproductive technologies*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2017, 1-18.

<sup>19</sup> L'art. 40.3.3 della Costituzione irlandese stabilisce: «*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*».

<sup>20</sup> Irish Family Planning Association, *History of Abortion in Ireland*, disponibile all'indirizzo: <https://www.ifpa.ie/advocacy/abortion-in-ireland-legal-timeline/> (ultima consultazione 17/07/19).

ta della madre con esclusione esplicita del pericolo di suicidio, e – con una maggioranza di poco inferiore – ammetteva il diritto delle donne di recarsi fuori dallo Stato per praticare un'interruzione di gravidanza, nonché la diffusione di informazioni sul territorio irlandese quanto a servizi di aborto disponibili in altre giurisdizioni. Su quest'ultimo profilo era intervenuta, peraltro, anche la Corte europea dei diritti umani che, nel caso *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*<sup>22</sup>, aveva ravvisato una violazione dell'art. 10 CEDU nel divieto di diffondere informazioni sui servizi di aborto disponibili all'estero, formulato in un provvedimento ingiuntivo adottato dalla *High Court* nei confronti di due organizzazioni no profit.

Con il referendum del 2002, poi, pur con una maggioranza contenuta (50,42%), gli irlandesi bocciarono la proposta di rafforzare il divieto di aborto anche attraverso l'introduzione di nuove sanzioni per chi lo praticasse.

La contrarietà agli standard di tutela dei diritti umani dei limiti posti all'accesso all'aborto in Irlanda è stata affermata a più riprese sul piano internazionale. Si segnalano, in particolare, le posizioni assunte dal Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne – che ha espresso preoccupazione rispetto alla mancata modifica dell'art. 40.3.3 della Costituzione, raccomandandone una revisione per consentire una nuova e più permissiva normativa in materia di IVG<sup>23</sup> – e dal Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura che ha insistito sulla condizione di «*severe physical and mental anguish and distress experienced by women and girls regarding termination of pregnancy due to the State policies*»<sup>24</sup>.

Particolare rilievo ha però avuto un caso portato all'attenzione dello *Human Rights Committee* attraverso una comunicazione individuale. Si tratta del caso *Mellet c. Irlanda*<sup>25</sup>, in cui l'autrice della comunicazione lamentava l'impossibilità di accedere ad aborto anche nel caso in cui il feto risultasse affetto da malformazioni tanto gravi da causarne il decesso nel corso della gestazione o subito dopo il parto. Anche rispetto all'atteggiamento di grande deferenza verso il sistema valoriale irlandese adot-

<sup>21</sup> Il caso riguardava una ragazzina rimasta incinta a seguito di stupro che, dopo aver manifestato l'intenzione di togliersi la vita pur di non portare avanti la gravidanza, aveva programmato, con l'aiuto dei genitori, di recarsi all'estero per abortire. Le autorità, venute a conoscenza delle sue intenzioni (poiché i genitori avevano chiesto delucidazioni sulla possibilità di usare i tessuti del feto abortito come prove nel procedimento penale relativo allo stupro), emettevano un provvedimento ingiuntivo per impedire alla minore di lasciare il territorio dello Stato per l'intera durata della gravidanza. La *Supreme Court* revocava tuttavia tale provvedimento, ritenendo che il rischio di suicidio integrasse l'eccezione prevista dalla norma costituzionale a salvaguardia della vita della gestante. Per un commento, R. FLETCHER, "Pro-Life" Absolutes, *Feminist Challenges: The Fundamentalist Narrative of Irish Abortion Law 1986-1992*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 1998, 1 ss.; *Id.*, *Reproductive Justice and Article 40.3.3*, in J. SCHWEPPE (ed.), *The Unborn Child, Article 40.3.3 and Abortion in Ireland: 25 years of Protection?*, Dublino, 2008, 319 ss.

<sup>22</sup> Corte europea dei diritti umani, *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, ricorso n. 14234/88; 14235/88, sentenza del 29 ottobre 1992. R. LAWSON, *The Irish Abortion Cases: European Limits to National Sovereignty*, in *European Journal of Health Law*, 1, 2, 1994, 167-186.

<sup>23</sup> Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne, *Concluding observations on the combined sixth and seventh periodic reports of Ireland*, UN Doc. CEDAW/C/IRL/CO/6-7, 9 marzo 2017, par. 10.

<sup>24</sup> Comitato contro la tortura, *Concluding observations on the second periodic report of Ireland*, UN Doc. CAT/C/IRL/CO/2, 31 agosto 2017, par. 31.

<sup>25</sup> Comitato dei diritti umani, *Mellet c. Irlanda*, *Communication* n. 2324/2013, *Views* del 31 marzo 2016, UN Doc. CCPR/C/116/D/2324/2013 del 9 giugno 2016.

tato dalla Corte europea di Strasburgo in una decisione di qualche anno prima<sup>26</sup>, le *views* colpiscono per la posizione molto netta assunta dall'organo delle Nazioni Unite rispetto alle doglianze formulate nella comunicazione. Lo *Human Rights Committee* ha infatti ritenuto che l'impossibilità di procedere ad aborto nel caso in cui il feto sia affetto da malformazioni fatali rappresenti una violazione dei diritti garantiti agli articoli 7, 17 e 26 dell'*International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR). In particolare, ha considerato che il divieto di interrompere la gestazione di un feto che non sarebbe comunque sopravvissuto alla nascita, avesse sottoposto l'autrice della comunicazione a condizioni di intensa sofferenza fisica e mentale tali da integrare un trattamento crudele, inumano e degradante<sup>27</sup> e che l'interferenza nel diritto alla vita privata della donna fosse da considerarsi arbitraria in ragione di un cattivo bilanciamento, nel caso di specie, tra i diritti del feto e quelli della donna<sup>28</sup>. Il Comitato riconosceva, altresì, una violazione dell'art. 26 del Patto, insistendo sulle differenze di trattamento cui sono sottoposte, da una parte, le donne che, pur riscontrando una malformazione fatale nel feto, decidono di portare a termine la gravidanza e, dall'altra, quelle che in circostanze analoghe scelgono di interromperla. Tali differenze includono, in particolare, la possibilità – garantita solo alle prime – di usufruire del sistema sanitario pubblico e della copertura assicurativa, nonché di ottenere le necessarie cure mediche e l'assistenza psicologica in caso di aborto spontaneo o di decesso del bambino successivo al parto<sup>29</sup>. Lo *Human Rights Committee* è poi giunto alle medesime conclusioni in un altro caso del tutto simile (*Whelan c. Irlanda*)<sup>30</sup>.

A differenza delle sentenze dei tribunali internazionali, le *views* dei *treaty based organs* non sono vincolanti, ma di fatto contribuiscono ad orientare il comportamento degli Stati, soprattutto allorché identificano in una scelta normativa (o in una prassi amministrativa) una chiara violazione degli obblighi assunti attraverso vincoli pattizi. La posizione espressa dallo *Human Rights Committee* ha infatti sollecitato in modo determinante il dibattito interno sul divieto di aborto. Non a caso, proprio a seguito del caso *Mellet*, è stato dato avvio all'attività della *Citizens' Assembly*<sup>31</sup>, che si è interrogata sulle possibili modifiche da apportare all'ottavo emendamento. Nel suo report finale, la *Citizens' Assembly* ha espresso favore per la sostituzione dell'articolo 40.3.3 della Costituzione con una previsione che riservi al Parlamento la definizione di una normativa in materia di aborto (e che consideri il bilanciamento dei diritti della donna con quelli del feto) e ha anche avanzato alcune raccomandazioni sul contenuto di una possibile normativa, suggerendo un limite all'età gestazionale entro cui consentire l'IVG e identificando le circostanze in presenza delle quali l'interruzione dovrebbe essere garanti-

<sup>26</sup> Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *A., B. e C. c. Irlanda*, ricorso n. 25579/05, sentenza del 16 dicembre 2010.

<sup>27</sup> Comitato dei diritti umani, *Mellet c. Irlanda*, cit., par. 7.4-7.6.

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 7.8.

<sup>29</sup> *Ibid.*, par 7.10 e 7.11.

<sup>30</sup> Comitato dei diritti umani, *Whelan c. Irlanda*, *Communication* n. 2425/2014, *Views* del 17 marzo 2014, UN Doc. CCPR/C/119/D/2425/2014 del 12 giugno 2017.

<sup>31</sup> Si tratta di un "esercizio di democrazia deliberativa", che intende mettere i cittadini al centro di questioni giuridiche e politiche di rilevanza. L'Assemblea, istituita nel 2016 è composta da 99 cittadini irlandesi, rappresentanti delle diverse componenti della società (quanto ad età, genere, classe sociale e provenienza regionale). Oltre alla questione dell'aborto, l'Assemblea è stata chiamata a considerare temi quali le sfide poste dal cambiamento climatico e le modalità delle consultazioni referendarie.

ta<sup>32</sup>. A seguito del referendum del 2018, poi, è stato adottato l'*Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*<sup>33</sup> che regola l'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza consentendola, entro la dodicesima settimana di gestione, anche in caso di rischio per la salute della donna, nonché in presenza di gravi problemi di salute del feto, che non ne consentano la sopravvivenza oltre i 28 giorni dalla nascita.

È chiaro che ad aver reso possibile un cambiamento tanto epocale non è stata solo la posizione espressa dagli organi delle Nazioni Unite, ma un più generale mutamento nell'approccio della comunità irlandese, determinato da complessi meccanismi sociali. Tuttavia, è innegabile che le decisioni assunte nei casi *Mellet* e *Whelan* abbiano rappresentato un significativo sprone ad apportare modifiche in materia di aborto. In entrambi i casi, infatti, lo *Human Rights Committee* aveva indicato la necessità di prevenire ulteriori violazioni adottando una riforma normativa che prevedesse «*timely and accessible procedures for pregnancy termination in Ireland*»<sup>34</sup>. Nell'ambito del processo di *follow-up* successivo all'adozione delle *views* del Comitato, il governo irlandese ha poi esplicitamente ammesso che l'impossibilità di accesso all'aborto in caso di gravi anomalie fetali determini un serio pregiudizio ai danni di molte donne nelle condizioni delle autrici delle due comunicazioni e ha riconosciuto come una simile situazione imponesse la modifica dell'articolo 40.3.3 della Costituzione<sup>35</sup>.

D'altro canto, l'autonomia riproduttiva della donna ha conosciuto una graduale affermazione nel diritto internazionale, a partire dall'adozione del *Programme of action* nel corso della *International Conference on population and development* del Cairo nel 1994 e dalla *Platform for action* elaborata a Pechino nel 1995, in cui, per la prima volta in un documento internazionale, si invitavano gli Stati a rivedere «*laws containing punitive measures against women who have undergone illegal abortions*»<sup>36</sup>. E, sebbene l'unica previsione vincolante in tema di interruzione di gravidanza sia l'art. 14.2.c del *Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women*<sup>37</sup>, è possibile riconoscere un generale consenso a livello internazionale sull'opportunità di garantire, in circostanze specifiche, la prevalenza della tutela della vita e della salute psico-fisica della donna, sulla necessità, altrimenti garantita, di proteggere il nascituro<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Citizens' Assembly, *First Report and Recommendations - The eighth amendment of the Constitution*, 29 giugno 2017, disponibile all'indirizzo: <https://www.citizensassembly.ie/en/The-Eighth-Amendment-of-the-Constitution/Final-Report-on-the-Eighth-Amendment-of-the-Constitution/Final-Report-incl-Appendix-A-D.pdf> (ultima consultazione 2/04/2019).

<sup>33</sup> Adottato il 20 dicembre 2018, è entrato in vigore il 1 gennaio del 2019.

<sup>34</sup> Comitato dei diritti umani, *Mellet c. Irlanda*, cit., par. 9; *Whelan c. Irlanda*, cit., par. 9.

<sup>35</sup> Comitato dei diritti umani, *Follow-up progress report on individual communications*, UN Doc. CCPR/C/122/R.2, 29 maggio 2018, 16.

<sup>36</sup> Fourth World Conference on Women, *Platform for Action*, Pechino, 1995, par. 106, lett. (k).

<sup>37</sup> La disposizione citata recita come segue: «*States Parties shall take all appropriate measures to: [...] c) protect the reproductive rights of women by authorizing medical abortion in cases of sexual assault, rape, incest, and where the continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the mother or the fetus*».

<sup>38</sup> Per un approfondimento sul tema, si rinvia a L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e "treaty bodies" a confronto*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2017, 189-212.

### 3.2 Oltre il margine di apprezzamento degli Stati: la gestazione per altri e il *best interest of the child*

L’impulso che l’attività degli organi di garanzia dei diritti umani dà al biodiritto interno agli stati, tuttavia, non è limitata ad ipotesi, come quella dell’aborto, in cui vi sia una (almeno tendenziale) uniformità di vedute a livello internazionale. Anche con riferimento a questioni più controverse è infatti riscontrabile una significativa influenza, come dimostra il tema della gestazione per altri.

La Corte EDU si è trovata in diverse occasioni a considerare le vicende di coppie che avevano fatto ricorso alla gestazione per altri, senza mai interrogarsi sulla pratica in sé, ma verificando piuttosto l’impatto che le scelte legislative di natura restrittiva, operate dagli Stati convenuti, avevano avuto sui diritti delle coppie e dei bambini nati attraverso tale tecnica.

Particolarmente interessanti, per la presente analisi, sono le sentenze nei casi *Menesson c. Francia*<sup>39</sup> e *Labassee c. Francia*<sup>40</sup>, in cui due coppie di cittadini francesi (e i minori nati da GPA effettuata negli Stati Uniti) ritenevano che il rifiuto di trascrivere i certificati di nascita dei bambini in Francia – e di riconoscere, quindi, il rapporto di filiazione attestato negli USA – costituisse una violazione dell’art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

Nell’esaminare la doglianza, la Corte di Strasburgo ha applicato principi ampiamente consolidati nella sua giurisprudenza, rilevando innanzitutto che l’ingerenza nella vita privata e familiare dei ricorrenti, rappresentata dal rifiuto di trascrizione degli atti di nascita, fosse prevista dalla legge e perseguisse scopi legittimi quali la tutela della salute e di diritti e libertà altrui<sup>41</sup>. Nel valutare poi la proporzionalità della misura, la Corte ha ribadito che, sebbene l’assenza di un consenso europeo in materia di GPA suggerisca di riconoscere ampia discrezionalità agli ordinamenti interni sulla possibilità di consentire o meno tale pratica e di riconoscere o meno il rapporto di filiazione tra genitori committenti e il bambino, il margine di apprezzamento è in realtà da considerarsi ristretto, poiché il legame di parentela rappresenta un aspetto fondamentale dell’identità (e dunque della vita privata) degli individui<sup>42</sup>. In ogni caso, per i giudici di Strasburgo, anche le scelte operate dagli Stati entro i limiti del proprio margine di apprezzamento non sono esenti dal vaglio della Corte e debbono realizzare un buon equilibrio tra gli interessi degli Stati e quelli degli individui coinvolti, in particolare quando debba trovare applicazione il principio del *best interest of the child*<sup>43</sup>.

Così, in entrambe le sentenze, pur non avendo ritenuto sussistente la violazione dell’art. 8 CEDU ai danni dei genitori<sup>44</sup>, la Corte ha riconosciuto una violazione del diritto alla vita privata nei confronti dei bambini. La mancata trascrizione dell’atto di nascita in Francia rischiava, infatti, di determinare l’impossibilità per costoro di ottenere la cittadinanza francese e di esercitare i diritti successori<sup>45</sup>. Inoltre – alla luce del legame genetico sussistente, in entrambe le coppie, tra i figli e il padre – la Corte riteneva contraria all’interesse dei bambini una misura che impedisse il riconoscimento giuridico di

<sup>39</sup> Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11 sentenza del 26 luglio 2014.

<sup>40</sup> Corte europea dei diritti umani, *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, sentenza del 26 luglio 2014

<sup>41</sup> Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, cit., par. 57-62; *Labassee c. Francia*, cit., par. 52-54.

<sup>42</sup> Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, cit., par. 79-80; *Labassee c. Francia*, cit., par. 58-59.

<sup>43</sup> Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, cit., par. 81; *Labassee c. Francia*, cit., par. 60.

<sup>44</sup> Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, cit., par. 87-94; *Labassee c. Francia*, cit., par. 66-73.

<sup>45</sup> Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, cit., par. 96-98; *Labassee c. Francia*, cit., par. 75-77.

una realtà biologica<sup>46</sup>. A seguito della pronuncia, il Ministero della giustizia francese disponeva la trascrizione dei certificati di nascita rilasciati all'estero in caso di GPA che riportassero l'indicazione del padre biologico<sup>47</sup>.

Questo caso ben dimostra come, pur riconoscendo la più ampia discrezionalità alle autorità nazionali rispetto all'ammissibilità o meno di una pratica controversa come la GPA, le decisioni degli organi a tutela dei diritti umani possono avere effetti molto significativi sugli ordinamenti interni. È evidente, infatti, che in questo caso la Corte EDU ha imposto di riconoscere effetti giuridici al risultato della gestazione per altri, pur formalmente non condannando le scelte restrittive operate dal sistema nazionale, ma implicitamente muovendo verso un'apertura rispetto alla pratica in sé<sup>48</sup>.

La Corte EDU è tornata poi ad esprimersi sulla vicenda, questa volta con un parere reso ex Protocollo 16, su sollecitazione della *Cour de Cassation*<sup>49</sup>. Il giudice francese aveva chiesto, in primo luogo, se potesse considerarsi rientrare nel margine di apprezzamento delle autorità nazionali il rifiuto di trascrivere nei registri dello stato civile un atto di nascita relativo ad un bambino nato all'estero da GPA, nella parte in cui designa come madre la madre d'intenzione (non biologica), pur ammettendo la trascrizione dello stesso atto con riferimento al padre biologico e, in secondo luogo, se l'adozione del bambino da parte della madre d'intenzione fosse una soluzione in linea con gli obblighi convenzionali. La Corte, che ha ritenuto l'adozione del minore da parte del coniuge del padre biologico compatibile con la CEDU<sup>50</sup>, ha chiaramente statuito che è senza alcun dubbio nel migliore interesse del minore «*the legal identification of the persons responsible for raising him or her, meeting his or her needs and ensuring his or her welfare, as well as the possibility for the child to live and develop in a stable environment*»<sup>51</sup>.

Sembra dunque possibile sostenere che il progresso scientifico in campo biomedico – allorché sia sostenuto da un'accettazione dal punto di vista etico dei suoi risultati, che sia sufficientemente diffusa, se anche non unanime – sia destinato a produrre posizioni giuridiche soggettive fortemente meritevoli di tutela. La garanzia di queste posizioni sul piano internazionale incide sulle scelte normative interne, finendo per comprimere il margine di apprezzamento su una questione su cui, per le impor-

<sup>46</sup> Corte europea dei diritti umani, *Mennesson c. Francia*, cit., par. 100; *Labassee c. Francia*, cit., par. 79.

<sup>47</sup> Comitato dei Ministri, *Communication from France concerning the cases of Laborie, Mennesson and Labassée v. France*, 1 agosto 2017, doc. n. DH-DD(2017)817, 5.

<sup>48</sup> Questa dinamica è stata ben evidenziata dai giudici Raimondi e Spano nell'opinione parzialmente dissenziente allegata alla sentenza di Camera nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (ricorso n. 25358/12, sentenza del 25 gennaio 2015). La decisione della maggioranza non sarebbe condivisibile, per i due giudici, perché essa, imponendo il riconoscimento di un legame familiare, pur in assenza di legame genetico, tra i genitori d'intenzione e il bambino nato da GPA, impedirebbe allo Stato di non riconoscere effetti alla pratica della maternità surrogata: «*s'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une "vie familiale", il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d'effets juridique à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour*» (ivi, par. 15).

<sup>49</sup> Corte europea dei diritti umani, *Parere consultivo relativo al riconoscimento nel diritto nazionale del rapporto di filiazione tra un bambino nato attraverso un accordo di maternità surrogata gestazionale all'estero e la madre d'intenzione*, richiesta n. P16-2018-001, 10 aprile 2019.

<sup>50</sup> *Ibid.*, par. 54.

<sup>51</sup> *Ibid.*, par. 42.

tanti implicazioni di natura bioetica, la Corte EDU tradizionalmente accorda un’ampia discrezionalità agli Stati.

#### 4. Il biodiritto internazionale e le sue principali caratteristiche

L’incidenza del diritto internazionale sul biodiritto non è limitata al contributo offerto dall’applicazione di standard (per così dire) generici di tutela di diritti umani fondamentali allo sviluppo della biomedicina, ma si traduce anche nell’adozione di documenti internazionali volti ad orientare il comportamento degli Stati specificatamente in materia di progresso scientifico e tutela della dignità umana. Sempre di più le scienze dalla vita, e la biomedicina in particolare, pongono questioni che meritano una trattazione non confinata agli ordinamenti nazionali: «*as science becomes increasingly globalized, a coherent and effective response to the new dilemmas raised by science should also be global*»<sup>52</sup>.

Questo corpus crescente di norme e principi si può definire come “biodiritto internazionale”.

I principali strumenti del biodiritto internazionale sono la Convenzione per la protezione dei diritti dell’uomo e la dignità dell’essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (Convenzione di Oviedo)<sup>53</sup> e i suoi quattro Protocolli addizionali<sup>54</sup>, nonché le tre Dichiarazioni adottate in seno all’Unesco, ovvero la Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani, 1997<sup>55</sup>; la Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani, 2003; e la Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani, 2005<sup>56</sup>.

Si tratta, è bene evidenziare, di documenti che non hanno elaborato e introdotto principi nuovi, ma hanno piuttosto adattato standard elaborati nel contesto della tutela dei diritti fondamentali dell’individuo al campo specifico della biomedicina<sup>57</sup>. Cionondimeno, il biodiritto internazionale costituisce un ambito normativo di cui sono riconoscibili alcuni caratteri fondamentali: alcuni attengono ad un piano formale, concernendo il modo in cui esso si produce; altri concernono profili sostanziali, ovvero il suo contenuto, che appare strettamente ancorato al concetto di dignità umana.

<sup>52</sup> R. ANDORNO, *Principles of international biolaw. Seeking common ground at the intersection of bioethics and human rights*, Bruxelles, 2013, 5.

<sup>53</sup> Sulla Convenzione di Oviedo, oltre a R. ANDORNO, *Principles*, cit., 115-136 e L. MARINI, *Il diritto internazionale e comunitario della bioetica*, cit., 48 ss., si veda I. R. PAVONE, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, 2009.

<sup>54</sup> Protocollo sul divieto di clonazione di esseri umani, adottato nel 1998, in vigore dal 2001; Protocollo relativo al trapianto di organi e tessuti di origine umana, adottato nel 2002, in vigore dal 2006; Protocollo sulla ricerca biomedica adottato nel 2005, in vigore dal 2007; Protocollo relativo ai test genetici a scopi sanitari, adottato nel 2008, in vigore dal 2018.

<sup>55</sup> R. ANDORNO, *Principles*, cit., 83-100.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 101-113.

<sup>57</sup> *Ibid.*, 6. Sui principi bioetici che hanno ispirato la redazione dei principali documenti di biodiritto internazionale, vedi anche A. BOMPIANI, A. BEGHÈ LORETI, L. MARINI, *Bioetica e diritti dell’uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario*, Torino, 2001, 31-40.

#### 4.1 Un diritto in prevalenza “soffice” ed il ruolo dei comitati internazionali di bioetica

Il biodiritto internazionale si distingue, innanzitutto, per il significato assunto ed il ruolo svolto dalla *soft law*<sup>58</sup>. Pur non essendo tecnicamente fonti di produzione del diritto, gli strumenti di *soft law* sono spesso concepiti per produrre un effetto vincolante a lungo termine, attraverso la trasposizione in documenti pattizi. Inoltre, essi possono orientare il comportamento degli Stati, contribuendo così a determinare la nascita di norme di diritto consuetudinario. In ogni caso, anche a prescindere dalla loro evoluzione in disposizioni vincolanti e pur definendo solo impegni politici nell'immediato, questi strumenti contribuiscono a promuovere risposte normative alle sfide che lo sviluppo scientifico in campo biomedico pone costantemente. Peraltro, come segnala qualcuno, gli atti di *soft law*, quali le Dichiarazioni UNESCO, risultano avere un buon tasso di applicazione da parte degli Stati, del tutto assimilabile a quello delle fonti pattizie<sup>59</sup>.

Occorre ricordare che gli atti di *soft law* presentano alcuni vantaggi di ordine pratico: innanzitutto sono più agevoli da adottare, non necessitando di procedure lunghe e soggette a condizionamenti politici interni, come la ratifica<sup>60</sup>. Questo è un valore aggiunto soprattutto alla luce della necessità di adottare standard che siano utilmente aggiornabili alla luce del rapido sviluppo delle conoscenze nel campo biomedico. Inoltre, gli atti di *soft law* si presentano come unitari, non ammettendo la frammentazione del contenuto che deriva dall'apposizione di riserve eccezionali o modificative, tipica dei regimi pattizi.

Quello del biodiritto, naturalmente, non è l'unico ambito normativo in cui la *soft law* svolge un ruolo essenziale. L'adozione di principi normativi che, pur non avendo forza vincolante, sono in grado di produrre effetti giuridici ha funzionato in modo significativo in diversi settori del diritto internazionale<sup>61</sup>, tanto che, secondo alcuni autori, la definizione di diritto “soffice” sarebbe del tutto fuorviante<sup>62</sup>. Nel campo del biodiritto internazionale, tuttavia, forse in modo più evidente che in altri, la *soft law* non solo produce un processo graduale di influenza del comportamento degli stati<sup>63</sup>, ma soprattutto

<sup>58</sup> Sulla *soft law*, tra gli altri: C.M. CHINKIN *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 38, 4, 1989, 850-866; K.W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, in *International Organization*, 54, 3, 2000, 421-456; M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Lavoro e diritto*, 1, 2003, 17-35; E. TRAMONTANA, *Il “soft law” e la resilienza del diritto internazionale*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2017, 43-66.

<sup>59</sup> H. HILLGENBERG, *A fresh look at soft law*, in *European Journal of International Law*, 10, 3, 1999, 502.

<sup>60</sup> *Ibid.*, 501; G.C. SHAFFER, M.A. POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*, in *Minnesota Law Review*, 94, 2010, 719.

<sup>61</sup> Sono in particolare interessati da un proliferare di strumenti di *soft law*, non solo il diritto dell'ambiente (tra gli altri, J. FRIEDRICH, *International Environmental “soft law”. The Functions and Limits of Nonbinding Instruments in International Environmental Governance and Law*, Heidelberg, 2013), ma anche la regolamentazione di nuove tecnologie (G.E. MARCHANT, B. ALLENBY, *Soft law: New tools for governing emerging technologies*, in *Bulletin of the Atomic Scientists*, 73, 2, 2017, 108-114).

<sup>62</sup> D. THÜRER, *Soft law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, par. 37.

<sup>63</sup> In dottrina vi è chi insiste sulla natura di *standard-setting*, per esempio, delle dichiarazioni UNESCO: I.R. PAVONE, *The role of soft law in bioethics*, in C. CAPORALE, I.R. PAVONE, *International Biolaw and Shared Ethical Principles. The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, Londra, 2018, 102-103.

funziona da motore per il confronto in un contesto in cui gli Stati si sentono liberi da vincoli ai propri poteri sovrani<sup>64</sup>.

La dimensione del confronto è senza dubbio determinante, soprattutto se si considera un secondo aspetto caratterizzante il biodiritto internazionale, ovvero l’istituzionalizzazione del dibattito sul rapporto tra bioetica e diritto, che si è concretizzata, sul piano internazionale, nella creazione di organi come il Comitato internazionale di bioetica dell’UNESCO, il Comitato sulla bioetica del Consiglio d’Europa o il Gruppo Europeo sull’Etica nella Scienza e nelle Nuove Tecnologie istituito nell’ambito dell’Unione Europea. Tali comitati, possono intendersi come «entità ibride tra le istanze normative internazionali e i comitati nazionali per la bioetica»<sup>65</sup> e consacrano la dimensione politica della bioetica, ovvero la sua «profonda influenza [...] sulle tecniche di disciplina giuridica, evidenziando la necessità di un dialogo strutturato, informato ed inclusivo da parte della società»<sup>66</sup>.

#### 4.2 Centralità del concetto di dignità dell’essere umano e tutela dell’umanità nel suo insieme

Un ultimo aspetto su cui conviene soffermarsi, pur brevemente, riguarda la centralità del concetto di dignità umana negli strumenti di biodiritto internazionale.

Senza dubbio tale concetto non è nuovo per il diritto internazionale: la dignità dell’individuo in quanto essere umano diviene paradigmatica sin dall’adozione della Dichiarazione universale del 1948 (considerato da alcuni «il documento “capostipite” in materia di bioetica per quanto riguarda il versante giuridico»<sup>67</sup>), nel cui preambolo è statuito: «il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo».

Tuttavia, rispetto ad altri documenti che promuovono o sanciscono la tutela dei diritti fondamentali, gli strumenti di biodiritto internazionale ruotano intorno al concetto in un modo che denota non solo «a mere shift in style, but a true shift in substance that deserve to be carefully considered»<sup>68</sup>.

Il concetto, dunque, non costituisce solo l’oggetto di una norma generale, ma ha funzioni specifiche, rappresentando tra l’altro il confine della ricerca clinica sugli individui, così pure come una barriera invalicabile per alcune pratiche (come la clonazione di esseri umani o gli interventi sulla linea germinale)<sup>69</sup>. Esso sanziona, dunque, il primato dell’essere umano sulla scienza, che deve necessariamente

<sup>64</sup> Nel biodiritto, infatti, «*soft law presents the great advantage of allowing countries to gradually become familiar with the commonly agreed standards before they are confronted with the adoption of enforceable rules at the national or international level. This gradual procedure leaves more room for discussion and achieving consensus on issues that are especially complex or sensitive, or more exposed to change, like those related to scientific developments*»: R. ANDORNO, *Human dignity and human rights as a common ground for a global bioethics*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 34, 3, 2009, 223-226.

<sup>65</sup> L. MARINI, *Il diritto internazionale e comunitario della bioetica*, cit., 146.

<sup>66</sup> N. BOSCHIERO, *Le biotecnologie tra etica e principi generali del diritto internazionale*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *Bioetica e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario: questioni generali e tutela della proprietà intellettuale*, Torino, 2006, 20.

<sup>67</sup> M. CASINI, *Diritti umani di chi?*, cit., 68.

<sup>68</sup> R. ANDORNO, *Principles*, cit., 17.

<sup>69</sup> Il concetto di dignità umana è poi «*mentioned as a basis for a fair distribution of the benefits resulting from research; it is presented as a necessary condition for the respect of cultural diversity*»: *Ibid.*, 19-20.

porsi al servizio dell'umanità<sup>70</sup> e rappresenta un paradigma essenziale ed irrinunciabile del biodiritto internazionale, un vero “*shaping principle*”<sup>71</sup>.

Il significato di “dignità umana”, tuttavia, non è mai esplicitato nei documenti internazionali: «*[i]ts intrinsic meaning has been left to intuitive understanding, conditioned in large measure by cultural factors*»<sup>72</sup>. In dottrina, tra i molti spunti ricostruttivi proposti, qualcuno si è interrogato sul passaggio da dignità come *empowerment* a dignità come *constraint*<sup>73</sup>, mentre altri si soffermano sulla difficoltà di ricostruire una nozione “oggettiva” di dignità, intesa come espressione di valori collettivi giuridicamente rilevanti, che possano costituire fonte di doveri a carico di individui nei confronti delle loro comunità di appartenenza<sup>74</sup>.

Pur non potendo approfondire questo profilo, sembra possibile evidenziare che, nell'ambito del biodiritto internazionale, la centralità del concetto di dignità sia legata alla rilevanza che il progresso scientifico in biomedicina riveste non solo per la dimensione – concreta e attualissima – di tutela di diritti fondamentali come la vita, l'integrità fisica e l'autodeterminazione, ma anche nella prospettiva – più programmatica e di lungo periodo – di preservare l'essenza dell'umanità nel suo insieme<sup>75</sup>. Ciò che il processo di Norimberga aveva rivelato<sup>76</sup>, è *mutatis mutandis* ancora valido e, sempre di più, il biodiritto internazionale è chiamato non solo e non tanto a contenere lo sviluppo scientifico entro determinati confini percepiti come “ammissibili”, ma piuttosto ad accompagnare il progresso verso mete che siano “auspicabili”<sup>77</sup>.

## 5. Cenni conclusivi

Il contributo del diritto internazionale allo sviluppo del biodiritto sembra assumere due dimensioni.

<sup>70</sup> «*[I]ndividuals should not become instruments for the benefits of science, because science is not an absolute end, but only a means by which to service the human persons*»: R. ANDORNO, *Principles*, cit., 20.

<sup>71</sup> N. LENOIR, B. MATHIEU, *Les normes internationales de la bioéthique*, Parigi, 2004, citati da R. ANDORNO, *Principles*, cit., 41.

<sup>72</sup> O. SCHACHTER, *Human Dignity as a Normative Concept*, in *The American Journal of International Law*, 77, 4, 1983, 849: «*When it has been invoked in concrete situations, it has been generally assumed that a violation of human dignity can be recognized even if the abstract term cannot be defined. “I know it when I see it even if I cannot tell you what it is”*».

<sup>73</sup> D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Cambridge, 2001, 9-47.

<sup>74</sup> P. DE SENA, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, in *Diritti umani e Diritto Internazionale*, 3, 2017, 573 ss.

<sup>75</sup> R. ANDORNO, *Principles*, cit., 43.

<sup>76</sup> «*The atrocities of the Nazi eugenic experiments do not only show that experimentation in human subjects involves risks of instrumentalization of people for scientific goals, but also how, in a sense, it is ultimately the human subjects' humanity that can thereby be compromised. When people are conceived as merely ‘human material’ for experiments, this is widely considered a gross violation of their humanity*»: B. VAN BEERS, L. CORRIAS, W. WERNER, *Introduction: probing the boundaries of humanity*, in B. VAN BEERS, L. CORRIAS, W. WERNER (eds.), *Humanity across International Law and Biolaw*, Cambridge, 2014, 9.

<sup>77</sup> «*The questions that biomedical technologies raise are not only about its outer limits (negative approach), which presupposes the concept of humanity as a limit, but also about the direction in which these technologies should be developed (positive approach), which presupposes the concept of humanity as more of a regulatory guideline and standard*»: B. VAN BEERS, L. CORRIAS, W. WERNER, *Introduction*, cit., 11

Da un lato, la protezione internazionale dei diritti umani esercita una significativa influenza sul biodiritto interno agli Stati. L'applicazione di strumenti di tutela dei diritti fondamentali alle questioni poste dal progresso delle scienze della vita orienta i comportamenti degli Stati, sino a promuovere scelte normative anche “rivoluzionarie” rispetto al contesto sociale e culturale di riferimento.

Dall'altro, sempre di più lo sforzo intergovernativo si pone come necessario per definire standard normativi uniformi che considerino specificatamente le sfide poste dagli sviluppi scientifici e che, più in generale, sostengano la scienza, guidandola nella direzione di preservare la dignità dell'individuo e promuovere l'essenza dell'umanità.

*Special Issue*





## La difesa della morale come giustificazione di limitazioni al rispetto della vita privata, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani

Vladimiro Zagrebelsky\*

THE PROTECTION OF MORALS AS A JUSTIFICATION FOR IMPOSING LIMITS TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE  
IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: The Author describes how the European Convention authorizes limits to rights and liberties, in particular by mentioning the protection of morals in article 8, the logic and problems of the margin of national appreciation and of the European consensus, with at the end the awkward recognition by the Court of the conclusive role of the majorities in the countries.

KEYWORDS: European Convention on Human Rights; respect for private life; protection of morals; margin of appreciation; European consensus

SOMMARIO: 1. La protezione della morale come possibile limite a quella della vita privata – 2. Il margine di apprezzamento nazionale – 3. Il richiamo al consenso europeo – 4. Apprezzamento nazionale e maggioranza politica nel Paese

### 1. La protezione della morale come possibile limite a quella della vita privata

I temi che ricadono nel campo vasto, eterogeneo e in certa misura indefinito del biodiritto, sono nella giurisprudenza della Corte europea il regno del margine di apprezzamento nazionale. Nella materia è fondamentale conoscere di cosa si tratti e quale ruolo svolga nell'economia della Convenzione, con l'avvertenza che dalla giurisprudenza della Corte europea si trae il contenuto attuale dei diritti e delle libertà fondamentali che gli Stati europei «riconoscono» e che l'interpretazione data dalla Corte è vincolante per le autorità degli Stati membri del Consiglio d'Europa<sup>1</sup>.

I ricorsi che hanno dato occasione alla Corte di interpretare e applicare la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali in tema di biodiritto sono stati generalmente trattati in rapporto all'art. 8 Conv., che stabilisce il diritto al rispetto della vita privata (e familiare). Tale diritto ammette limitazioni purché siano previste dalla legge e siano necessarie in una società democratica in vista di uno o più degli scopi legittimi indicati dalla norma. Sono riferibili a tale area una serie di sentenze della Corte che hanno considerato vicende relative all'aborto (decisione *Boso c. Italia*; sentenze

\* Direttore del Laboratorio dei Diritti Umani, Collegio Carlo Alberto di Torino; già giudice della Corte europea dei diritti umani. Mail: [v.zagrebelsky@gmail.com](mailto:v.zagrebelsky@gmail.com). Contributo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Artt. 1, 19 e 32 Conv. Nella giurisprudenza costituzionale, in riferimento all'art. 117 Cost., Corte cost. n. 348 e 349/2007. Faccio rinvio generale alla recente trattazione del tema in V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, II ed., Bologna, 2019.

*Tysiác c. Polonia; R.R. c. Polonia; A. B. e C. c. Irlanda; Open Doors c. Irlanda*), la maternità surrogata (*Mennesson e Labassee c. Francia; Foulon c. Francia; Bouvet c. Francia*), la PMA (*Dickson c. UK; S.H. c. Austria*) e l'uso degli embrioni congelati (*Evans c. UK; Parrillo c. Italia*); la diagnosi genetica preimpianto (*Costa e Pavan c. Italia*); il suicidio assistito (*Pretty c. Regno Unito; Haas c. Svizzera; Koch c. Germania*) e la cessazione di trattamento vitale (*Lambert c. Francia; Gard e Evans c. Regno Unito; Afiri e Biddari c. Francia*).

In tutti i casi la Corte ha esaminato le vicende soltanto o anche in riferimento allo scopo legittimo dell'interferenza fatto valere dal governo e consistente nella protezione della morale. Ed è affermazione ripetuta nella giurisprudenza della Corte che non è riscontrabile nell'ambito del Consiglio d'Europa una nozione comune di morale. Si tratta inoltre di nozione variabile nel tempo; gli Stati, meglio della Corte, sono chiamati a definirla<sup>2</sup>. E proprio in rapporto alla protezione della morale, come ragione giustificatrice di limitazioni al rispetto della vita privata delle persone, si è sviluppata una giurisprudenza che largo spazio lascia all'apprezzamento nazionale. Del margine di apprezzamento nazionale occorre quindi ora discorrere: esso non riguarda solo modi e limiti della interferenza statale, ma anche la portata stessa della morale cui far riferimento. Per la definizione della morale la Corte non ha elaborato una sua «nozione autonoma» utile per l'applicazione della Convenzione ed eguale nei confronti di tutti gli Stati.

## 2. Il margine di apprezzamento nazionale

La Corte europea riconosce agli Stati un margine di apprezzamento nell'applicazione della Convenzione in particolare per quanto riguarda la necessità e proporzione delle limitazioni ai diritti. La nozione è comparsa nella giurisprudenza della Corte in casi molto particolari e circoscritti. Quanto alla sospensione degli obblighi dello Stato nei casi di cui all'art. 15 Conv., la Corte già in epoca risalente ha affermato che i limiti del suo controllo emergono con particolare chiarezza rispetto alla competenza degli Stati nel valutare l'esistenza di un «pericolo pubblico che minacci la vita della nazione». In proposito perciò va loro riconosciuto un largo margine di apprezzamento, fermo restando il controllo della Corte affinché non venga superata la misura strettamente necessaria della deroga<sup>3</sup>. Fu poi la Commissione europea dei diritti umani, nel caso relativo ad alcuni profili del regime linguistico dell'insegnamento in Belgio, a prospettare un'applicazione ampia della nozione, in particolare in quel caso, che riguardava l'art. 14 Conv. Secondo la Commissione il margine di apprezzamento nazionale va riconosciuto agli Stati in rapporto alle clausole che «non definiscono con precisione i diritti» che esse sanciscono. Tali clausole «lasciano agli Stati un certo margine di apprezzamento per ciò che concerne la loro attuazione», «autorizzano restrizioni o eccezioni ai diritti garantiti», «attribuiscono agli Stati, entro certi limiti, la scelta dei mezzi più idonei per attuare un diritto»<sup>4</sup>. La Corte seguì la stessa impostazione affermando che essa non potrebbe ignorare le circostanze di diritto e di fatto che caratterizzano la vita

<sup>2</sup> *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, §§ 46-48; *Müller c. Svizzera*, 24 maggio 1988, § 36; *Akdas c. Turchia*, 16 febbraio 2010, §§ 23-31.

<sup>3</sup> *Lawless c. Irlanda*, 1° luglio 1961, § 22, 36-38; *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, §§ 205-207.

<sup>4</sup> La posizione della Commissione si trova sintetizzata nella sentenza della Corte, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgio*, 23 luglio 1968, § 4 della parte relativa all'esposizione degli argomenti delle parti sulla portata dell'art. 2 Prot. 1 e artt. 8 e 14 Conv.

sociale nello Stato convenuto in giudizio; se si sostituisse alle autorità nazionali competenti, la Corte perderebbe di vista il carattere sussidiario del meccanismo della Convenzione. In conclusione, secondo la Corte le autorità nazionali, in quanto in contatto diretto con le forze vive del loro paese, sono meglio attrezzate per valutare fatti ed esigenze, rispetto ad una Corte internazionale, e rimangono libere di scegliere le misure che ritengono appropriate, sotto il controllo della Corte europea riguardo alla conformità di tali misure alle esigenze della Convenzione<sup>5</sup>. La Corte d'altra parte ha affermato che il sistema convenzionale non implica l'imposizione di un'uniformità assoluta nell'applicazione della Convenzione<sup>6</sup>.

Il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati riguarda principalmente le ipotesi di limitazioni a un diritto convenzionale che lo Stato assuma siano necessarie sulla base di esigenze legittime riconosciute dalla Convenzione. Si tratta di casi in cui sia in discussione il peso relativo degli interessi in competizione oppure il miglior mezzo per proteggerli, specialmente quando si verta su questioni di natura etica<sup>7</sup>. Possono essere richiamati, come esempi, le sentenze in tema di libertà di espressione e di limite posto per la protezione della morale<sup>8</sup>, o di diritto al rispetto dei beni in rapporto alla utilità pubblica di una limitazione<sup>9</sup>. Altri casi riguardano il bilanciamento tra diritti o libertà convenzionali confliggenti<sup>10</sup>. La Corte in proposito ha ritenuto che il riconoscimento del margine di apprezzamento nazionale risponda alla logica della sussidiarietà del sistema convenzionale rispetto ai sistemi nazionali, che per primi sono chiamati ad assicurare i diritti e le libertà della Convenzione. L'intervento della Corte, infatti, è solo previsto quando sia sorta una controversia e dopo che siano state esaurite le vie di ricorso interne. In proposito va però rilevato che il ruolo dello Stato nel riconoscere e assicurare i diritti della Convenzione non si sostanzia in un diritto, ma in un obbligo, che non implica autonomia nella definizione dell'ambito dei diritti e delle possibili loro limitazioni. Questa infatti è rimessa alla Corte (art. 32 Conv.), istituita per assicurare il rispetto degli obblighi degli Stati (art. 19 Conv.)<sup>11</sup>. Tra la posizione dello Stato e quella della Corte non v'è quindi solo una differenza di successione cronologica e procedurale, ma anche di contenuti. Alla Corte la competenza a interpretare la Convenzione, agli Stati l'obbligo di adeguarvisi.

Al riconoscimento del margine di apprezzamento nazionale la Corte – istituita per condurre un controllo «esterno» rispetto agli Stati - ha aggiunto la rivendicazione di un suo ruolo nel controllo europeo di ragionevolezza, proporzione e salvaguardia della sostanza del diritto di cui si tratta<sup>12</sup>. Tuttavia, la Corte europea mostra ritegno nel rivalutare la proporzionalità dell'interferenza statale nel diritto convenzionale oggetto del ricorso e il bilanciamento effettuato in sede nazionale tra diritti contrapposti,

<sup>5</sup> *Affaire linguistique belge*, cit., § 10 della parte relativa alla interpretazione adottata dalla Corte sulla portata dell'art. 2 Prot. 1 e artt. 8 e 14 Conv.

<sup>6</sup> *Sunday Times c. Regno Unito (n.1)*, 26 aprile 1979, § 61.

<sup>7</sup> *Gard c. Regno Unito*, decisione 27 giugno 2017, § 122.

<sup>8</sup> *Handyside c. Regno Unito*, cit., §§ 46-48.

<sup>9</sup> *James e altri c. Regno Unito*, 21 febbraio 1986, § 46; *O' Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd c. Irlanda*, 7 giugno 2018, §§ 109, 115, 124.

<sup>10</sup> Come nel caso *Evans c. Regno Unito*, 10 aprile 2007 in cui era in conflitto lo stesso diritto facente capo a persone diverse.

<sup>11</sup> *Austin e altri c. Regno Unito*, 15 marzo 2012, § 61.

<sup>12</sup> *Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981, § 59.

purché la motivazione offerta dai giudici nazionali nel corso dell'esaurimento delle vie interne non sia manifestamente irragionevole.

Nel suo complesso l'istituto di origine giurisprudenziale che va sotto il nome di margine di apprezzamento risponde in linea di principio a ragionevoli preoccupazioni di definizione dei confini che sono propri a decisioni di natura giudiziaria (tanto più se di una Corte internazionale) rispetto a quelle politiche degli Stati.

La Corte europea afferma che l'ampiezza del margine di apprezzamento nazionale varia secondo le circostanze, le materie e il contesto e che rileva in proposito la presenza o l'assenza di un denominatore comune ai sistemi giuridici degli Stati che fanno parte del sistema della Convenzione. Da un lato il margine di apprezzamento è largo se non vi è consenso tra gli Stati membri sul peso relativo degli interessi in gioco o sul miglior modo di proteggerli, specialmente quando il ricorso solleva questioni morali o etiche delicate<sup>13</sup>. D'altro lato quando sia in gioco un aspetto particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità dell'individuo, il margine di apprezzamento è stretto<sup>14</sup>. Ma si può in proposito osservare che spesso i temi morali sono presenti proprio quando sono in gioco aspetti rilevanti della esistenza e identità dei ricorrenti, cosicché non si saprebbe dire se il margine di apprezzamento debba essere largo o stretto<sup>15</sup>.

Per la – inevitabile – vaghezza dei numerosi e concorrenti elementi di cui la Corte tiene conto, il riconoscimento del margine di apprezzamento conduce a risultati imprevedibili nell'applicazione. E ciò non solo quando la Corte ritiene di poter differenziare l'ampiezza di quel margine a seconda delle diverse materie, ma anche quando vengono in esame i medesimi diritti e richiedono contemperamento. Così ad esempio la Corte ha ritenuto, quanto al diritto al matrimonio di persone transessuali dopo il mutamento di sesso, che il margine di apprezzamento nazionale possa riguardare certi aspetti della necessaria regolamentazione, ma non giungere fino a negare la possibilità stessa del matrimonio<sup>16</sup>, mentre nel caso del matrimonio tra persone dello stesso sesso (che la Corte ha affermato ormai rientrare nell'ambito dell'art. 12 Conv.) essa ha escluso la violazione del medesimo diritto anche se, nel caso, la legge nazionale impediva il matrimonio in modo assoluto<sup>17</sup>.

Nel definire in qualche modo l'ampiezza del margine di apprezzamento nazionale, come si è accennato sopra - almeno in linea di principio - gioca un ruolo essenziale il c.d. consenso europeo. La ricerca del consenso europeo d'altra parte, prima ancora di orientare la Corte nel definire l'ambito del margine lasciato allo Stato nel caso concreto, offre alla Corte un criterio orientativo nell'esercizio dell'ampia discrezionalità creativa che essa si riconosce nel determinare il contenuto (attuale) della Convenzione. Allo scopo di rendere condivisibili le conclusioni cui essa giunge, senza che appaiano espressione di un punto di vista puramente soggettivo, la Corte ricerca e indica gli elementi di appoggio, se non di evidente implicazione, offerti dal panorama del diritto comparato europeo, dal diritto internazionale e, più in generale, dallo sviluppo internazionale della protezione dei diritti fondamentali (considerando ad esempio la giurisprudenza della Corte interamericana o di giurisdizioni supreme o costituzionali

<sup>13</sup> *Cossey c. Regno Unito*, 27 settembre 1990, § 40.

<sup>14</sup> *Menesson c. Francia*, 26 giugno 2014, §§ 77-81 (riguardante la filiazione); *A. B. e C. c. Irlanda*, 16 dicembre 2010, §§ 229-238 (riguardante l'aborto).

<sup>15</sup> La questione è menzionata (ma senza soluzione) in *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, § 177.

<sup>16</sup> *Christine Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002, §§ 101-104.

<sup>17</sup> *Schalk e c. Austria*, 24 ottobre 2010, §§ 42-64.

europee ed extra-europee)<sup>18</sup>. La ricerca del «consenso europeo» come insieme non solo di dati normativi vigenti, ma anche di tendenze sociali, vuol rispondere all'esigenza di contrastare il carattere autoreferenziale della giurisprudenza della Corte e dare solidità alle sue scelte giurisprudenziali. Tuttavia, si tratta di una nozione generica e di difficile accertamento in concreto. La Corte non ricerca l'unanimità di tutti gli Stati europei (rispetto alla quale sarebbe eccentrica la posizione dello Stato cui il ricorso si riferisce), ma assegna rilevanza ai segni, non sempre univoci, di tendenze significative verso il più ampio riconoscimento dei diritti umani. Il fondamento oggettivo del richiamo al «consenso europeo» risulta quindi spesso debole<sup>19</sup>.

### 3. Il richiamo al consenso europeo

Non sempre l'esistenza del «consenso europeo» su un determinato orientamento è tuttavia motivo per la Corte di limitare il margine di apprezzamento nazionale. Esempio è l'atteggiamento adottato dalla Corte in due casi concernenti l'Irlanda e relativi alla restrittiva legislazione esistente all'epoca in materia di aborto<sup>20</sup>. Nella seconda in ordine di tempo la Corte richiama quanto ritenuto nella prima, riconosce che il «consenso europeo» esprime un orientamento contrario a quello della legislazione irlandese, ma afferma che «*the protection afforded under Irish law to the right to life of the unborn was based on profound moral values concerning the nature of life which were reflected in the stance of the majority of the Irish people against abortion during the 1983 referendum*». La Corte per rispondere all'argomento delle ricorrenti secondo le quali l'orientamento dell'opinione pubblica irlandese sul piano della morale avrebbe nel frattempo mostrato un'evoluzione, si dedica alla ricostruzione di segni di significato opposto per concludere nel senso della insufficienza di indicazioni su «*a change in the views of the Irish people concerning the grounds for lawful abortion in Ireland, as to displace the State's opinion to the Court on the exact content of the requirements of morals in Ireland [...]. Accordingly, the Court finds that the impugned restrictions in the present case, albeit different from those at issue in the Open Door case, were based on profound moral values concerning the nature of life which were reflected in the stance of the majority of the Irish people against abortion during the 1983 referendum and which have not been demonstrated to have changed significantly since then*». Per questi motivi la Corte «*concludes that the impugned restriction therefore pursued the legitimate aim of the protection of morals of which the protection in Ireland of the right to life of the unborn was one aspect*» e «*having regard to the right to travel abroad lawfully for an abortion with access to appropriate information and medical care in Ireland, the Court does not consider that the prohibition in Ireland of*

<sup>18</sup> V. un'esposizione delle fonti internazionali cui la Corte si richiama, in *Demir e Baykara c. Turchia*, 12 novembre 2008, §§ 65-86.

<sup>19</sup> Secondo il risalente orientamento della Corte europea il tenore del «consenso europeo» emerge dall'orientamento della maggioranza degli Stati europei: *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., § 60. Tuttavia, nella pratica della Corte il requisito maggioritario sembra non essere sempre richiesto. V. la ricostruzione critica dell'uso fatto dalla Corte europea del concetto di «consenso europeo» da un suo passato presidente: L. WILDHABER, *No Consensus on Consensus? The practice of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal – HRLJ*, 33, 2013, 248 ss.

<sup>20</sup> *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, 29 ottobre 1992, § 63 e *A. B. e C. c. Irlanda*, cit., §§ 222-228, 241

*abortion for health and well-being reasons, based as it is on the profound moral views of the Irish people as to the nature of life [...] and as to the consequent protection to be accorded to the right to life of the unborn, exceeds the margin of appreciation accorded in that respect to the Irish State*». La Corte quindi ha affermato che la protezione della morale era lo scopo legittimo giustificante le restrizioni all'aborto nella legge irlandese. Per far ciò la Corte ha creduto di poter ricostruire la nozione di moralità propria della società irlandese. E la Corte ha poi ritenuto che le profonde convinzioni morali del popolo irlandese sulla natura della vita, non ostante la loro contrarietà all'inequivoco difforme «consenso europeo», dovessero entrare nel quadro del margine di apprezzamento da riconoscere al governo irlandese. Ma rientra nel ruolo di una Corte indagare, ricostruire, apprezzare la portata della moralità di un popolo (o piuttosto della sua maggioranza)? E non dovrebbero le Corti astenersene, stante l'estrema difficoltà di definire con precisione l'orientamento maggioritario della popolazione di un Paese in riferimento ai valori morali e religiosi? Le statistiche contano poco, le dichiarazioni ufficiali e le pretese delle Chiese, neppure. Il divario fra le formali adesioni a una confessione religiosa e le convinzioni più intime e profonde, così come gli stili di vita pratica, è sovente abissale. Questo significa che ogniqualvolta la Corte affronta tali temi, finisce nell'entrare su un terreno particolarmente scivoloso e si espone a gravi smentite. Come è noto infatti che il popolo irlandese si è espresso con il referendum svoltosi nel 2018, il cui esito ha abrogato la norma costituzionale su cui la legislazione restrittiva si fondava. Nel corso del tempo e particolarmente nel più recente periodo, la giurisprudenza della Corte europea è parsa incline ad ammettere in più ampi ambiti e con maggiore facilità il margine di apprezzamento rimesso agli Stati. Come si è ricordato sopra la Corte l'ha riconosciuto anche quando il consenso europeo fosse inequivocabilmente in senso opposto alla soluzione adottata dallo Stato convenuto in giudizio<sup>21</sup> o in presenza di una legislazione nazionale che conduca all'annullamento del diritto convenzionale fatto valere<sup>22</sup>. Una simile tendenza giurisprudenziale è emersa mentre sempre più insistente si faceva la pressione degli Stati nel senso di interpretare la sussidiarietà secondo la nozione, radicalmente diversa, che è propria del diritto dell'Unione europea (criterio di attribuzione delle competenze tra Unione e Stati membri). In tal modo però si giunge a rovesciare in prerogativa degli Stati quello che è un loro obbligo derivante dall'art. 1 Conv. E si rischia di entrare in collisione con la finalità, propria della Convenzione, di «realizzare una più stretta unione fra i suoi membri» in vista della «salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

#### 4. Apprezzamento nazionale e maggioranza politica nel Paese

Un problema grave che si presenta quando il margine di apprezzamento statale viene ammesso dalla Corte, conducendola ad escludere la violazione della Convenzione in casi in cui venga in discussione un tema di moralità, è quello che rinvia al ruolo riconosciuto alla maggioranza della popolazione dello Stato. L'atteggiamento della maggioranza rileva non solo nel definire il contenuto della morale la cui difesa giustifica la limitazione del diritto del ricorrente nel caso sottoposto alla Corte, ma anche si ri-

<sup>21</sup> *A. B. e C. c. Irlanda*, cit., §§ 235-241.

<sup>22</sup> *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., §§ 62-63.

propone quando, riconosciuto il margine di apprezzamento, lo Stato ne fa uso seguendo l'orientamento maggioritario<sup>23</sup>. Due volte quindi il punto di vista rilevante è quello maggioritario. A questo si riferisce la Corte quando afferma che la portata di un diritto o di una libertà è lasciata all'apprezzamento dello Stato o del governo? Così però si legittima una pretesa della maggioranza di imporsi all'insieme delle persone, facendo valere la sua forza, nel governo, nel parlamento e nella società. Ma in materia di diritti fondamentali opera piuttosto il principio contro-maggioritario, con la conseguenza che vi sono limiti entro i quali i prevalenti standard locali di moralità possono imporsi e giustificare interferenze nel diritto dei singoli al rispetto della propria vita privata<sup>24</sup>. E la giurisprudenza della Corte finisce per rinunciare a svolgere il proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali mediante l'indicazione della via della tolleranza e dell'equilibrio fra i diritti della maggioranza, quelli delle minoranze e quelli dei singoli individui.

La convinzione che le scelte della maggioranza siano di per sé legittime e debbano quindi prevalere va messa in discussione, rinunciando alla falsa idea che vuole che la regola maggioritaria, la tolleranza e la democrazia procedano sempre insieme, senza alcun problema.

---

<sup>23</sup> *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 settembre 1994, § 48.

<sup>24</sup> *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., § 60.



## La scienza come “motore” del biodiritto: diritti, poteri, funzioni

Simone Penasa\*

SCIENCE AS “DRIVING FORCE” FOR BIOLAW: RIGHTS, POWERS, FUNCTIONS

ABSTRACT: The paper starts from the assumption of recognising science as potential driving force of the evolution of biolaw. After having clarified the need for a functional connection between scientific and constitutional dimension, the propulsive function of science is analysed with regard to the effective protection of fundamental rights, the impact over the characteristics of the law-making process and constitutional justice.

KEYWORDS: Biolaw; science; Constitutional court; fundamental rights; legislative innovation

SOMMARIO: 1. La scienza come “motore” del biodiritto: fondamento costituzionale – 2. La scienza come “motore” della tutela effettiva dei diritti – 3. La scienza come “motore” dell’innovazione legislativa – 4. La scienza come “motore” dell’evoluzione della giustizia costituzionale – 5. Un “motore” assiologicamente condizionato?

### 1. La scienza come “motore” del biodiritto: fondamento costituzionale

La rilevanza costituzionale della scienza è ormai riconosciuta, pur se con approcci e giudizi differenziati, in modo condiviso all’interno della dottrina costituzionalistica<sup>1</sup>, oltre a trovare riconoscimento anche all’interno di una ormai consolidata (pur se non priva di arresti e cambi di direzione) giurisprudenza costituzionale<sup>2</sup>. Alla luce della profondità del dibattito dottrinale e del riferimento sistematico che la Corte costituzionale svolge a “fatti” o elementi di carattere tecnico-scientifico all’interno della propria giurisprudenza, sembra opportuno proporre un primo – evidentemente non conclusiva – tentativo di sistematizzazione della relazione tra diritto e scienza. A tal fine, si limiterà il perimetro delle riflessioni che seguiranno alle scienze della vita, le quali vengono tradizionalmente individuate come ambito privilegiato di applicazione del biodiritto, pur nella consapevolezza che altri ambiti dell’evoluzione tecnologica stanno esprimendo una inedita rilevanza giuridica, fino a coinvolgere potenzialmente i principi fondamentali del sistema costituzionale: il riferimento è in particolare al ruolo che l’intelligenza artificiale sta assumendo rispetto all’esercizio delle funzioni normative tradizionalmente attribuite ai poteri dello stato<sup>3</sup>, oltre che ad una pluralità di ambiti sociali. Questa dimen-

\* *Ricercatore in Diritto pubblico comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento. Mail: [simone.penasa@unitn.it](mailto:simone.penasa@unitn.it). Contributo sottoposto a referaggio.*

<sup>1</sup> Recentemente, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018.

<sup>2</sup> Si veda il contributo di Antonio Iannuzzi nel presente volume.

<sup>3</sup> Ex plurimis, A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal/Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 63-89; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime*

sione, destinata in prospettiva a rappresentare un ulteriore “motore” di potenziale evoluzione del fenomeno giuridico che ha condotto alla proposta di concepire un diritto costituzionale ibrido per gestirne in modo fisiologico l’impatto sulle categorie giuridiche tradizionali e sui diritti delle persone, non costituirà oggetto di analisi del presente contributo<sup>4</sup>.

Al fine di chiarire il paradigma teorico utilizzato per sviluppare l’analisi dell’incrocio tra diritto e scienze della vita, si aderisce a quel filone della dottrina costituzionalistica che individua nella scienza non unicamente «la materia oggetto di regolamentazione giuridica», ma anche un «fattore di determinazione e di rinnovamento del diritto»<sup>5</sup>. A tale fenomeno non può risultare estranea la dimensione costituzionale, la cui relazione con i fatti risulta ampiamente oggetto della discussione dottrina<sup>6</sup>: assieme ad altre dimensioni della realtà – quali la coscienza sociale o, secondo il linguaggio tipico della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, i “morals” di un ordinamento sociale – scienza e tecnologia possono porsi quali «“motori” dell’interpretazione costituzionale»<sup>7</sup>, fino all’utilizzo da parte della dottrina di immagini dense di portata normativa quali quella di «costituzione *scientificamente* intesa»<sup>8</sup>, la quale sottintende il riconoscimento di una funzione di progressivo inveroimento del dato costituzionale svolta dai dati scientifici<sup>9</sup>.

Si ritiene pertanto condivisibile, oltre che sorretta dalle dinamiche della giustizia costituzionale in tale ambito, quella dottrina che ha individuato «una vera e propria “tendenza” alla legittimazione scientifica del potere politico»<sup>10</sup>. Secondo tale dottrina, sarebbe possibile «legare l’idea di legittimazione del potere politico – un tempo affidata esclusivamente a un’autorità custode della verità etico-religiosa – *almeno in parte*, a moderne autorità tecnico-specialistiche, le uniche oggi in grado – di fronte alla crisi di ogni concetto di macroverità in senso metafisico – di acquisire e fornire quanto meno microverità scientifiche»<sup>11</sup>. Secondo tale prospettiva, sarebbero configurabili «varie fonti di legittimazione del potere politico»<sup>12</sup>, il cui schema da binario – all’interno del quale convivono una legittimazione dall’alto (costituzionale) e una dal basso (democratica)<sup>13</sup> – diviene ternario, a seguito di una duplicazione della legittimazione «dall’alto»: alla fonte costituzionale, infatti, si aggiunge (in funzione complementare e

---

*considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, volume speciale, 2019, 101-130; A. D’ALLOIA, *Il diritto verso “il mondo nuovo”. Le sfide dell’Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal/Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 3-31.

<sup>4</sup> Si rinvia pertanto al contributo di Carlo Casonato nel presente volume.

<sup>5</sup> G. D’AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alla certezza del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in A. D’ALLOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario (Parma, 19 marzo 2004)*, Torino, 2005, 261.

<sup>6</sup> Per una prima sistematizzazione del ruolo dei fatti, M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2 luglio 2010.

<sup>7</sup> P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011, 138.

<sup>8</sup> G. D’AMICO, cit., 263.

<sup>9</sup> Quindi, «non al dettato della Costituzione, bensì [...] al dato costituzionale quale risulta, però, dalle acquisizioni della scienza» (Ivi, 262).

<sup>10</sup> A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, vol. I, Milano, 1994, 135.

<sup>11</sup> *Ibidem*, corsivo aggiunto.

<sup>12</sup> Ivi, 137.

<sup>13</sup> A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello stato costituzionale contemporaneo*, cit., 575.

non sostitutiva)<sup>14</sup> una fonte *scientifica* di legittimazione, la cui integrazione in funzione legittimante l'esercizio del potere politico risulta decisiva per assicurare «un buon equilibrio dello Stato costituzionale»<sup>15</sup>.

Il coinvolgimento costituzionale della scienza<sup>16</sup> deve peraltro fondarsi, per rientrare nell'alveo del fisiologico dispiegarsi del progetto costituzionale inteso in senso pluralista, sul preventivo riconoscimento di un rapporto di funzionalità tra dati scientifici e principi costituzionali. I primi, infatti, possono contribuire a concretizzare i secondi solamente in tanto in quanto sia rinvenibile una condivisione di orizzonte assiologico tra essi, nel senso che l'innovazione scientifica applicata alle scienze della vita risulti funzionale al «potenziamento della persona, secondo le linee tracciate nei principi fondamentali e nella prima parte della Costituzione»<sup>17</sup>.

## 2. La scienza come “motore” della tutela effettiva dei diritti

Una volta definiti i presupposti concettuali della rilevanza della scienza all'interno del discorso giuridico, è possibile delineare le possibili funzioni che la dimensione scientifica può svolgere se intesa non solo quale oggetto di intervento normativo – in particolare legislativo – ma anche quale strumento di manifestazione di quest'ultimo<sup>18</sup>. Se intesa anche in tale seconda prospettiva, la scienza può essere considerata come espressiva non unicamente di una natura fenomenologica, che può trovare nel diritto specifiche modalità di regolazione, ma anche di una funzione normativa, intesa quale capacità, da un lato, di contribuire alla tutela in concreto dei diritti delle persone in ambito medico-scientifico e, dall'altro lato, di modulare le concrete modalità di esercizio delle funzioni statali quando abbiano ad oggetto l'ambito richiamato.

Nella prospettiva dell'esercizio dei diritti in ambito medico-sanitario, l'innovazione tecnico-scientifica costituisce uno dei fattori di espansione più rilevanti ed effettivi. Allo stesso tempo, la forza propulsiva in materia di diritti prodotta dall'evoluzione scientifica può trovare un freno nella esigenza di assicurare un ragionevole bilanciamento con altri interessi potenzialmente rilevanti. In tale prospettiva, non appare eccessivo individuare un ruolo fondamentale della dimensione scientifica all'interno del bilanciamento operato a livello legislativo<sup>19</sup>. Ciò consente di proporre una concezione della scienza come espressiva di una portata direttamente normativa, che la può portare a “competere” – secondo un ordine di precedenza di cui si dirà subito *infra* – con i tradizionali strumenti di regolazione dei feno-

<sup>14</sup> Cfr. A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, cit., 137-138, nel quale si specifica che «le stesse conoscenze scientifiche [...] sono solo condizioni in genere necessarie, ma – da sole – comunque mai sufficienti per la legittimazione del potere politico».

<sup>15</sup> A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello stato costituzionale contemporaneo*, cit., 575.

<sup>16</sup> C. MAGNANI, *La procreazione artificiale come libertà costituzionale*, Urbino, 1999, 133.

<sup>17</sup> G. BERTI, *Processi di modernizzazione e strutture giuridiche*, in ID., *Società e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, 97.

<sup>18</sup> Ci si rifà alla dottrina inglese, in particolare R. BROWNSWORD, M. GOODWIN, *Law and Technologies of the Twenty-First Century. Text and Materials*, Cambridge, 2012, 63 ss.

<sup>19</sup> Sia consentito il riferimento a S. PENASA, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Napoli, 2015.

meni sociali, in particolare con il diritto legislativo. Anche alla luce di una ben nota giurisprudenza costituzionale<sup>20</sup>, sarebbe possibile individuare uno spazio riservato alla scienza e ai soggetti variamente rappresentativi di quest'ultima (organi rappresentativi dell'ordine professionale; organismi tecnici; personale medico-sanitario), all'interno del quale l'esercizio di autonomia e competenza professionale dei soggetti dotati di specifiche competenze coinvolti nei singoli casi concreti concorre a garantire il perimetro di esercizio dei diritti individuali che vengono in rilievo nell'ambito della pratica clinica. Tale spazio di autoregolamentazione può essere legittimamente "invaso" da parte di fonti esterne – legislativa ma anche giurisprudenziale – nel caso in cui sia rilevabile una condizione di incertezza scientifica che caratterizza l'oggetto concreto di regolazione, operando pertanto l'incertezza medico-scientifica come "valvola di regolazione" del rapporto tra autonomia professionale ed eteronomia politico-legislativa; o quando «entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali»<sup>21</sup>, la tutela dei quali aumenta la complessità del bilanciamento da operare ampliando di conseguenza lo spazio di intervento eteronomo del legislatore.

Dal quadro costituzionale, per come sviluppato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, è possibile ricavare una funzione di concretizzazione dell'ambito e modalità di esercizio dei diritti svolta in via diretta o mediata da soggetti dotati di specifiche competenze medico-scientifiche. Ciò è particolarmente rilevante in relazione al diritto alla salute e all'accesso ai trattamenti, ma emerge anche in relazione a posizioni giuridiche di più ampio respiro, quali il diritto all'autodeterminazione e il diritto a formare una famiglia con figli.

In tal senso, occorre richiamare quella giurisprudenza costituzionale secondo la quale non spetta al legislatore determinare in via generale ed astratta le caratteristiche concrete dei singoli trattamenti medici, limitando in modo illegittimo l'autonomia decisionale del medico responsabile del trattamento, al quale la legge deve riconoscere, pur all'interno di un quadro normativo certo, una legittimazione nel determinare le più adeguate modalità di tutela del diritto alla salute della persona sottoposta al trattamento, secondo uno schema che sembra richiamare il meccanismo della delega di bilanciamento in concreto<sup>22</sup>. Un caso evidentemente paradigmatico è rappresentato dal limite al numero massimo di embrioni producibili all'interno di un ciclo di fecondazione e il concomitante obbligo di effettuare un unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni prodotti, originariamente previsto dalla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. La Corte costituzionale ha, come noto, dichiarato incostituzionale tale norma (art. 14), anche sulla base del fatto che «la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto»<sup>23</sup>. Non pare eccessivo rinvenire in queste argomentazioni

<sup>20</sup> Cfr. la sentenza "matrice" della Corte costituzionale n. 282 del 2002, su cui diffusamente il contributo di Antonio Iannuzzi nel presente volume.

<sup>21</sup> I riferimenti sono ancora alla sentenza n. 282 del 2002 della Corte costituzionale.

<sup>22</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 151 del 2009.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

il riconoscimento di una funzione direttamente attuativa del diritto alla salute in capo al medico responsabile, al quale la Corte riserva la determinazione in concreto delle modalità di esercizio dell'attività in vista della effettiva tutela dei diritti in gioco.

Allo stesso modo, quando non sussista una condizione di incertezza rispetto alla adeguatezza terapeutica dei trattamenti oggetto di disciplina<sup>24</sup>, al legislatore è preclusa l'opzione di vietare in modo assoluto l'accesso ai medesimi, in tutti quei casi in cui ciò rappresenti l'unico procedimento a disposizione dei soggetti coinvolti per esercitare un diritto costituzionalmente garantito e quando le esigenze di tutela di eventuali contro-interessi risultino già soddisfatte dall'ordinamento<sup>25</sup>. È il caso, ad esempio, della illegittimità parziale del divieto assoluto di fecondazione eterologa. In questo caso, l'accesso ad una specifica tecnica di PMA – implicante la donazione di gameti da parte di un soggetto esterno alla coppia – viene considerato come l'unica modalità di esercizio effettivo della scelta di una coppia di diventare genitori, la quale viene considerata espressione della più generale libertà di autodeterminarsi, riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost. In questi casi, alla dimensione medico-scientifica viene riconosciuta una funzione di strumento di realizzazione in concreto di libertà costituzionalmente riconosciute, godendo in tal senso di una tendenziale garanzia nei confronti di “invasioni” operate dal legislatore che ne impediscano la tutela quantomeno del loro nucleo essenziale.

Al legislatore, così come al giudice o alla stessa Corte costituzionale, risulta inoltre preclusa – di norma – la prerogativa di stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni; coerentemente, non risulta possibile nemmeno prevedere una diversa qualificazione in termini di trattamento sanitario rispetto a quella consolidata all'interno della comunità scientifica di riferimento, ad esempio negando a livello legislativo la natura di trattamento sanitario a interventi quali l'idratazione o l'alimentazione artificiali<sup>26</sup>. In casi come quelli appena richiamati, la determinazione dell'ambito effettivo di applicazione delle garanzie previste a livello costituzionale – nel caso di specie dall'art. 32 Cost. – passa attraverso l'esercizio di autonomia professionale del singolo medico coinvolto (o della comunità scientifica nel suo complesso), piuttosto che da quello di discrezionalità politica del legislatore. Quest'ultima è invece destinata a riespandersi nel momento in cui l'attività medico-scientifica torni a porsi quale “mero” oggetto di disciplina e sussista l'esigenza di regolamentare ad esempio le procedure attraverso le quali convalidare e certificare la natura di dispositivo medico o di farmaco di una terapia sperimentale; in questo caso, interessi di tutela della salute individuale e collettiva richiedono l'intervento eteronomo del legislatore, al quale spetta di determinare le procedure, le condizioni e i requisiti da soddisfare, riconoscendosi tuttavia uno spazio relativo alla fase di concreta attuazione del quadro normativo nel quale torna a prevalere «l'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici» nel valutare l'efficacia e gli effetti terapeutici dei trattamenti sottoposti a sperimentazione<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Come riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162 del 2012, «la tecnica in esame [...] alla luce delle notorie risultanze della scienza medica, non comporta, inoltre, rischi per la salute dei donanti e dei donatari eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica, purché eseguita all'interno di strutture operanti sotto i rigorosi controlli delle autorità, nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati».

<sup>25</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 162/2012.

<sup>26</sup> Cfr. sul punto ora la portata chiarificatrice della legge n. 219 del 2017.

<sup>27</sup> Corte costituzionale, sentenze nn. 185 del 1998 e 188 del 2000.

Come anticipato, la forza propulsiva delle applicazioni tecniche in ambito medico rispetto all'esercizio di diritti fondamentali può trovare, oltre a quando sussistano condizioni di incertezza scientifica, quando l'ambito disciplinato esprima una particolare complessità a livello etico e sociale o quando sussista l'esigenza di tutelare beni giuridici di particolare rilievo costituzionale, che si vengano a porre in contrapposizione con il diritto vantato da chi richiede di accedere a determinati trattamenti sanitari. In questi casi, le scelte discrezionali del legislatore riacquistano una centralità pressoché assoluta, potendo giungere a limitare in modo legittimo – almeno secondo la Corte costituzionale – l'accesso a prestazioni sanitarie o l'esercizio dell'attività medico-scientifica. Restando nell'ambito delle tecniche di PMA, su tali basi risulta legittima la previsione a livello legislativo del divieto di sperimentazione e ricerca che prevedano l'utilizzo di embrioni umani, tenuto conto delle questioni etiche derivanti da tali pratiche e dalla divisione a livello sociale, politico e scientifico<sup>28</sup>. A fronte di tale quadro, le potenzialità della scienza in termini non solo di libertà di ricerca ma anche di tutela della salute individuale e collettiva possono trovare una limitazione anche assoluta, secondo una valutazione che non può che spettare al legislatore, quale interprete della volontà della collettività. Quest'ultimo è infatti chiamato a «tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»<sup>29</sup>. Sempre in termini di potenziale utilizzo di pratiche medico-scientifiche al fine di esercitare una libertà personale – nel caso di specie l'accesso alle tecniche di PMA da parte di una coppia di persone dello stesso sesso di genere femminile – la scelta del legislatore di escludere determinate categorie di persone da tali trattamenti risulta giustificata alla luce della esigenza di tutelare esigenze di natura assiologica – nel caso di specie, una determinata concezione di famiglia e di genitorialità – la cui determinazione spetta al legislatore «quale interprete della collettività nazionale». Di conseguenza, le potenzialità in termini di tutela dei diritti insiti nella dimensione medico-scientifica possono subire legittimamente, nel momento in cui il bilanciamento legislativo non risulti manifestamente irragionevole o arbitrario, una compressione significativa<sup>30</sup>.

In questi casi, l'individuazione di una connessione funzionale tra dimensione scientifica e dimensione assiologica-costituzionale trova nell'interposizione legislativa finalizzata a determinare il concreto assetto del bilanciamento da operare una condizione necessaria e difficilmente sormontabile di realizzazione, potendo il legislatore legittimamente depotenziare la carica propulsiva del fattore tecnologico rispetto all'esercizio in concreto di diritti costituzionalmente protetti. Si può affermare che la forza propulsiva del fattore scientifico in ambito medico può dispiegare a pieno la propria potenza fintantoché risulti coerente e conforme alla matrice assiologica predeterminata dal legislatore: entro tale cornice valoriale, scelte politiche che si oppongano a tale dinamica risultano illegittime, in tal modo confermandosi una forza normativa – seppur legislativamente condizionata – della scienza che trova la propria legittimazione direttamente nel livello costituzionale.

<sup>28</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 86 del 2014, su cui il *Focus on* pubblicato su questa Rivista, 2, 2016, 157-269.

<sup>29</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 86 del 2014.

<sup>30</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 2019.

### 3. La scienza come “motore” dell’innovazione legislativa

Un secondo livello di rilevanza normativa del fattore scientifico-tecnologico è individuabile nel momento in cui ci si concentri sulle modalità di esercizio della funzione legislativa in ambiti scientificamente connotati. Anche alla luce di una ormai consolidata giurisprudenza costituzionale, in tali casi è possibile affermare che il legislatore risulti destinatario di un onere – quantomeno a livello procedurale<sup>31</sup> – di adeguamento della propria attività di produzione normativa alla specificità del contesto scientifico, al fine di evitare ciò che la dottrina britannica ha qualificato come «regulatory disconnection»<sup>32</sup>. Pertanto, anche quando il legislatore sia legittimato ad intervenire, le modalità concrete di tale intervento devono svolgersi in modo conforme a scienza, richiedendosi in particolare che il prodotto legislativo sia fondato sulla «verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati [...]»<sup>33</sup>; e che il testo legislativo abbia natura di “indirizzo”, nel senso di consentirne anche quando preveda di limitare o comunque disciplinare l’accesso a determinati trattamenti sanitari o lo svolgimento di attività scientifico-sperimentali un’attuazione flessibile, dinamica e adattabile all’eventuale mutare delle caratteristiche dell’oggetto di disciplina<sup>34</sup>.

Anche nel caso in cui non si voglia attribuire rilievo costituzionale a tale esigenza di adeguamento della fonte legislativa (cfr. tuttavia una rilevante parte della dottrina costituzionalistica che, pur se con sfumature diverse, ne riconosce il rilievo all’interno ad esempio del giudizio di costituzionalità), appare tuttavia opportuno – in termini di adeguatezza, efficacia sostanziale e ragionevolezza delle scelte politiche adottate – che il legislatore soddisfi alcuni parametri che in altra sede sono stati suddivisi coerentemente con la loro natura procedurale o sostanziale<sup>35</sup>. Alla luce della richiamata giurisprudenza costituzionale, è possibile ipotizzare che il concreto soddisfacimento da parte del legislatore di almeno alcuni dei criteri che di seguito si descriveranno faccia sorgere una presunzione forte di adeguatezza e quindi di vera e propria legittimità costituzionale della legge. Ciò non comporta in ogni caso il sovvertimento dell’ordine di precedenza tra dimensione assiologica e dimensione scientifica espressa attraverso la fonte legislativa, in quanto la prima è destinata a prevalere; tuttavia, la prima deve necessariamente esprimersi anche attraverso l’introduzione – nel procedimento o testo legislativo – di meccanismi di connessione con la seconda.

Dal punto di vista dell’adattamento del procedimento decisionale, è possibile esprimersi in termini di potenziale funzione normativa indiretta della dimensione scientifica.

<sup>31</sup> Si riprende qui quanto affermato da A. D’ALOIA, *Biodiritto*, voce, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, vol. II, Torino, 2012, 56, secondo cui «si tratta di un vincolo modale più che di un automatico trasferimento di contenuti dall’ambito tecnico-scientifico a quello politico-amministrativo; e l’intensità di questo vincolo (e correlativamente la possibilità di valutazioni orientate ad altri principi) è certamente condizionata e influenzata dal livello di “stabilità” o di incertezza del presupposto scientifico».

<sup>32</sup> R. BROWNSWORD, M. GOODWIN, *Law and Technologies of the Twenty-First Century. Text and Materials*, cit., 63.

<sup>33</sup> Corte cost., sentenza n. 282 del 2002.

<sup>34</sup> C. CASONATO, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. BARSOTTI (a cura di), *Biotecnologie e diritto*, Rimini, 2016, 29-53.

<sup>35</sup> S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., 89 ss.

Tale funzione può dispiegarsi nel caso in cui il legislatore preveda il coinvolgimento di organismi o comitati dotati di specifica expertise e in condizione di autonomia rispetto all'organo parlamentare, affidando a questi ultimi la funzione di istruire il successivo dibattito parlamentare, assicurando un apporto in termini conoscitivi rispetto all'oggetto da disciplinare ma anche in termini propositivi: nel primo caso, tali organismi possono essere chiamati ad approfondire, assieme ad aspetti tecnici, anche eventuali questioni di natura morale o sociale scaturenti anche solo potenzialmente dall'ambito scientifico oggetto di analisi; nel secondo caso, il contributo conoscitivo si qualifica attraverso la redazione di vere e proprie raccomandazioni al Parlamento, le quali esprimono delle vere e proprie proposte – di norma non vincolanti – di redazione del testo legislativo<sup>36</sup>. Uno schema analogo può darsi anche rispetto alla fase di attuazione della legge, in tutti quei casi in cui si attribuiscono funzioni di natura autorizzativa, di valutazione, monitoraggio e eventualmente sanzionatorie a organismi tecnico-scientifici, i quali risultano destinatari di una sorta di delega rispetto alla concreta attuazione dei contenuti legislativi.

In relazione ai contenuti della legge, la funzione normativa svolta dalla scienza può essere qualificata come derivata, in quanto essa trova fondamento nella legge, quando il testo normativo sia concepito in modo da prevedere elementi di apertura alla dimensione scientifica, la quale concorre quindi alla determinazione del concreto ambito oggetto di applicazione della disciplina. A tale livello, è possibile richiamare la previsione legislativa di definizioni di concetti tecnico-scientifici, che prevedono l'utilizzo di concetti o criteri extra-giuridici che contribuiscono a connotarne in modo decisivo il significato normativo (rispetto alla definizione di embrione, ad esempio, il riferimento al momento del concepimento o in alternativa dell'annidamento). Anche l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati a contenuto tecnico-scientifico o la previsione di clausole di rinvio alla scienza possono essere annoverati tra gli strumenti normativi che il legislatore può adottare al fine di consentire una integrazione della fonte legislativa da parte di istanze tecnico-scientifica. Formule quali "tenuto conto dell'evoluzione scientifica" o criteri quali "in modo adeguato agli standard medici" possono garantire l'adattabilità – e in ultima analisi, l'adeguatezza – della legge, richiedendo l'intervento sussidiario di istanze di natura tecnica. Un'ulteriore funzione di tali elementi è quella di riconoscere ai professionisti direttamente coinvolti un margine tendenzialmente ampio di attuazione autonoma dei contenuti legislativi, pur sempre nel rispetto della ratio della legge. Un elemento di raccordo tra connessione procedurale e sostanziale tra dimensione giuridica e scientifica può essere infine assicurato dalla previsione di clausole di validità temporale della legge o di valutazione periodica dell'impatto della medesima, anche in termini "scientifici" e "moralì"<sup>37</sup>. Questi strumenti hanno il pregio di soddisfare l'esigenza di adattabilità delle scelte politico-legislative attraverso il coinvolgimento di istanze di natura tecnico-scientifica, lasciando inalterati tanto la natura democratico-rappresentativa della scelta normativa quanto il livello di discrezionalità politica: si potrebbe dire che non la "quantità" ma la "qualità" della discrezionalità politica del legislatore viene positivamente interessata dall'utilizzo di tali strumenti normativi; allo stesso tempo, in quanto attivata dalla volontà del legislatore (o eventualmente in via rimediabile del giudice ordinario

<sup>36</sup> Esempi in tal senso sono ricavabili da una pluralità di ordinamenti stranieri, appartenenti a famiglie giuridiche diverse (Spagna, Francia, Regno Unito, Canada). Sia consentito ancora il riferimento a S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., 150 ss.

<sup>37</sup> Cfr. il modello francese previsto dalla *Loi de bioéthique* n. 2011-814.



o della Corte costituzionale), la scienza in questi casi può essere senz'altro qualificata come “motore” necessario (anche in termini di legittimità della legge) dell'innovazione legislativa in contesti scientificamente connotati.

#### 4. La scienza come “motore” dell'evoluzione della giustizia costituzionale

Anche in riferimento alla giustizia costituzionale, è possibile rinvenire una funzione propulsiva derivante dall'intreccio tra modalità di esercizio della funzione di controllo di costituzionalità da parte della Corte costituzionale e natura tecnico-scientifica delle questioni oggetto di scrutinio. A tal riguardo, la scienza può essere considerata “motore” dell'innovazione costituzionale in senso rafforzativo degli sviluppi interni della giurisprudenza costituzionale e in senso espansivo della medesima, sia in termini di spazi sia in termini di strumenti dello scrutinio operato.

Una funzione rafforzativa è senz'altro rappresentata dall'applicazione anche a questioni di natura scientifica della teoria delle «zone franche». Nella già evocata sentenza n. 162 del 2014, la Corte costituzionale ribadisce il proprio «potere-dovere» di dichiarare l'illegittimità di una norma, una volta che sia stata accertata la sua contrarietà con parametri costituzionali, sulla base del principio secondo cui il sindacato di costituzionalità «deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico» (sent. n. 1 del 2014). Ciò, al fine di evitare «una lesione intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato, soprattutto quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario»<sup>38</sup>. L'applicazione anche al contesto medico-scientifico di tale teoria sembra inoltre confermare la connessione teleologica – almeno a livello potenziale – tra scienza e tutela effettiva dei diritti delle persone, secondo uno spettro che non coinvolge esclusivamente il diritto alla salute ma anche quello all'autodeterminazione in ambito genitoriale. Pur se non direttamente espressione delle potenzialità garantiste che l'evoluzione medico-scientifica mette a disposizione della persona, come nel caso dei limiti all'accesso alle tecniche di PMA, ci si può riferire anche alla recente sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, che ha – come noto – dichiarato l'illegittimità parziale dell'art. 580 del codice penale che era stata prospettata dall'ordinanza n. 207 del 2018<sup>39</sup>. Anche in questo caso, la Corte adotta il medesimo approccio, affermando come sia necessario, anche a fronte del mancato intervento del legislatore, «evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale»<sup>40</sup>. Occorre comunque chiarire come, quando siano coinvolte scelte individuali (o legislative) relative alla fase terminale dell'esistenza, le considerazioni relative alla dimensione assiologica prevalgono tendenzialmente su quelle di ordine medico-scientifico; tuttavia, una volta affermato sul piano assiologico che il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza, la Corte richiama il diritto alla scelta delle terapie, comprese quelle

<sup>38</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014.

<sup>39</sup> Per un primo commento, P. VERONESI, *“Ogni promessa è debito”*: la sentenza costituzionale sul “caso Cappato”, in *Giustizia Insieme*, 7 dicembre 2019; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme*, 28 novembre 2019.

<sup>40</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 242 del 2019.

finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, quale espressione della libertà di autodeterminazione del malato, che viene irragionevolmente limitato dall'imposizione legislativa di un'unica modalità per congelarsi dalla vita.

Un analogo processo rafforzativo si può individuare nell'utilizzo dello strumento della delega di bilanciamento in concreto<sup>41</sup>. Quando applicata in relazione a questioni scientificamente connotate, al soggetto che tradizionalmente viene individuato quale destinatario di tale tecnica – il giudice – vengono ad aggiungersi soggetti dotati di specifiche competenze tecniche, quali organismi tecnici legislativamente individuati o direttamente i medici responsabili dei singoli casi concreti, ai quali – come anticipato nel secondo paragrafo – la Corte costituzionale può attribuire la funzione di determinare in concreto il trattamento sanitario più adeguato in relazione alle specifiche caratteristiche del caso del quale sia responsabile mediante l'esercizio della propria autonomia professionale.

La funzione espansiva provocata dalla interazione tra giustizia costituzionale e questioni scientificamente connotate coinvolge in particolare i parametri utilizzati dalla Corte costituzionale, finendo con l'interessare il rapporto tra poteri e funzioni all'interno dell'ordinamento costituzionale (cfr. il filone giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza n. 282 del 2002). Il riferimento compiuto da parte della Corte costituzionale all'esistenza di «limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica», in relazione a diversi "luoghi" in cui trova espressione l'incrocio tra esercizio di discrezionalità politica e natura scientifica dell'oggetto dell'intervento legislativo (PMA, caso Stamina, vaccini), sembra esprimere in modo ormai consolidato la capacità del biodiritto di incidere in senso espansivo sugli schemi argomentativi utilizzabili dalla Corte costituzionale. Non pare pertanto eccessivo concludere che la dimensione scientifica, pur con le specificità che si sono tentate di chiarire, possa svolgere una funzione propulsiva anche nei confronti della funzione di controllo di costituzionalità, potendo favorire una espansione degli strumenti decisionali – l'emersione di una dimensione scientifica del parametro di ragionevolezza o la proposta di considerare la scienza quale parametro interposto – e degli "ambiti" di intervento della Corte costituzionale. A tale livello, la connessione funzionale tra dimensione scientifica e quella assiologica risulta ancora più stretta, dipendendo da essa la possibilità di considerare il dato tecnico-scientifico non solo quale oggetto ma anche quale vero e proprio strumento argomentativo all'interno del giudizio costituzionale.

## 5. Un "motore" assiologicamente condizionato?

In conclusione, pertanto, si può affermare che il progresso scientifico-tecnologico diviene costituzionalmente rilevante non solo come oggetto delle norme costituzionali (in particolare, evidentemente gli artt. 9 e 33) ma anche come possibile strumento della «ottimale realizzazione dei valori costituzionali» solo fintantoché risulti «"coerente" con il patrimonio assiologico costituzionale»<sup>42</sup>. Pertanto, la rilevanza costituzionale del dato scientifico non corrisponde ad una sostituzione della dimensione assiologica, fondata sul quadro di principi sancito (ma non fissato) dalla Costituzione, da parte di una

<sup>41</sup> Evidente il riferimento a R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 120 ss.

<sup>42</sup> G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 287.

dimensione tecnicista (o tecnocratica). Piuttosto, il riconoscimento di un rilievo (nonché di una funzione) costituzionale alla scienza e ai dati da essa prodotti risulta funzionale ad una più adeguata ed efficace realizzazione dei principi e dei contenuti derivati dal contesto costituzionale. In tal senso, l'utilizzo in fase di attuazione costituzionale (sia quando ciò avvenga a livello legislativo, sia quando rilevino all'interno del giudizio di costituzionalità delle leggi) delle risultanze ricavabili dalla scienza può contribuire a colmare, almeno parzialmente, il «deficit strutturale degli enunciati costituzionali che danno riconoscimento ai diritti»<sup>43</sup>, divenendo pertanto «fattori di stabilizzazione e, allo stesso tempo, di rinnovamento semantico degli enunciati stessi»<sup>44</sup>. Evidentemente, quando tale connessione assiologica, comunque da intepretare alla luce del principio pluralista<sup>45</sup>, venga meno o rischi di indebolirsi, il ruolo della scienza deve ritornare ad essere quello tradizionalmente attribuito ai fatti sociali: quello cioè di fenomeno empirico da disciplinare ed eventualmente limitare nelle sue concrete manifestazioni. In tal senso, quindi, la scienza può essere considerata un “motore” potenziale per l'effettività dei diritti, l'innovazione legislativa e quella costituzionale.

---

<sup>43</sup> A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 18, il quale cita Antonio Ruggeri.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Al fine di evitare gli opposti estremi di una “cattura” della costituzione da parte del potere della tecnica (G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, 258), e di una concezione lisenkista della scienza e della ricerca scientifica, incompatibile con le garanzie previste a livello costituzionale ex artt. 9 e 33 Cost.



# La deontologia medica come “motore” della Costituzione

*Elisabetta Pulice\**

MEDICAL ETHICS AS THE “ENGINE” OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

ABSTRACT: The paper addresses the issue of whether and how the code of medical ethics (CME) has acted as – and can still be considered the “engine” of constitutional principles. Starting from the role of medical councils as public-interest bodies entrusted with functions that ultimately affect the protection of fundamental rights together with the professional practice itself, the paper analyses the historical evolution of the CME towards a wider protection of fundamental rights and, at the same time, towards the regulation of many sensitive and controversial bioethical issues. The essay then focuses on some of the most significant fields in which the updated versions of the CME, which has been repeatedly amended in parallel with the developments in bioethics and the leading cases at national and European level, performed a pivotal role in protecting, promoting and implementing constitutional rights and principles, especially by complementing or even predated other sources of law. Antinomies and tensions between medical ethics and constitutional principles, as well as some inconsistencies of the current Italian model, which prevent the CME from properly acting as an “engine” of constitutional principles are also stressed.

KEYWORDS: Medical ethics; Constitutional law; biolaw; professional autonomy and responsibility; fundamental rights

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Una premessa: autonomia regolamentare, disciplinare e professionale della dimensione deontologica a tutela dei diritti fondamentali – 2.1. Il ruolo degli Ordini professionali e della potestà disciplinare – 2.2. Evoluzione dei contenuti e delle funzioni del codice deontologico – 3. Deontologia e Costituzione: sinergie e attuazione in concreto dei principi costituzionali – 3.1. Sintonie tra deontologia e principi costituzionali nella tutela dei diritti fondamentali in ambito medico – 3.2. Diritto all’autodeterminazione e strumenti di tutela della scelta libera e consapevole – 3.3. Indipendenza, autonomia e responsabilità del medico nel rapporto tra diritto e scienza – 3.4. Deontologia e pluralismo: la clausola di coscienza – 4. Profili di criticità e occasioni mancate – 5. Quale valore giuridico per una deontologia “costituzionalmente orientata”? Le questioni ancora aperte

## 1. Introduzione

Il Codice di deontologia medica (CDM), per sua stessa definizione, impegna il medico «in armonia con i principi etici di umanità e solidarietà e civili di sussidiarietà [...] nella tutela della salute individuale e collettiva» e svolge tale compito «vigilando sulla dignità, sul decoro,

\* PhD, Assegnista di ricerca in diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Trento. [Elisabetta.pulice@unitn.it](mailto:Elisabetta.pulice@unitn.it). Contributo sottoposto a referaggio.

sull'indipendenza e sulla qualità della professione».

I doveri del medico sono, infatti, come precisato fin dai primissimi articoli, «la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera». Ed è proprio «[a] fine di tutelare la salute individuale e collettiva» che il medico esercita «attività basate sulle competenze, specifiche ed esclusive», così come previste negli obiettivi formativi dei corsi di laurea e ampliate dallo sviluppo delle conoscenze, abilità tecniche e non tecniche, innovazioni organizzative e gestionali in sanità, insegnamento e ricerca» (art. 3).

Il codice specifica poi che tali attività sono «legittimate dall'abilitazione dello Stato e dall'iscrizione agli Ordini professionali nei rispettivi Albi», inclusa la prescrizione e la diagnosi a fini preventivi, terapeutici e riabilitativi, definite come competenze dirette, esclusive e non delegabili del medico, che impegnano la sua autonomia e responsabilità (artt. 3 e 13).

Già da questi primi articoli emerge la strumentalità del codice deontologico, dei doveri, dei principi, delle competenze, dell'autonomia e responsabilità professionali in esso disciplinati, alla tutela dei diritti fondamentali della persona ed è quindi da questo primo nucleo di regole deontologiche che si partirà per analizzare il ruolo della deontologia come “motore” della Costituzione.

La crescente sintonia tra le norme del CDM, così come progressivamente riformulate nelle versioni del codice, e le posizioni più avanzate della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale rappresenta, infatti, uno degli aspetti che ha permesso alla dimensione deontologica di porsi come fonte in grado (almeno potenzialmente) di “uscire” dalla dimensione meramente interna alla categoria e di mettere “in moto”, sul piano concreto della pratica medica, alcuni rilevanti principi costituzionali.

In ambiti delicati e controversi dal punto di vista non solo giuridico ma anche etico e professionale, la compiuta attuazione di valori di primario rilievo costituzionale richiede, infatti, tanto la cooperazione di diversi saperi e fonti di disciplina quanto il ragionevole bilanciamento degli interessi e diritti di tutti gli attori coinvolti. Da questo punto di vista, il ruolo di “motore” della deontologia medica si è espresso, e continua a esprimersi, principalmente attraverso due funzioni che il CDM è in grado di svolgere – con intensità e portata variabile – in relazione alle altre fonti di disciplina che intervengono in ambito medico. Come si avrà modo di precisare, il CDM integra le norme giuridiche, e in particolare quella legislativa, con principi e doveri ulteriori, attraverso norme più flessibili e (almeno potenzialmente) attente alla variabilità del caso concreto. La cornice giuridica posta a tutela di valori costituzionalmente rilevanti si arricchisce così di regole di condotta che possono esprimersi in maniera più duttile su ulteriori profili rispetto a quelli raggiungibili tanto dalla fonte legislativa, per sua natura generale e astratta, quanto da altre fonti di codificazione del sapere scientifico, che inevitabilmente richiedono una valutazione di adeguatezza per il singolo caso.

In diversi ambiti, il CDM si è però posto anche come unica disciplina normativa, svolgendo una funzione di impulso a fronte dell'inerzia legislativa.

Entrambe queste funzioni devono essere contestualizzate nel modello italiano di rapporti tra diritto e deontologia e, più nello specifico, delle relazioni e reciproche competenze tra autorità e prerogative statali, da un lato, e competenze attribuite alle istituzioni ordinistiche, dall'altro.

La deontologia – nella dimensione normativa nella quale la si prende in considerazione in questa sede, quindi come *regole di disciplina* concretizzate nel codice deontologico<sup>1</sup> e non come meri principi di etica medica – si pone, infatti, nell’intersezione tra dimensione giuridica e dimensione etica, tra ruolo delle istituzioni statali e ruolo degli Ordini professionali.

È nell’interazione, sul piano sia formale sia sostanziale, delle competenze e delle scelte di queste dimensioni che le regole deontologiche possono concretizzare il loro ruolo, ponendosi come “motore” o come “freno” nell’attuazione dei principi giuridici.

Alla luce della complessità che emerge dalla richiamata intersezione, l’analisi del ruolo della deontologia come possibile “motore” della Costituzione verrà quindi preliminarmente contestualizzata nel quadro dei rapporti tra diritto e deontologia e tra Stato e Ordini professionali che caratterizza l’ordinamento italiano.

## 2. Una premessa: autonomia regolamentare, disciplinare e professionale della dimensione deontologica a tutela dei diritti fondamentali

In molteplici ambiti delle società contemporanee, l’autoregolamentazione professionale risponde a una pluralità di esigenze di tutela, esprimendosi, con frequenza crescente, in forme di codificazione dell’etica variamente denominate e inserite in modelli regolamentari con diversa struttura e portata pratica<sup>2</sup>. La maggiore complessità, anche dal punto di vista tecnologico, delle attività professionali e dei rapporti con i destinatari delle stesse, così come le evoluzioni del comune sentire etico in ambito sociale e professionale svolgono indubbiamente un ruolo importante nel sollecitare una categoria professionale ad assumere doveri fondati su regole di condotta e principi etici, tali da tutelare i diritti dei destinatari, riequilibrando le asimmetrie e favorendo così la credibilità e la fiducia nella figura professionale<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> In base alla “Definizione” contenuta nel suo primo articolo, «il codice di deontologia medica [...] identifica le *regole, ispirate ai principi* di etica medica, che disciplinano l’esercizio professionale».

<sup>2</sup> La stessa terminologia utilizzata varia da “codici deontologici”, “codici di condotta”, “codici etici”, ecc. La letteratura giuridica sulle diverse forme di autoregolamentazione è ampia. Per un approfondimento si vedano, ad esempio, G. ALPA E P. ZATTI (a cura di), *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, 2006; H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009; B.G. MATTARELLA, *Le regole dell’onestà, Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2008; N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2007. A fronte della richiamata varietà, parte della dottrina ha ritenuto necessario tenere distinte le diverse tipologie (cfr., ad esempio, R. DANOVÌ, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, VIII ed., Milano, 2008), mentre altri Autori hanno considerato la distinzione più di natura formale che sostanziale, essendo «criteri, principi e contenuti [...] tendenzialmente uniformi» (così ad esempio, S. CASSESE, *I codici di condotta*, in *Documenti Giustizia*, 7-8, 1994, 1373). Analogamente, rispetto alla varietà delle codificazioni dell’etica è stato affermato che «ces codes sont assimilables aux codes de déontologies stricto sensu en raison de leur communauté d’objets et de fonctions» (J. MORET-BAILLY, *Les déontologies*, Aix-en-Provence, 2001, 101). Sulle diverse tipologie di deontologie che si sono affermate nel tempo, affiancandosi a quelle tradizionali, si veda inoltre J. MORET-BAILLY, D. TRUCHET, *Droit des déontologies*, PUF, coll. Thémis, 2016, dove si sottolinea, tra l’altro, come esse rispondano «à une aspiration générale à la vertu professionnelle et à la transparence, caractéristiques du regard porté aujourd’hui sur la démocratie».

<sup>3</sup> Per un approfondimento sulle problematiche attuali della deontologia si veda, ad esempio, J. MORET-BAILLY, *Que signifie la déontologie aujourd’hui?*, Actes du Colloque de l’Association Française de droit de la santé, «Déontologie et santé», in *Revue de droit sanitaire et social*, 2018. Sull’evoluzione del fenomeno deontologico

Rispetto alle diverse tipologie di codificazione dell'etica professionale, la deontologia medica presenta, inoltre, due specificità che per gli obiettivi del presente contributo è essenziale sottolineare fin da subito.

Come nella maggior parte delle professioni intellettuali c.d. regolamentate<sup>4</sup>, la deontologia medica è innanzitutto inserita in una struttura ordinistica preordinata a vigilare sul decoro e sulla qualità dell'esercizio professionale, ad assicurare la conoscenza, la discussione periodica, ma anche l'effettività del CDM nel momento di una sua violazione.

In secondo luogo, la peculiarità e la delicatezza delle posizioni soggettive sulle quali l'attività medica incide e le caratteristiche stesse dell'oggetto da disciplinare<sup>5</sup> conferiscono al CDM ulteriori specificità, che lo distinguono dalle altre deontologie professionali, permettendogli di acquisire rilevanza giuridica come fonte di regolamentazione dell'attività medica e, più in generale, come fonte del biodiritto. Sul piano della rilevanza del CDM, la dottrina ha ad esempio sottolineato come il codice abbia «un'intrinseca finalità di interesse pubblico e in particolare di tutela degli interessi degli utenti, incidendo l'attività medica su beni oggetto di garanzia di livello costituzionale, come la vita e la salute»<sup>6</sup>. In che modo tali profili e obiettivi definiscono, non solo la possibilità, ma la funzione stessa di tutela e promozione dei valori costituzionali che la deontologia è chiamata a svolgere? E come si inserisce tale funzione nel quadro dell'ordinamento costituzionale italiano?

Una risposta emerge dalle decisioni della stessa Corte costituzionale che, nella sentenza con la quale ha inaugurato il filone giurisprudenziale sui limiti che le acquisizioni scientifiche e sperimentali pongono alla discrezionalità legislativa<sup>7</sup>, sottolinea come «[l']autonomia del medico nelle scelte professionali e l'obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità»<sup>8</sup> configurino un punto di incrocio dei principi a fondamento dell'attività medica. Per quanto qui più interessa, inoltre, la Corte richiama il ruolo dei «poteri di vigilanza sull'osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione» come strumenti po-

---

tra etica professionale e diritto, si veda, tra gli altri, C. SARTEA, *L'emergenza deontologica, Contributo allo studio dei rapporti tra deontologia professionale, etica e diritto*, Roma, 2009.

<sup>4</sup> Una precisa definizione di "professione regolamentata" ci proviene attualmente dall'art. 3 della Direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, in base alla quale per "professione regolamentata" si intende una «attività, o insieme di attività professionali, l'accesso alle quali e il cui esercizio, o una delle cui modalità di esercizio, sono subordinati direttamente o indirettamente, in forza di norme legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di determinate qualifiche professionali; in particolare costituisce una modalità di esercizio l'impiego di un titolo professionale riservato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative a chi possiede una specifica qualifica professionale».

<sup>5</sup> Si fa riferimento in particolare alle caratteristiche individuate in C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle life sciences*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014. Per un approfondimento sull'oggetto del biodiritto si veda, inoltre, dello stesso Autore, *Il biodiritto e il suo oggetto*, in *Id.*, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 7 e ss.

<sup>6</sup> F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, 277-289. Sulla rilevanza "esterna" del CDM si vedano anche E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, 925; *Id.*, *Codice di deontologia medica*, in G. ALPA E P. ZATTI (a cura di), *op. cit.* e G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2, 2007, 551. Sul ruolo che da tale rilevanza emerge nell'ambito della responsabilità civile e penale si tornerà *infra*.

<sup>7</sup> Il riferimento è alla sentenza n.282 del 2002. Su tali orientamenti della Corte costituzionale si ritornerà *infra*.

<sup>8</sup> Corte cost., sent. n. 282 del 2002, p.to 4 del Considerato in diritto.

sti a presidio, unitamente ai rimedi predisposti dall’ordinamento, dell’osservanza in concreto dei due diritti della persona malata all’incrocio dei quali si pone la pratica terapeutica: «quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell’arte medica; e quello ad essere rispettato come persona»<sup>9</sup>.

Tale pronuncia sintetizza così alcuni profili chiave del ruolo della deontologia come possibile “motore” della Costituzione, sui quali ci si concentrerà nei prossimi paragrafi: l’autonomia e responsabilità del medico, le scelte basate sulle accreditate conoscenze scientifiche e sperimentali, nel rispetto del consenso del paziente, sono considerate come «regola di fondo» della pratica dell’arte medica, quindi risposte in grado di delimitare la discrezionalità del legislatore nel definire «le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni»<sup>10</sup>. La definizione di tali principi nel CDM e i poteri di controllo e disciplinari delle istituzioni ordinistiche svolgono inoltre un ruolo essenziale nella tutela dei diritti fondamentali della persona in sinergia con quelli statali.

L’ampiezza – l’esistenza stessa – del ruolo della deontologia come “motore” di alcuni principi costituzionali è però legata alle evoluzioni recenti del CDM. Si tratta, in particolare, di un percorso che, similmente a quanto avvenuto in altri ordinamenti europei, ha portato la riflessione deontologica ad ampliare progressivamente il nucleo tradizionale dei codici di deontologia medica con articoli espressione di una più chiara (almeno sul piano formale) attenzione ai diritti fondamentali della persona assistita e, parallelamente, con regole volte a prendere posizione su un crescente numero di problematiche delicate e controverse dal punto di vista tanto etico-professionale quanto giuridico.

È nella richiamata struttura ordinistica e in tale evoluzione che devono quindi essere contestualizzate le sinergie tra regole deontologiche e principi costituzionali con le quali il CDM è riuscito a porsi come “motore” della Costituzione.

## 2.1. Il ruolo degli Ordini professionali e della potestà disciplinare

Benché per lungo tempo sia mancata nel nostro ordinamento una definizione legislativa della natura degli Ordini professionali, la giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione ne avevano individuato la «ragion d’essere nel fatto che determinate professioni, a causa di inderogabili esigenze di tutela della collettività, possono essere esercitate solo previo accertamento pubblico delle capacità professionali, e richiedono la sottoposizione dei professionisti a un regime di responsabilità disciplinare sotto il profilo deontologico», sottolineando inoltre come ciò possa essere perseguito «affidando i relativi compiti alla stessa comunità professionale, obbligatoriamente costituita e rappresentata da appositi Ordini o Collegi, e sottoponendo gli Ordini stessi a vigilanza statale»<sup>11</sup>. Anche la Corte costituzionale li ha in più occasioni configurati come «enti pubblici ad appartenenza necessaria»<sup>12</sup> preordinati «alla tutela di pregnanti interessi di rilievo costituzionale»<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Cons. Stato, V sez, 23 maggio 1997, n. 527 e Corte Cass. Pen. Sez. VI, 1 aprile 2003, n. 28306. Tra le pronunce più recenti, si vedano inoltre Cass. Civ., sez. prima, sentenza 14 ottobre 2011, n. 21226 e Cons. Stato, IV sez., 16 marzo 2004, n. 1344.

<sup>12</sup> Corte cost., sentenza n. 405 del 2005.

<sup>13</sup> Corte cost., sentenza n. 173 del 2019.

Nel 2018, la legge sul riordino delle professioni sanitarie (c.d. legge Lorenzin<sup>14</sup>) ha precisato la natura degli ordini professionali, sottolineandone l'autonomia regolamentare anche in riferimento all'emanazione del codice deontologico, seppur in maniera ancora lontana dalla definizione dei rapporti tra diritto e deontologia prevista in altri ordinamenti europei<sup>15</sup>.

Gli ordini professionali sono attualmente definiti come «enti pubblici non economici» che «agiscono quali organi sussidiari dello Stato al fine di tutelare gli interessi pubblici, garantiti dall'ordinamento, connessi all'esercizio professionale»<sup>16</sup>. Tra i loro compiti, oltre alla verifica del possesso dei titoli abilitanti all'esercizio professionale e alla tenuta degli albi (lett. d), merita di essere menzionato il ruolo nel promuovere e assicurare «l'indipendenza, l'autonomia e la responsabilità delle professioni e dell'esercizio professionale, la qualità tecnico-professionale, la valorizzazione della funzione sociale, la salvaguardia dei diritti umani e dei principi etici dell'esercizio professionale indicati nei rispettivi codici deontologici, al fine di garantire la tutela della salute individuale e collettiva» (lett. c). Per espressa previsione legislativa, inoltre, le istituzioni ordinistiche sono dotate di «autonomia patrimoniale, finanziaria, regolamentare e disciplinare e sottoposti alla vigilanza del Ministero della salute» (lett. a).

La tutela di interessi pubblici e dei diritti della persona assistita è, pertanto, alla base della rilevanza "esterna", quindi sul piano dell'ordinamento giuridico generale, della deontologia, ma è al tempo stesso fondamento e obiettivo della rilevanza "propria" del CDM, ossia quella che gli deriva dagli strumenti della responsabilità disciplinare, interni alla categoria benché definiti dalla legislazione. In ragione della funzione di tutela di interessi pubblici delle regole deontologiche, la loro violazione può portare, infatti, a sanzioni, previste dalla legge, che incidono sull'esercizio professionale del singolo medico, fino alla possibile radiazione e conseguente impossibilità di esercitare legittimamente la professione stessa.

In questa prospettiva, lo strumento disciplinare si pone all'intersezione 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. Tali potestà rappresentano, quindi, un primo, generale, canale attraverso il quale la dimensione deontologica può esplicare il suo ruolo di attuazione di valori di rilievo (anche) costituzionale.

A tal fine merita di essere sottolineato che la funzione del CDM a presidio dei principi, interessi e diritti tutelati nelle sue norme si estende – pur nei limiti recentemente definiti dalla Corte costituzionale per l'esercizio di funzioni pubbliche<sup>17</sup> – anche a comportamenti non strettamente legati all'ambito dell'esercizio professionale. Il primo articolo del CDM precisa, infatti, che il Codice «regola anche i comportamenti assunti al di fuori dell'esercizio professionale quando ritenuti rilevanti e incidenti sul decoro della professione», mentre in base all'art. 68 «il medico che opera in strutture pubbliche o

<sup>14</sup> Legge 11 gennaio 2018, n. 3 "Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute".

<sup>15</sup> Per un approfondimento, anche in prospettiva comparata, dei diversi profili affrontati in tale contributo, si permetta il riferimento a E. PULICE, *Deontologia e diritto. Modelli comparati, criticità e prospettive in ambito biomedico*, Napoli, in corso di pubblicazione.

<sup>16</sup> Legge n. 3/2018, art. 4, che modifica il D. Lgs.c.p.s. 13 Settembre 1946, n. 233, ratificato dalla legge 17 aprile 1956, n. 561. La definizione è attualmente contenuta nella nuova versione dell'art. 1, co. 3., lett. a).

<sup>17</sup> Cfr. *infra* Corte cost., sentenza n. 259/2019.

private [...] è soggetto alla potestà disciplinare dell’Ordine indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro». La competenza delle istituzioni ordinistiche a vigilare, irrogando sanzioni disciplinari, sugli iscritti agli albi «in qualsiasi forma giuridica svolgano la loro attività professionale» è ribadito anche dalla legge sul riordino delle professioni sanitarie<sup>18</sup> nonché dalla giurisprudenza disciplinare<sup>19</sup>.

A dimostrazione della rilevanza del ruolo degli Ordini, ma anche della necessità di definire in maniera più puntuale le sfere di competenza tra istituzioni ordinistiche e altri poteri dello Stato, la Corte costituzionale si è recentemente pronunciata sul ricorso con cui la Regione Emilia-Romagna ha sollevato conflitto di attribuzione nei confronti dell’OMCeO di Bologna per la radiazione di un medico assessore regionale alle politiche per la salute<sup>20</sup>.

Per quanto più interessa la rilevanza della dimensione deontologica sul piano costituzionale, va sottolineato come nel decidere su una richiesta di tutela da parte della Regione della sua sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita contro gli atti ritenuti invasivi dell’Ordine, la Corte confermi la natura di potere dello Stato dell’istituzione ordinistica<sup>21</sup>. L’atto posto in essere dall’Ordine, infatti, «è riferibile allo Stato «inteso non come persona giuridica, bensì come sistema ordinamentale (sentenza n. 72 del 2005) complesso e articolato, costituito da organi, con o senza personalità giuridica, ed enti distinti dallo Stato in senso stretto, ma con esso posti in rapporto di strumentalità in vista dell’esercizio, in forme diverse, di tipiche funzioni statali» (sentenza n. 31 del 2006)»<sup>22</sup>.

## 2.2. Evoluzione dei contenuti e delle funzioni del codice deontologico

Nel loro nucleo essenziale, gli scopi principali del CDM possono individuarsi, da un lato, in finalità volte alla disciplina dei rapporti “interni” alla categoria e alla tutela della stessa e, dall’altro, in finalità

<sup>18</sup> Art. 4, legge n. 3 del 2018.

<sup>19</sup> Cfr., ad esempio, CCEPS 15.12.14, n.43 e, in riferimento a fatti commessi per servizio o per fatto di servizio da sanitari in rapporto di impiego, Id. 23.03.15, n.12 e 7.7.2017, n. 75 e Cass., III civ., 31.05.2006, n. 13004.

<sup>20</sup> Nel caso di specie, che ha portato anche a un’indagine in sede penale, la radiazione, a fine 2018, del medico riguardava un illecito deontologico da lui commesso nell’esercizio della sua funzione di assessore regionale e, nello specifico, la proposta di una delibera i cui contenuti sono stati giudicati contrari al CDM in quanto prevedevano la possibilità di impiegare infermieri sulle ambulanze anche in assenza di un medico. Le diverse posizioni e prospettive hanno a lungo animato il dibattito in ambito sanitario, come riportato da *Quotidiano Sanità*. Cfr., a titolo meramente esemplificativo, le “lettere al direttore” del Presidente dell’Omceo di Bologna, Antonio Pizza (QS. 16.01.2019) e dell’ex Presidente dell’Omceo di Firenze, Antonio Panti (QS. 17.01.2019). Per un approfondimento in prospettiva sia medica sia giuridica e per i profili di criticità di tale decisione dell’Ordine di Bologna, si permetta il rinvio a G.R. GRISTINA, E. PULICE, *Il sistema sanitario di emergenza italiano tra prove e rischi di corporativismo: il “caso Bologna”. Parte I Le prove – Parte II Deontologia e diritto*, in *Recenti Progressi in Medicina*, 110, 2019, 168-187.

<sup>21</sup> Corte cost., sentenza n. 259 del 2019. Secondo la Corte non spettava «allo Stato, e per esso alla Commissione dell’Ordine provinciale dei medici chirurghi e degli odontoiatri di Bologna» adottare la radiazione (p.to 7, corsivo aggiunto). La Corte ha precisato, inoltre, i limiti della potestà disciplinare dell’Ordine, escludendo che possa estendersi ad atti «ascrivibili a un *munus pubblico*» (p.to 6) e ha annullato la sanzione della radiazione poiché nel sanzionare il medico/assessore, l’Ordine ha di fatto sindacato le scelte politico-amministrative della Giunta in materia di organizzazione dei servizi sanitari, su cui non ha competenza, invadendo così la competenza assegnata dalla Costituzione alla Regione (articoli 117, terzo comma, e 118 della Costituzione) in materia di organizzazione sanitaria.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p.to 4 del Considerato in diritto.

volte a disciplinare l'impatto che l'attività medica può avere sui diritti della persona e della collettività. Tale nucleo, fondato sui principi dell'etica medica risalenti alle moderne versioni del Giuramento di Ippocrate, è stato progressivamente precisato e ampliato in ragione dell'influenza di diversi fattori, quali gli sviluppi tecnico-scientifici, gli accadimenti storici, la nascita della riflessione bioetica e l'evoluzione degli strumenti giuridici a tutela dei diritti umani in ambito biomedico.

Nella riflessione sulle potenzialità del CDM come fonte di attuazione in concreto di principi costituzionali, tale nucleo rileva sia perché esprime il ruolo tradizionale della deontologia medica, così come si è consolidato in epoca moderna<sup>23</sup>, sia perché consente di individuare alcuni dei presupposti della disciplina deontologica la cui valorizzazione ha costituito la base per l'evoluzione più recente. Si tratta di principi comuni a molti codici deontologici europei e che già di per sé ne sottolineano l'importanza sul piano del biodiritto. Si pensi, ad esempio, alla centralità del paziente e al perseguimento del suo bene come scopo principale del medico, alla tutela della vita e della salute, all'indipendenza, autonomia e responsabilità del medico, al principio di eguaglianza, al rispetto della dignità umana, al dovere di astenersi dal recare offesa o danno, alla competenza e alla diligenza nell'esercizio della professione.

Ciò che in questa sede preme inoltre sottolineare è come, a partire dal secondo dopoguerra, la reazione della classe medica e della comunità internazionale ai rischi dell'uso di conoscenze mediche e sperimentazioni scientifiche in condotte contrarie ai diritti fondamentali – rese evidenti nel Terzo Reich, ma non sconosciute ad altre esperienze<sup>24</sup> – sia partita anche da una rinnovata riflessione sul ruolo e sui doveri del medico e, quindi, dalla valorizzazione di strumenti di natura deontologica.

Non a caso il primo compito della Associazione Medica Mondiale (di seguito WMA), costituita nel settembre 1947 a un mese dalla chiusura del processo ai medici nazisti e volta a prevenire il riaffiorare di condotte contrarie all'etica medica, è stata l'adozione nel 1948 della Dichiarazione di Ginevra<sup>25</sup>. Il testo mirava ad aggiornare il Giuramento di Ippocrate, le cui garanzie si erano rivelate non più sufficienti, ed è stato adottato dai codici deontologici di molti paesi<sup>26</sup>. Particolarmente rilevante, conside-

<sup>23</sup> Per un approfondimento sull'evoluzione del codice deontologia medica si veda P. BENCIO LINI, *La deontologia dai galatei ai codici deontologici*, in *La professione. Medicina scienza etica e società*, 2010. Cfr. inoltre M. BARNI (a cura di), *Bioetica, deontologia e diritto per un nuovo codice professionale del medico*, Milano, 1999. Per un'analisi storico-filosofica della nascita della deontologia medica, si rimanda invece a S. PATUZZO, *Introduzione a Percival Thomas, (1803), Medical Ethics*, in S. PATUZZO (a cura di), *Etica Medica, ovvero un Codice di Istituzioni e Precetti adattati alla Condotta Professionale dei Medici e dei Chirurghi*, trad. it. di Giada Goracci, Milano, 2015 e Id. *Il primo Codice di deontologia medica italiano. Nuove ricerche*, in *Professione & Clinical Governance. La cultura della salute fra etica, economia e diritto*, 2, 2012, 33-39.

<sup>24</sup> Si pensi all'eugenetica positiva, alle pratiche di sterilizzazione avvenute negli USA anche dopo la Seconda guerra mondiale e agli studi sperimentali sulla sifilide condotti dagli anni '30 al 1972 a danno della popolazione di colore a Turkesegee in Alabama. Cfr., ad esempio, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 11; A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001.

<sup>25</sup> Il testo integrale, nell'ultima versione del 2018, è reperibile sul sito della WMA: <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-geneva/> (ultimo accesso 6/12/19). L'accento è posto sulla salute e sul benessere del paziente, sul rispetto dell'autonomia e dignità del paziente, della vita umana, sul principio di non discriminazione, sul segreto professionale e sugli altri valori legati alla tradizione medica, alla qualità dell'esercizio professionale e ai rapporti con i colleghi.

<sup>26</sup> Ne sono un esempio i codici deontologici adottati in Germania, dove l'obbligatorietà del c.d. "Genfer Gelöbnis" (Giuramento di Ginevra) risultava particolarmente importante per ridare credibilità alla classe medica e per

rato il contesto, era il richiamo al rispetto delle leggi dell'umanità, che il medico deve rispettare, impegnandosi a non usare, nemmeno sotto minaccia, le proprie conoscenze per violarle. Nell'attuale versione il riferimento è al rispetto dei diritti umani e delle libertà civili. Il secondo compito della WMA è stato l'adozione, l'anno dopo, di un codice di etica medica, poi rivisto e aggiornato più volte. La struttura e i principi di tali testi mostrano *in nuce* i contorni e la rinnovata attenzione ai diritti della persona e all'indipendenza professionale, che la deontologia medica ha iniziato ad assumere, facendo proprio, almeno dal punto di vista simbolico, il ruolo di garanzia di tali diritti e principi, *in primis* quello del consenso, dai rischi cui la medicina aveva dimostrato di poterli porre.

Ancora prima della rivoluzione biomedica e della nascita della bioetica, la categoria professionale ha quindi cercato di inserire nei suoi strumenti di autoregolamentazione il riconoscimento dei diritti umani come guida e al tempo stesso limite dell'azione del medico.

Si trattava però ancora di una dimensione statica di tutela, di mere affermazioni di principio, ancorate alla prevalente prospettiva dei doveri del medico e quindi non tradotte in una disciplina del rapporto medico-paziente in grado di tutelare pienamente, e nella loro innegabile dimensione dinamica, i diritti e gli interessi della persona.

È invece a partire dagli anni '60 ma soprattutto dagli anni '90, con l'influenza dello sviluppo scientifico e tecnologico in medicina, da un lato, e del contestuale mutamento culturale e giuridico, dall'altro (quindi degli stessi elementi tradizionalmente posti dalla dottrina all'origine della bioetica<sup>27</sup>), che la riflessione deontologica, dopo una prima inerzia, ha iniziato la sua evoluzione più significativa. Tale percorso è stato poi ulteriormente incrementato dall'impatto che sulle versioni più recenti del CDM hanno avuto i principi giuridici elaborati a livello internazionale ed europeo in ambito biomedico<sup>28</sup>.

Alla luce delle nuove istanze e spazi di scelta derivanti dal cambiamento della funzione della medicina – da mera cura della malattia alla più generale missione di promozione e tutela della persona –, la deontologia è stata così chiamata a precisare e ampliare il suo ruolo di indirizzo e controllo della qualità dell'esercizio professionale, sia nella sua dimensione tecnico-scientifica sia in quella di promozio-

---

consentirle di ricostituirsi come categoria professionale in grado di divenire fonte autonoma di disciplina deontologica. In Italia, invece, è una moderna versione del Giuramento di Ippocrate e non la Dichiarazione della WMA ad essere allegata, dopo un periodo di assenza, al CDM. Anche in Francia, ad esempio, il CDM ha un'autonoma versione rivista del Giuramento di Ippocrate, alla quale però è stata recentemente affiancata anche la Dichiarazione di Ginevra della WMA. L'aggiornamento costante dei principi condensati nel Giuramento professionale sembra sottolineare come essi siano non solo espressione, ma anche guida dell'evoluzione della riflessione deontologica. Nell'esperienza italiana la loro importanza emerge anche dal fatto che prima dell'inserimento del Giuramento nel 1978, nel codice del 1958 la sezione, anteposta alle norme deontologiche e contenente affermazioni di carattere generale e di sintesi dei principi più rilevanti, poi confluite nel Giuramento, fosse definita “Fondamenti”. Cfr. P. BENCIO LINI, *op. cit.* Nell'attuale versione del CDM, il Giuramento è “parte costitutiva” del Codice (art. 1).

<sup>27</sup> Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 8 e SINGER-KUHSE, *What is Bioethics? A Historical Introduction*, in *Id. A Companion to Bioethics*, Oxford, 1998, 3. Sui legami, ma anche sulle differenze tra riflessione bioetica e dimensione deontologia, si veda nuovamente P. BENCIO LINI, *op. cit.*

<sup>28</sup> Si pensi, ad esempio, per quanto riguarda il principio del consenso, al Capitolo II della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina adottata il 4 aprile 1997 nell'ambito del Consiglio d'Europa e all'art. 3 (rubricato «Diritto all'integrità della persona» e inserito nel capo dedicato alla «Dignità») della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza nel 2000, poi adattata nel 2007 a Strasburgo e avente, attualmente, lo stesso valore giuridico dei Trattati.

ne e tutela dell'autonomia decisionale (di medico e paziente) e della responsabilità professionale. La credibilità della professione richiedeva – e tuttora richiede – da un lato, un'evoluzione consapevolmente adeguata alla mutata percezione culturale e giuridica del rapporto terapeutico e, quindi, al superamento del tradizionale modello paternalistico e, dall'altro, una disciplina sufficientemente efficace rispetto alle inedite possibilità di violazione dei diritti fondamentali e dell'indipendenza della professione.

Sul piano dello sviluppo tecnico-scientifico (e dei relativi rischi, scelte e potenzialità), la reazione della categoria professionale italiana, similmente a quanto avvenuto in altri ordinamenti europei, è stata quella di prendere posizione integrando gli originari testi deontologici con un numero crescente di disposizioni specificatamente dedicate ad alcune delle questioni più sensibili e dibattute. Tra le tematiche con le quali la riflessione deontologica si è confrontata rientrano, ad esempio, l'interruzione volontaria di gravidanza e la fecondazione assistita, l'accanimento terapeutico, le direttive anticipate, il rifiuto consapevole di nutrirsi, gli interventi sul genoma, le indagini predittive, la sperimentazione, fino ai più recenti articoli in materia di medicina potenziativa ed estetica.

Sul piano del cambiamento culturale, professionale e giuridico, l'evoluzione del CDM ha portato a un incremento delle norme a tutela dei diritti della persona assistita, progressivamente costruite attorno alla valorizzazione dell'alleanza terapeutica. Proprio la scelta di dare centralità a tale alleanza è stata definita il «frutto più prezioso di intelligenze, di culture, di esperienze e sofferenze che hanno profondamente caratterizzato e talvolta condizionato i profili etici, civili e sociali di grandi questioni attinenti a diritti costituzionalmente protetti»<sup>29</sup>.

Attraverso queste due linee evolutive, che hanno consolidato e ampliato il richiamato nucleo essenziale di regole deontologiche, si sono così espresse alcune delle più significative forme di rilevanza del CDM in riferimento ai principi costituzionali.

### 3. Deontologia e Costituzione: sinergie e (possibile) attuazione in concreto dei principi costituzionali.

L'evoluzione fin qui brevemente delineata ha permesso al CDM di porsi, nella sua specifica dimensione normativa e vincolante per gli iscritti all'albo, come fonte di regolamentazione dell'attività medica con intrinseca rilevanza giuridica, indipendentemente dai rapporti formali con le altre fonti del diritto che intervengono sullo stesso ambito e che, come si vedrà, rimangono invece tuttora controversi.

I canali attraverso i quali tale attività può esprimersi mettendo "in moto" principi costituzionali sono principalmente due e possono articolarsi in almeno tre livelli normativi.

La deontologia può infatti disciplinare in maniera diretta un ambito della pratica medica o porsi come disciplina del caso concreto, impegnando il medico ad applicare una regolamentazione definita da altre fonti nel rispetto dei principi generali del CDM.

<sup>29</sup> A. BIANCO, *Per un nuovo professionalismo medico fondato sull'alleanza terapeutica*, in FNOMCEO (a cura di), *Cento anni di professione al servizio del paese*, 2010, 8. In riferimento al codice del 2006, si veda, ad esempio, M. BARNI, *Un codice deontologico di chiara sostanza medico-legale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2007, 543, dove si parla di viraggio «(d)alla medicina difensiva all'autonomia responsabile»; cfr. inoltre A. FIORI, *Il compleanno di un codice di deontologia medica tra ippocratismo e modernità, tra arte medica e scienza medica*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2008, 381-389.

Il primo dei tre livelli normativi menzionati, quello più generale, attiene alla disciplina giuridica di un determinato settore. Così, ad esempio, le regole deontologiche possono definire alcuni elementi, consentendo o limitando determinate pratiche in assenza di una previsione legislativa oppure precisando procedure e regole essenziali per attuarle. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle direttive dell'ordine professionale tedesco sulla procreazione medicalmente assistita, allegate al codice deontologico, al divieto di suicidio assistito che nello stesso ordinamento ha definito i confini del concretamente lecito e praticabile prima dell'intervento legislativo, alla regolamentazione della procedura collegiale francese essenziale per interrompere i trattamenti di sostegno vitale nel caso di paziente incosciente, alle risposte in materia di fine vita nell'ordinamento italiano a fronte dell'iniziale inerzia del legislatore<sup>30</sup>.

Il secondo livello normativo attiene al rapporto tra le norme del CDM e le altre fonti, di regolamentazione del sapere scientifico (ad esempio linee guida e buone pratiche) o comunque di disciplina, che, nell'ambito del quadro giuridico generale di riferimento, specificano ulteriormente principi e regole dell'attività medica. In questo caso il ruolo della deontologia si esprime nell'interpretazione in concreto di tali strumenti e nel garantirne la valutazione e applicazione in aderenza alle specificità del caso concreto e alla tutela del bene del paziente.

Il livello che, infine, esprime un ambito di rilevanza propria e ineludibile della deontologia è quello dei principi che regolano l'alleanza terapeutica e, quindi, l'incontro tra le due autonomie e responsabilità (del paziente e del medico), nel quale vengono concretamente attuati i principi e gli strumenti predisposti, a livello generale, per la tutela dei diritti fondamentali.

In tutti questi livelli, dall'analisi comparata emerge come la deontologia possa integrare la disciplina giuridica – per rinvio espresso del legislatore o per un assetto predefinito dei reciproci rapporti tra le due dimensioni – oppure anticiparne la regolamentazione in caso di vuoti legislativi oppure, ancora, porsi in contrasto con la stessa.

Con riferimento alle antinomie è importante fin da subito sottolineare che nei conflitti con il diritto la deontologia può porsi, a seconda dei casi, come fonte che valorizza i diritti e le libertà o come fonte che invece ne restringe potenzialmente la tutela. In ogni ordinamento i rapporti tra diritto e deontologia sfuggono infatti a modelli predeterminati valevoli per ogni ambito di riferimento.

In questa sede ci si concentrerà prevalentemente sulle sintonie tra deontologie e principi costituzionali, per poi esprimere alcuni rilievi critici su profili di potenziale contrasto.

### 3.1. Sintonie tra deontologia e principi costituzionali nella tutela dei diritti fondamentali in ambito medico

Provando a sintetizzare gli ambiti nei quali la riflessione deontologica italiana si è posta in sintonia con i principi costituzionali, le norme più rilevanti possono essere ricostruite attorno ad alcuni diritti e principi che tradizionalmente caratterizzano lo stato di derivazione liberale nella disciplina delle questioni mediche e, in particolare, i principi personalista, pluralista, di eguaglianza, il diritto alla salute nella sua accezione più ampia e nella dimensione sia individuale sia collettiva, l'autodeterminazione della persona.

<sup>30</sup> Per un approfondimento in prospettiva comparata cfr. *supra* nota n. 15.

Gli articoli del CDM che espressamente richiamano i diritti fondamentali sono già stati menzionati e, in particolare, l'art. 3 dal quale emerge la centralità, senza discriminazione alcuna, della persona intesa nel suo complesso, quindi non solo nella tutela della sua vita e salute psico-fisica, ma anche nel rispetto della sua dignità, libertà e nel trattamento del dolore e sollievo delle sofferenze<sup>31</sup>. Da questo punto di vista merita di essere sottolineata anche la versione in vigore fino al 2014 dell'articolo 20, dove era espressamente previsto che «(i)l medico deve improntare la propria attività professionale al rispetto dei diritti fondamentali della persona». L'inserimento di questo articolo risale al codice del 1995 (l'allora art. 17), che aveva anche modificato in «valori etici fondamentali» l'originaria formulazione dell'art. 4 riferita alla sola coscienza del medico. Nel CDM del 2014 la norma è stata sostituita da un'apprezzabile disciplina della relazione di cura, che è evidentemente preordinata al rispetto dei diritti della persona nell'esercizio dell'attività medica. Ciò nonostante, non pare convincente, almeno dal punto di vista simbolico, la scelta di eliminare completamente in fase di riforma del CDM un richiamo così esplicito al rispetto dei diritti fondamentali della persona.

Sui principi più strettamente legati all'autodeterminazione e al consenso si tornerà nel prossimo paragrafo. In riferimento al diritto alla salute è interessante invece sottolineare l'evoluzione nel CDM del richiamo al concetto di "salute" (art. 3), in sintonia non solo con l'accezione consolidata dalla giurisprudenza e dottrina costituzionale italiana, ma anche con quanto elaborato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità. Il primo codice deontologico a precisare espressamente il concetto di salute è stato quello del 1995, che però lo limitava all'"accezione biologica". A dimostrazione della mutata percezione della salute, la categoria professionale ha scelto di eliminare tale riferimento nel codice del 1998, facendo progressivamente propria un'accezione più ampia del concetto di salute, che unisce i risvolti di natura psicologica a quelli legati alla dimensione meramente biologica. A partire da questa versione del CDM è stato inoltre inserito il titolo "Tutela della salute collettiva", con il quale si chiudeva il codice del 2006 e che è tuttora presente in quello del 2014, il quale però anticipa il riferimento alla dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute già nel suo primo articolo<sup>32</sup> e nel citato articolo 3<sup>33</sup>. La versione del 2006<sup>34</sup>, in vigore fino a maggio 2014, precisava anche espressamente i contenuti del diritto alla salute, sottolineando che «la salute è intesa nell'accezione più ampia del termine, come condizione cioè di benessere fisico e psichico della persona». Probabilmente il fatto che ormai tale ampia accezione possa essere sottintesa ha portato ad escludere la precisazione nell'attuale CDM.

Il principio di non discriminazione è ripreso in diversi articoli del CDM. In particolare, l'art. 6, nell'imporre al medico l'ulteriore compito di perseguire l'uso ottimale delle risorse pubbliche e priva-

<sup>31</sup> La tutela di tali principi è ripresa in altre norme del codice, come ad esempio quelle sul fine vita su cui si tornerà *infra* e quelle in materia di ricerca biomedica e sperimentazione che coinvolga l'essere umano, che devono ispirarsi «al principio di salvaguardia della vita, dell'integrità psico-fisica e nel rispetto della dignità della persona» (art. 48). Nelle precedenti versioni del CDM, l'art. 4, nell'imporre al medico di attenersi nell'esercizio della professione «alle conoscenze scientifiche e ispirarsi ai valori etici della professione» sottolineava ulteriormente il dovere di assumere «come principio il rispetto della vita, della salute fisica e psichica, della libertà e della dignità della persona».

<sup>32</sup> CDM, art.1, co. 2

<sup>33</sup> CDM, art. 3, co. 2.

<sup>34</sup> Per un'analisi del codice del 2006 si rinvia nuovamente a M. BARNI, *Un codice deontologico di chiara sostanza medico-legale*, cit.

te precisa che ciò debba avvenire «salvaguardando l’efficacia, la sicurezza, e l’umanizzazione dei servizi sanitari contrastando ogni forma di discriminazione nell’accesso alle cure». Dal punto di vista delle scelte lessicali, oltre all’apprezzabile passaggio dai termini “malato” e “paziente” all’uso più frequente del concetto di “persona”, già avviato nel 2006, l’attuale versione del CDM ha eliminato ogni riferimento al concetto di “cittadino”. Emerge quindi anche in questa prospettiva una scelta più adatta alla vocazione della medicina di tutelare i diritti di tutte le persone indipendentemente dal loro *status*, in sintonia con il pluralismo tipico delle società moderne e con la lettura più avanzata delle tutele dei diritti fondamentali previste a livello costituzionale<sup>35</sup>.

Tra le principali novità inserite nel 2006, e ulteriormente precisate nel 2014, rientra anche la tutela dell’ambiente nel quale la persona vive e lavora. Nell’attuale codice sono stati aggiunti i livelli di istruzione e di equità sociale che il medico è tenuto a considerare «quali determinanti fondamentali della salute individuale e collettiva». A dimostrazione del richiamato ruolo del CDM nell’imporre doveri ulteriori in attuazione, nel concreto e nella loro dimensione dinamica, di valori di primaria importanza per l’ordinamento giuridico, la norma (art. 5) non si limita a prevedere la mera considerazione di questi fattori, ma anche l’ulteriore compito del medico di collaborare «all’attuazione di idonee politiche educative, di prevenzione, e di contrasto alle disuguaglianze alla salute [e di promuovere] l’adozione di stili di vita salubri, informando sui principali fattori di rischio»<sup>36</sup>.

Dal 2006 sono stati inseriti i riferimenti all’efficacia (e dal 2014 anche all’appropriatezza) delle cure e all’uso appropriato delle risorse, divenuto “uso ottimale” nel nuovo codice<sup>37</sup>. L’art. 14 fa inoltre riferimento alla sicurezza del paziente<sup>38</sup>, che, a dimostrazione della capacità del CDM di individuare profili essenziali di tutela, il legislatore ha poi definito nel 2017 (c.d. legge Gelli-Bianco) «parte costitutiva del diritto alla salute [...] perseguita nell’interesse dell’individuo e della collettività»<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Da questo punto di vista, da un lato, la precedente versione del CDM imponeva, in maniera ancora più esplicita, al medico di attivarsi «al fine di garantire a tutti i cittadini stesse opportunità di accesso, disponibilità, utilizzazione e qualità delle cure», collaborando alla «eliminazione di ogni forma di discriminazione in campo sanitario»; dall’altro, la permanenza del termine “cittadino” (introdotto nel 1998) in molte norme rappresentava un limite sul quale correttamente è intervenuta la riforma del 2014.

<sup>36</sup> Inoltre «Il medico, sulla base delle conoscenze disponibili, si adopera per una pertinente comunicazione sull’esposizione e sulla vulnerabilità a fattori di rischio ambientale e favorisce un utilizzo appropriato delle risorse naturali, per un ecosistema equilibrato e vivibile anche dalle future generazioni».

<sup>37</sup> Articolo 6 (Qualità professionale e gestionale): «Il medico fonda l’esercizio delle proprie competenze tecnico-professionali sui principi di efficacia e di appropriatezza, aggiornandoli alle conoscenze scientifiche disponibili e mediante una costante verifica e revisione dei propri atti. Il medico, in ogni ambito operativo, persegue l’uso ottimale delle risorse pubbliche e private [...]».

<sup>38</sup> Art. 14 (Prevenzione e gestione di eventi avversi e sicurezza delle cure): «Il medico opera al fine di garantire le più idonee condizioni di sicurezza del paziente e degli operatori coinvolti, promuovendo a tale scopo l’adeguamento dell’organizzazione delle attività e dei comportamenti professionali e contribuendo alla prevenzione e alla gestione del rischio clinico [...]».

<sup>39</sup> Art. 1, legge n. 24 del 2017 materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie.

### 3.2. Diritto all'autodeterminazione e strumenti di tutela della scelta libera e consapevole

Uno dei principali ambiti nei quali la deontologia ha svolto, e può continuare a svolgere, una funzione di “motore” di principi costituzionali è quello legato alla concretezza e ampiezza del diritto all'autodeterminazione e del principio del consenso informato.

Per contestualizzare il possibile ruolo del CDM rispetto a questi principi, ampiamente ricostruiti in sede giurisprudenziale ancora prima di trovare espressa disciplina legislativa nella legge n. 219/17, è utile richiamare nuovamente quanto precisato dalla Corte costituzionale.

Come sottolineato nella sentenza n. 438 del 2008, diritti fondamentali di ogni persona sono, infatti, quello di essere curata, ma anche quello di «ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione»<sup>40</sup>. Il consenso informato, che «deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute» e trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, svolge quindi una funzione di sintesi dei due diritti fondamentali della persona, quello all'autodeterminazione e quello alla salute<sup>41</sup>.

Rispetto a tale ricostruzione e considerato il quadro giuridico di riferimento, che definisce l'ampiezza e i limiti della libera scelta individuale, il ruolo del CDM si esprime sia nella determinazione degli strumenti<sup>42</sup> posti a presidio di tali scelte, sia nella loro concreta attuazione nell'alleanza terapeutica.

Questi ruoli e, più in generale, le reciproche influenze tra la dimensione del diritto e *dei* diritti, quella tecnico-professionale e quella deontologica assumono rilevanza particolare nelle scelte di fine vita, dove si intersecano in maniera estremamente delicata le complessità del pluralismo valoriale legato tanto alla scelta morale del paziente quanto al ruolo del medico.

Proprio in tale ambito il ruolo del CDM come “motore” dei menzionati diritti e principi è emerso nella sua portata più concreta. Nella protratta inerzia del legislatore, il CDM ha infatti rappresentato a lungo l'unica risposta normativa a molte questioni del fine vita, svolgendo una funzione di guida, nel concreto della pratica medica, in sintonia con i principi elaborati dalla giurisprudenza e fondati sulla Costituzione.

<sup>40</sup> Corte cost., sentenza n. 438/2008, p.to 4 del Considerato in diritto.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Si pensi, per rimanere a quanto espressamente previsto dalla legge n. 219/17, al consenso informato, alla relazione di fiducia e alla comunicazione medico-paziente, al diritto e dovere di informazione, alla terapia del dolore e alla sedazione palliativa profonda continua, alle direttive anticipate e alla pianificazione condivisa delle cure. Ancora prima dell'entrata in vigore di tale disciplina, il ruolo del CDM nel dare contenuto a tali strumenti era stato sottolineato dalla giurisprudenza. Così, ad esempio, è stato richiamato il ruolo della deontologia medica nel chiarire «la portata del “circuito informativo” che deve collegare fra loro medico e paziente, in vista di un risultato che – riguardando diritti fondamentali – non può non essere condiviso» (Corte di Cass., sez. un., sentenza n. 2437/2009). Non è questa la sede per approfondire le tematiche, le novità e i nodi critici della legge n. 219/17, sui quali la letteratura giuridica è molto ampia. A titolo meramente esemplificativo, per approfondimenti in prospettiva interdisciplinare sugli strumenti menzionati, si rimanda ai contributi pubblicati nel *Forum: la legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di bioDiritto*, 1, 2018.

Molti dei principi attualmente esplicitati nella legge n. 219/17 erano così già stati anticipati in dettagliate norme del CDM. Si pensi, ad esempio, alla relazione di cura «costituita sulla libertà di scelta e sull'individuazione e condivisione delle rispettive autonomie e responsabilità», nella quale il medico «persegue l'alleanza di cura fondata sulla reciproca fiducia e sul mutuo rispetto dei valori e dei diritti e su un'informazione comprensibile e completa, considerando il tempo della comunicazione quale tempo di cura» (art. 20); alle norme sul consenso e sul dissenso informati (art. 35); al valore della volontà anticipatamente espressa (art. 38); al rifiuto consapevole di alimentarsi (art. 53); alla definizione della qualità e dell'ampio contenuto dell'informazione (art. 33); alla norma che vieta le procedure diagnostiche e gli interventi terapeutici «clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati» (art. 16); agli articoli che richiamano la terapia del dolore e il divieto di abbandono del paziente (art.39), specificando che il controllo efficace del dolore «si configura, in ogni condizione clinica, come trattamento appropriato e proporzionato» (art. 16).

Un'analisi particolare merita, in tale contesto, l'evoluzione delle norme del CDM sul consenso informato, poiché mostra la crescente e progressiva attuazione, attraverso la formulazione delle norme deontologiche, dei richiamati diritti fondamentali di cui il consenso esprime la sintesi.

Mentre il codice del 1978 prevedeva semplicemente che il medico non dovesse intraprendere «alcun atto medico che comporti un rischio per il paziente senza il consenso valido del malato» (art. 29), la versione del 1989 ha iniziato ad ampliare la tutela, non limitandosi a imporre un «consenso valido», ma prevedendo anche come questo consenso dovesse essere: consapevole ed esplicito. La norma stabiliva, inoltre, che «in ogni caso, in presenza di esplicito rifiuto il medico è tenuto alla desistenza da qualsiasi atto diagnostico e curativo, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà del paziente». La previsione rimaneva tuttavia ancorata all'ipotesi di eventuale rischio per il paziente<sup>43</sup>. Il codice del 1995 ha poi introdotto il principio della necessaria informazione, mentre la centralità della figura del paziente e del dovere del medico di fornirgli adeguata informazione ha trovato espressione nel codice del 1998. Ai sensi dell'art. 30, il medico doveva infatti «fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate». La disciplina dell'informazione è così divenuta progressivamente più analitica, anche attraverso la previsione del dovere del medico di informare il paziente tenendo conto delle sue capacità di comprensione «al fine di promuoverne la massima *adesione* alle proposte diagnostico-terapeutiche» e il principio in base al quale «ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta». Il codice del 2006, pur contenendo una disciplina molto simile, aveva ulteriormente sottolineato l'accento sull'alleanza terapeutica e sul diritto all'autodeterminazione. Il fine dell'informazione, infatti, non era più solo l'adesione del paziente alle proposte diagnostico-terapeutiche, ma anche la promozione della sua «massima *partecipazione* alle scelte decisionali»<sup>44</sup>.

Il CDM aveva inoltre preso posizione sul rischio che il consenso e il rapporto terapeutico si trasformassero in un insieme di meri adempimenti burocratici. Nel 2006 era stato infatti precisato che «il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità del-

<sup>43</sup> L'art. 40 prevedeva infatti che il consenso dovesse essere «consapevole ed esplicito allorché l'atto medico comporti rischio o permanente diminuzione dell'integrità fisica».

<sup>44</sup> Art. 33 (corsiivi aggiunti).

le prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sull'integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo» (art. 35). Il codice del 2014, pur non avendo mantenuto tale inciso né l'esplicito riferimento alla massima partecipazione del paziente alle scelte decisionali, equipara, come già sottolineato, il tempo dedicato all'informazione e il tempo dedicato alla cura<sup>45</sup> e permette, attraverso la nuova formulazione dell'art. 20 unitamente all'ampliamento dei contenuti dell'informazione (art. 33), di mantenere la centralità dell'alleanza di cura anche nell'attuale versione.

### 3.3. Indipendenza, autonomia e responsabilità del medico nel rapporto tra diritto e scienza

Del ruolo, all'incrocio di principi e diritti fondamentali dell'attività medica, dell'autonomia e responsabilità del medico nel compiere scelte fondate sulle accreditate conoscenze scientifiche si è già detto. Il rapporto tra diritto e sapere tecnico-scientifico solleva però ulteriori, e più specifici, profili nei quali il ruolo della deontologia è richiamato a tutela, sul piano concreto, di principi costituzionali. Da questo punto di vista vanno considerati gli orientamenti della Corte costituzionale sulle valutazioni della discrezionalità legislativa in rapporto alle acquisizioni scientifiche e sperimentali<sup>46</sup>, ma anche l'uso che, in materia di responsabilità medica, legislatore e corti fanno delle fonti di codificazione del sapere tecnico-scientifico nell'accertamento e valutazione della colpa professionale<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Questa norma è stata ripresa letteralmente dal legislatore nella legge n. 219/17, il cui art. 1, co. 8 stabilisce che «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura».

<sup>46</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla citata sentenza n. 282 del 2002, alla sentenza n. 338 del 2003 e alle sentenze n. 151 del 2009 e n. 162 del 2014 in materia di PMA. La letteratura giuridica sulla giurisprudenza costituzionale in materia di valutazioni tecnico-scientifiche è molto vasta. Per un'articolata trattazione, da molteplici punti di vista, della possibilità di enucleare uno "statuto costituzionale della legge a contenuto tecnico-scientifico" si veda, ad esempio, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 143 ss; ID., *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni "tecniche": materie con rilevanza tecnico-scientifica*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 3, 2019, 143-158. Sui limiti che le acquisizioni scientifiche e sperimentali pongono alla discrezionalità legislativa, cfr. inoltre, tra gli altri, C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016; S. PENASA, *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*. Nota a: Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, in *Forum Di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, 6, 2014; ID., *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 2015; R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali il contributo della giustizia costituzionale*, Milano, 2005, 1-22. Più in generale, sui rapporti tra medicina e giurisprudenza, si veda, ad esempio, L. CHIEFFI (a cura di), *La Medicina nei Tribunali*, Bari, 2016.

<sup>47</sup> Si pensi, ad esempio, alle complesse – e tuttora controverse – questioni legate al ruolo delle linee guida e all'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di responsabilità dei professionisti sanitari, ampiamente affrontate dalla dottrina, non solo penalistica. Si vedano, tra i molti, A. VALLINI, *Codifier l'incodifiable: la legge "generale e astratta" e l'irriducibile singolarità dell'atto medico. Dai dilemmi di Critobulo al Sistema nazionale linee guida*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 1, 2019, 183-206; A. PERIN, *Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 1, 2019, 207-235; C. BRUSCO, *La responsabilità sanitaria civile e penale. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco*, Torino, 2018; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017; G. CARPANI, G. FARES (a cura di), *Guida alle nuove norme sulle re-*

Sul piano del CDM, lo «stretto ancoraggio a standard di professionalità elevati, da commisurare sulle evidenze scientifiche disponibili» risulta innanzitutto essere la modalità indicata ai medici dalla deontologia per «sventare la lesione del bene protetto»<sup>48</sup>, come emerge, ad esempio, dall’art. 13.

È inoltre importante sottolineare come, nel rapporto tra diritto e scienza, il CDM assuma rilevanza sia nella sua natura di fonte tecnico-professionale sia – e più nello specifico – per la sua funzione di indirizzo, garanzia, tutela e controllo del ruolo riconosciuto all’autonomia e responsabilità del medico nelle scelte fondate su acquisizioni tecnico-scientifico, che la giurisprudenza costituzionale considera come punti di riferimento nella valutazione della legittimità della disciplina legislativa.

Com’è noto, il mancato riconoscimento al medico, da parte del legislatore, della «possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento»<sup>49</sup> o la considerazione che disposizioni di legge «non vietano certamente al medico le prescrizioni ritenute necessarie nel caso concreto e non pregiudicano quindi la sua prerogativa di operare secondo “scienza e coscienza”»<sup>50</sup> diventano argomentazioni a fondamento, rispettivamente, dell’illegittimità o legittimità delle scelte legislative.

Ad ulteriore dimostrazione del ruolo del CDM a tutela dei diritti del paziente, anche in riferimento alle regole sull’appropriatezza prescrittiva, la Corte costituzionale ha ricordato che in base al “carattere personalistico” delle cure sanitarie è necessario non precludere al medico «la possibilità di valutare, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, il singolo caso sottoposto alle sue cure, individuando di volta in volta la terapia ritenuta più idonea ad assicurare la tutela della salute del paziente». I giudici costituzionali hanno così considerato legittime le disposizioni impugnate, precisando, in particolare, che quello istituito dalla norma non sia «un controllo burocratico bensì un sindacato che deve essere gestito [...] secondo le regole deontologiche dell’esercizio della professione medica»<sup>51</sup>.

---

*sponsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, Torino, 2017; C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cassazione penale*, 2017, 1765 ss. Per un raffronto con la deontologia medica cfr. R. C. ROSSI, *I risvolti deontologici della Legge Gelli*, in F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, Milano, 2017. Sulle questioni sollevate dalle norme a contenuto tecnico scientifico e sulla relativa varietà di fonti e formanti, cfr., ad esempio, A. IANNUZZI, *op. cit.*

<sup>48</sup> M. CAPUTO, *op. cit.*, 145 ss., cui si rinvia anche per la natura cautelare dell’art. 13 CDM e il relativo ruolo nel definire “l’agente modello” in ambito penale.

<sup>49</sup> Il riferimento è alla sentenza n.151 del 2009 (p.to 6.1 del Considerato in diritto) con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 14, commi 2 e 3, della legge 40/2004, in riferimento al limite numerico di embrioni e all’obbligo di contestuale impianto, rimarcando così, quello che è stato definito uno «spazio incompressibile di autonomia e responsabilità del medico» (G. M. FLICK, *La salute nella Costituzione italiana*, in FNOMCEO (a cura di), *Cento anni di professione al servizio del Paese*, cit., 30).

<sup>50</sup> Corte cost., sent. n. 169 del 2017, p.to 8 del Considerato in diritto, con la quale la Corte ha precisato alcuni principi della prospettiva ermeneutica costituzionalmente orientata alla luce della quale devono essere intese le disposizioni del d.l. n. 78 del 2015 recanti indicazioni di appropriatezza prescrittiva (delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale) e le relative condizioni di erogabilità. Su questi profili, cfr., tra gli altri, P. GIANGASPERO, *Ancora una variazione sul tema di tecnica, scienza e diritto: indicazioni di erogabilità e appropriatezza terapeutica, diritto alla salute, prescrizioni mediche “in scienza e coscienza” e vincoli alle Regioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, 4, 2018.

<sup>51</sup> *Ibid.*

Anche in materia di linee guida, il legislatore, similmente agli orientamenti giurisprudenziali, ha ribadito come il medico debba attenersi alle «buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida» facendo però, appunto, «salve le specificità del caso concreto»<sup>52</sup>.

È in sintonia con tali ricostruzioni che può quindi essere letta la scelta della categoria professionale di ampliare le norme del CDM che, in più ambiti, tutelano e disciplinano l'indipendenza, autonomia e responsabilità del medico e di prendere posizione sul complesso e controverso ruolo delle forme codificate del sapere tecnico-scientifico. Nel 2014 sono stati infatti inseriti nell'art. 13 due paragrafi specificamente dedicati a linee guida, protocolli e percorsi.

In particolare, il CDM, da un lato, riconosce il ruolo di tali strumenti rimarcando, come anticipato, la rilevanza delle “evidenze scientifiche” (non più definite come “acquisizioni scientifiche” e sulle quali la prescrizione deve “fondarsi” e non più solo “ispirarsi”) e, dall'altro, rafforza gli spazi di autonomia, indipendenza e responsabilità del medico nella loro valutazione e applicazione<sup>53</sup>.

Il CDM mette così in “moto” i principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale nell'interpretazione in concreto degli strumenti di codificazione del sapere scientifico, colmando – sia nella pratica quotidiana del professionista sia nelle valutazioni del giudice – lo spazio lasciato inevitabilmente libero per la valutazione della loro applicabilità, tollerabilità ed efficacia alla specificità del singolo caso, a tutela del bene del paziente.

La potenzialità della deontologia di definire nel concreto il contenuto della disciplina giuridica è posto a fondamento anche del ruolo riconosciuto alle norme del CDM nelle valutazioni giurisprudenziali della condotta del professionista, in particolare come parametri di valutazione della colpa civile e penale. Su considerazioni legate alla richiamata specificità delle norme deontologiche, alla loro rilevanza esterna e alla maggiore vincolatività che le caratterizza rispetto ad altre regole elaborate da organismi tecnico-scientifici, si basa inoltre la possibilità, sostenuta da parte della dottrina, di riconoscere natura cautelare ad alcune norme del CDM e, quindi, la loro possibile rilevanza come “discipline” ex art. 43 c.p., la cui violazione è fonte di colpa penale specifica<sup>54</sup>.

Sul piano dei principi costituzionali in ambito penale, può essere quindi interessante richiamare il ruolo tipizzante del CDM evidenziato da alcuni autori. Da tale ruolo il principio di determinatezza riceverebbe, infatti, una «mediazione interpretativa importante a favore di una regola cautelare da

<sup>52</sup> Art. 5 legge 24/2017.

<sup>53</sup> In riferimento alle linee guida diagnostico-terapeutiche, il CDM precisa infatti che il medico «tiene conto» di quelle «accreditate da fonti autorevoli e indipendenti quali raccomandazioni» e «ne valuta l'applicabilità al caso specifico» (Art 13, co.3). La scelta del termine “raccomandazioni” rappresenta un elemento in comune tra CDM e legge Gelli-Bianco (Art. 6). Sul punto cfr. M. BILANCETTI, *Profili penalistici della l. 8 marzo 2017 n. 24*, 3, 2017. La natura stessa di “raccomandazioni” e soprattutto la scelta della formula “tenerne conto” sottolineano quindi il potere, ma anche il dovere, di discostarsene, seppur – è da ritenersi – con adeguata motivazione, coerentemente con l'imposizione del dovere di valutarne l'applicabilità alle specificità del caso concreto. Rispetto ai protocolli diagnostico-terapeutici o ai percorsi clinico-assistenziali, il CDM precisa che la loro adozione «impegna la diretta responsabilità del medico nella verifica della tollerabilità ed efficacia sui soggetti coinvolti».

<sup>54</sup> C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi. Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2013, 4, 51-71, 57 ss. e ID., *La responsabilità sanitaria civile e penale. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco*, cit., 56 ss e 63. Sulla natura cautelare di alcune norme del CDM, cfr. nuovamente anche F. ANGIONI, *op. cit.*, 279; M. CAPUTO, *op. cit.*, 144 ss. e G. IANDECOLA, *op. cit.*, 555.

concretizzare sulla falsariga dell’agente modello»<sup>55</sup>. L’interazione delle norme deontologiche cui può essere riconosciuta natura cautelare con il diritto penale finirebbe così «per rendere più forte la tipicità colposa, esposta a una costitutiva fragilità, adeguandola a uno scenario dei rapporti medico-paziente meno paternalistico di una volta e più esigente nel richiedere al sanitario l’adempimento di doveri di informazione, aggiornamento e competenza»<sup>56</sup>.

### 3.4. Deontologia e pluralismo: la clausola di coscienza

Le richiamate norme deontologiche a tutela dell’autodeterminazione individuale sono fondamentali per garantire la pluralità di posizioni, scelte valoriali e convinzioni morali che ogni persona esprime nelle decisioni sulla propria salute e sulla propria vita, in attuazione, quindi, della delicata interazione tra i principi personalista e pluralista che caratterizzano lo stato costituzionale di diritto.

In tale prospettiva, il CDM contiene però anche una norma espressamente dedicata alla tutela dell’autonomia non solo professionale ma anche personale del medico. Si tratta, in particolare, della c.d. clausola di coscienza, quindi del diritto del medico di rifiutare la propria opera professionale quando gli vengano richieste prestazioni «in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici». Il CDM tutela pertanto l’autonomia del medico in riferimento non solo ai suoi convincimenti professionali, ma anche a possibili conflitti con le proprie convinzioni morali.

Non è questa la sede per analizzare i dibattiti sollevati dal richiamo alla deontologia e, quindi, anche alla clausola di coscienza dalla legge n. 219/17, che pur sottolineano la complessità del bilanciamento tra i diversi diritti e interessi in gioco<sup>57</sup>. Basti qui ricordare, da un lato, che la clausola di coscienza è istituito diverso dall’obiezione di coscienza legislativamente prevista e, dall’altro, che i limiti che essa pone alle richieste del paziente devono rispettare i limiti posti dall’ordinamento generale<sup>58</sup>.

Ciò che preme invece sottolineare è come l’inserimento nel CDM della clausola di coscienza, se opportunamente bilanciata con la tutela del paziente e con l’impatto che può avere sugli altri professionisti<sup>59</sup>, sia uno strumento fondamentale a tutela del pluralismo valoriale che caratterizza la categoria e, più in generale, l’ambito medico. La clausola, in particolare, protegge la scelta del medico, ri-

<sup>55</sup> M. CAPUTO, *op. cit.*, 147.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> A titolo esemplificativo, per approfondimenti in prospettiva interdisciplinare, si vedano i contributi pubblicati nel citato *Forum: la legge n. 219 del 2017* e, in particolare, le diverse posizioni espresse da G. GRISTINA e D. PARIS. Su tali profili si veda inoltre, tra gli altri, L. D’AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L’opportunità e i limiti dell’intervento del diritto*, Torino, 2018, 146 ss.

<sup>58</sup> Per un approfondimento sulle funzioni e i limiti della clausola di coscienza, sulle diverse concezioni in merito alla sua natura di diritto più ampio o più specifico rispetto all’obiezione di coscienza, ma anche sul suo ruolo a garanzia dell’autonomia diagnostico-terapeutica del medico, rafforzato dal livello di responsabilizzazione richiesto, si vedano, tra gli altri, M. SAPORITI, *La coscienza disubbediente*, Milano, 2014, 137 ss; C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell’orizzonte del diritto*, 70 e ss. e L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, 182 ss., entrambi in E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, L. LENTI (a cura di), *Trattato di biodiritto, vol: I diritti in medicina*, Milano, 2011; C. BENHIDA, C. GAUDILLÈRE, A.-L. POURQUIER, Y. ABADOU, E. COUTAREL, *La clause de conscience*, in *Droit Déontologie & Soins*, 11, 2011, 164-166.

<sup>59</sup> Per un’analisi critica nella prospettiva dell’applicazione pratica della clausola di coscienza, si veda, ad esempio, W. CHAVKINA, L. LEITMAN, K. POLIN, *Conscientious objection and refusal to provide reproductive healthcare: A White Paper examining prevalence, health consequences, and policy responses*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 123, 2013, 41-56.

conosciuta in termini sia di “scienza” sia di “coscienza”, quindi come scelta che, similmente a quanto avviene per molte norme del CDM, deve essere sia clinicamente sia eticamente fondata e accettata<sup>60</sup>. Il bilanciamento con i diritti del paziente emerge, almeno sul piano della lettera dell’articolo 22 e nonostante le difficoltà che possono sorgere sul piano attuativo, dai limiti che il diritto di rifiutare la prestazione incontra nel «grave e immediato nocimento per la salute della persona» e nel dovere di fornirle «ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione».

L’ampiezza e le condizioni per la concreta rilevanza, a fondamento di un rifiuto deontologicamente legittimo, dei concetti di “coscienza” e di “convincimenti tecnico-scientifici” dipendono però inevitabilmente dall’applicazione e interpretazione fornita dalla categoria professionale, in un coordinamento con altre fonti del diritto e interessi costituzionalmente rilevanti spesso difficile da ricostruire.

#### 4. Profili di criticità e occasioni mancate

Nonostante siano molte le potenzialità del CDM nel tutelare e promuovere, nella pratica medica, i principi costituzionali, significative sono ancora le incoerenze e gli ambiti nei quali la deontologia non riesce a porsi in sintonia con tali principi.

Tanto per i punti di forza quanto per le debolezze del modello italiano di deontologia, le ragioni del ruolo in concreto del CDM sono dovute all’intreccio di molteplici fattori, alcuni dei quali legati alle specificità dell’ambito da disciplinare, altri alla sensibilità o inerzia della categoria professionale, altri ancora alla definizione o mancata definizione dell’autonomia regolamentare e disciplinare delle istituzioni ordinistiche e dei rapporti tra le dimensioni deontologico-professionale e giuridico-statale. Provando a sintetizzare alcuni profili rilevanti sul piano dei contenuti del CDM, si possono individuare almeno tre ordini di rilievi critici.

Il primo attiene alla prospettiva della riforma del CDM e, in particolare, alla sua più recente versione del 2014<sup>61</sup>. Le modifiche delle regole deontologiche, benché influenzate da eventi esterni alla professione, tra i quali l’evoluzione, o mancata evoluzione, della normativa giuridica in un determinato ambito di disciplina, sono infatti espressione delle scelte interne alla categoria, che riguardano non solo i contenuti dei singoli articoli, ma lo stesso ruolo che la deontologia e la professione intendono assumere rispetto al diritto e alle nuove sfide in ambito medico.

Nonostante apprezzabili novità, dalla lettura del codice sembrano emergere alcune occasioni mancate, se non addirittura potenziali passi indietro, che riguardano sia risposte che il CDM dovrebbe invece dare nel guidare l’esercizio professionale e nel definire il ruolo del medico nella società, sia la concreta promozione dell’autonomia della persona.

Un esempio è rappresentato dall’art. 38 in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento. L’ambito è attualmente disciplinato dalla legge e, come detto, è stato certamente fondamentale l’intervento del CDM che già dal 2006, nel silenzio del legislatore, aveva stabilito il dovere del medico di “tenere conto” delle volontà anticipatamente espresse dalla persona. Tuttavia, la modifica intro-

<sup>60</sup> Si pensi, ad esempio, all’art. 16 CDM.

<sup>61</sup> Un’analisi interdisciplinare dei profili apprezzabili e di quelli problematici della riforma è contenuta nel *Forum: Il Nuovo Codice di Deontologia Medica* e nella relativa *Introduzione*, in *BioLaw Journal – Rivista di bio diritto*, 2, 2015, 7-59, cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

dotta nel 2014 sembra contraddire la tradizionale flessibilità che conferisce alla deontologia potenzialità ulteriori rispetto ad altre fonti giuridiche. La sostituzione del riferimento a quanto espresso «in modo certo e documentato» con quanto espresso «in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successive a un’informazione medica di cui resta traccia documentale» rivela, infatti, una scelta di maggiore rigidità e, quindi, di limite rispetto alla più ampia tutela possibile dell’espressione dell’autonomia decisionale della persona<sup>62</sup>.

Anche rispetto ai minori, i riferimenti inseriti negli articoli 33 e 35 – che impongono al medico di «garantire al minore elementi di informazione utili» per permettergli di comprendere le sue condizioni di salute e gli interventi diagnostico-terapeutici proposti «al fine di coinvolgerlo nel processo decisionale», e di «tenere in adeguata considerazione» le sue opinioni «in tutti i processi decisionali che lo riguardano» – non sembrano compensare la più ampia tutela venuta meno nella nuova formulazione dell’art. 38. Nella precedente versione non era infatti previsto solo il dovere di «coinvolgere» il minore, ma anche quello di «tenere conto della sua volontà». Era inoltre definito l’obbligo del medico di dare adeguate informazioni al minore «compatibilmente con l’età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto»<sup>63</sup>.

Le richiamate scelte di eliminare precisazioni rilevanti, come ad esempio quelle relative al concetto di “salute”, alla finalità dell’informazione, alla tutela dei diritti fondamentali, benché bilanciate da altre previsioni, non hanno forse colto pienamente l’occasione che la riforma offriva di incrementare ulteriormente delle garanzie, nel solco dell’evoluzione iniziata a partire dagli anni ’90.

Più in generale, occorre sottolineare le scelte di limitare il contenuto di alcune norme deontologiche al richiamo del “rispetto dell’ordinamento”. Ne è un esempio l’articolo 44 sulla procreazione medicalmente assistita, che prevedeva la disciplina di un numero maggiore di principi, limiti e doveri rispetto a quelli ricavabili dall’attuale formulazione. Un’eccessiva “giuridicizzazione” della deontologia, sia nei termini utilizzati sia nel rischio di “appiattimento” alla norma giuridica, porta con sé una, almeno implicita, rinuncia della categoria professionale di porsi in dialogo con il diritto, razionalizzando la propria riflessione deontologica in doveri e principi ulteriori che, come visto, possono invece offrire un’attivazione e integrazione nel concreto della tutela di principi costituzionali.

Il secondo ordine di rilievi critici riguarda il procedimento disciplinare.

Contrariamente alle evoluzioni sul piano sostanziale della rilevanza dei contenuti del CDM, la normativa riguardante lo strumento chiamato a garantirne l’effettività è rimasta, infatti, ancorata al modello definito negli anni ’50. Le lacune più significative riguardano le garanzie per il medico incolpato. Benché la “legge Lorenzin” abbia precisato, per la prima volta e solo nel 2018, alcuni criteri per la graduazione delle sanzioni disciplinari<sup>64</sup>, la regolamentazione risulta lontana da una compiuta attuazione dei principi costituzionali. Rilevano, in particolare, la mancanza di regole precise con riferimento alla motivazione delle decisioni di primo grado e al relativo deposito, alla trasparenza del procedimento disciplinare, alla chiarezza riguardo all’interpretazione e alla rilevanza che le commissioni disciplinari potrebbero conferire a determinate norme del CDM, quindi all’ampiezza e alla portata concreta dei doveri deontologici, nonché la conoscibilità stessa delle decisioni disciplinari all’esterno

<sup>62</sup> Sull’art. 38 si vedano, ad esempio, i contributi di F. GIARDINA e di D. MAZZON e A. GIANNINI nel citato *Forum*.

<sup>63</sup> Cfr., ad esempio, F. GIARDINA nel medesimo *Forum*.

<sup>64</sup> Legge n. 3/2018, art. 4.3. lett. I).

dell'ordine di riferimento. Profili di illegittimità sono inoltre legati alla mancanza di pubblicità delle udienze disciplinari, contrariamente a quanto previsto sul piano costituzionale, alle scelte adottate da altri ordinamenti europei<sup>65</sup> e dalle decisioni in materia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>66</sup>. Il terzo rilievo critico attiene invece alla tutela del pluralismo interno alla categoria professionale. Va innanzitutto sottolineato come, nonostante la rilevanza "esterna" del CDM, le norme deontologiche siano espressione della riflessione di un'unica categoria professionale e trovino quindi nel principio democratico un limite sia sostanziale sia formale. Almeno sul piano interno, risulta pertanto fondamentale che l'elaborazione del CDM riesca a coinvolgere concretamente tutti gli iscritti, secondo metodi democratici in grado di garantire un'ampia adesione<sup>67</sup>, tutelando al tempo stesso le minoranze. È inoltre auspicabile che i processi di riforma del CDM riescano a prevedere forme di confronto interdisciplinare, che coinvolgano esponenti della comunità sociale e di altre figure professionali rilevanti negli ambiti disciplinati dal codice. Su entrambi questi profili il modello italiano risulta invece ancora carente.

Le difficoltà nel garantire in maniera ragionevolmente adeguata il pluralismo valoriale interno alla categoria professionale possono emergere però anche – e con conseguenze potenzialmente più rilevanti – dagli stessi contenuti delle norme deontologiche e dalla loro attuazione.

Né è un esempio il dibattito sul suicidio medicalmente assistito alla luce dell'apertura della Corte costituzionale alla non punibilità, a determinate condizioni, di tale assistenza.

Benché dopo il riconoscimento della tutela della coscienza del medico nella sentenza della Corte costituzionale<sup>68</sup>, la posizione della categoria si sia leggermente mitigata<sup>69</sup>, rimane nel CDM il divieto di «effettuare [o] favorire atti finalizzati a provocarne la morte» di cui all'art. 17. Come noto, il parere della Consulta deontologica nazionale della FNOMCeO<sup>70</sup> del 14 marzo 2019, inviato al Comitato Nazionale per la Bioetica e ripreso in occasione dell'audizione presso la Camera dei Deputati del 30 maggio 2019<sup>71</sup> prevedeva che «ove il legislatore ritenga di modificare l'art. 580 c.p. e, quindi, di non ritenere più sussistente la punibilità del medico che agevoli "in qualsiasi modo l'esecuzione" del suicidio, restano valide e applicabili le regole deontologiche attualmente previste nel Codice».

<sup>65</sup> Proprio alla luce delle decisioni della Corte EDU, l'ordinamento francese ha, ad esempio, previsto la pubblicità delle udienze dei procedimenti disciplinari. Cfr., tra gli altri, E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, Bordeaux, 2003; L. BERTIN, *Réforme de l'Ordre de Médecins. Mise en place de la nouvelle juridiction disciplinaire*, in *Médecine et Droit*, 89, 2007, 173-181.

<sup>66</sup> La disciplina italiana è, ad esempio, contraria ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte EDU nelle decisioni *Diennet c. France*, del 26 settembre 1995, req.18160/9; *Gautrin et autres c. France*, del 20 maggio 1998, Req. N. 21257/93 à 21260/93; *Albert e Le Compte v. Belgium*, Application n. 7299/75;7496/76; *Le Compte, Van Lauten and De Meyere v. Belgium*, Application n. 6878/75; 7238/75.

<sup>67</sup> Si vedano, invece, le contestazioni di alcuni Ordini provinciali rispetto all'adozione del CDM del 2014.

<sup>68</sup> Corte cost., sentenza n. 242 del 2019, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude, in presenza di determinate condizioni, la punibilità di chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi: <https://bit.ly/359qmWG> (ultimo accesso 6/12/19).

<sup>69</sup> "Sentenza suicidio assistito. Gli Ordini dei medici pronti a valutare modifiche al Codice Deontologico" su QS del 23 novembre 2019: <https://bit.ly/2YEmURq> (ultimo accesso 6/12/19).

<sup>70</sup> FNOMCeO, Protocollo N. 4979/2019 del 22-03-2019. <https://bit.ly/2UoBMBf> (ultimo accesso 29/07/19).

<sup>71</sup> FNOMCeO, Audizione presso le Commissioni Riunite Giustizia e Affari Sociali della Camera dei Deputati del 30 maggio 2019. <https://bit.ly/2ZB5Aj7> (ultimo accesso 29/07/19).

Un codice deontologico che mantenga un divieto assoluto di aiuto al suicidio si pone innanzitutto in contrasto con i principi costituzionali, così come definiti dalla Corte costituzionale, cui anche la fonte deontologica è subordinata. È infatti l'assolutezza del divieto che, secondo la Corte, finisce per «limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita»<sup>72</sup>. La chiusura del CDM al suicidio assistito risulta, inoltre, contraria al principio pluralista e, quindi, alla tutela della pluralità di posizioni espresse anche all'interno della categoria medica.

In materia di aiuto medico al morire, la deontologia perde così un'occasione per porsi come credibile fonte di tutela dei diversi diritti in gioco, attivando gli strumenti e le caratteristiche proprie della sua disciplina, che in altri ambiti le hanno invece permesso, come visto, di essere “motore” di principi costituzionali.

Scegliendo una posizione di chiusura, la deontologia rinuncia quindi a dialogare con il diritto e a integrare il quadro giuridico con principi ritenuti essenziali sul piano deontologico, come fatto, invece, da altre categorie professionali in Europa. L'ordine dei medici belga, ad esempio, a fronte dell'emanazione della legge sull'eutanasia nel 2002, pur sottolineando le difficoltà per la classe medica, ha pubblicato un parere<sup>73</sup> nel quale ha ribadito che, qualora una legge intervenga nel rispetto del principio democratico e della coscienza del medico su un determinato ambito, l'ordine non possa né ignorarla né contraddirla. La categoria professionale ha poi adottato, negli anni, diversi pareri per prendere posizione dal punto di vista deontologico su varie questioni sensibili nell'ambito disciplinato dalla legge. È quindi auspicabile che anche il CDM italiano non perda questa occasione di confronto con il diritto, soprattutto in previsione dell'intervento legislativo sollecitato dalla stessa Corte costituzionale, in una logica di reciproca integrazione, perfezionamento e collaborazione tra le due dimensioni normative nell'attuazione di valori di primario rilievo costituzionale.

## 5. Quale valore giuridico per una deontologia “costituzionalmente orientata”? Le questioni ancora aperte

L'analisi fin qui condotta ha permesso di individuare, nonostante alcuni profili di significativa criticità, una dimensione deontologica in tendenziale sintonia con i principi costituzionali e capace di attivare sul piano concreto, con una normativa più flessibile e ulteriori doveri etico-professionali, la tutela di diritti fondamentali.

Qual è però l'effettività di tali norme? E che valore assumono nel sistema delle fonti del diritto e, quindi, nel complessivo ordinamento costituzionale italiano?

Si tratta di domande che nel contesto italiano non trovano ancora una risposta univoca e un adeguato livello di certezza.

Sul piano sostanziale, il ruolo di “motore” della Costituzione ha aumentato l'attenzione del diritto e, in particolare, della giurisprudenza alle norme deontologiche, che hanno così acquisito crescente ri-

<sup>72</sup> Corte cost., sentenza n. 242 del 2019, p.to 2.3 del Considerato in diritto.

<sup>73</sup> Ordre de médecins, *Avis relatif aux soins palliatifs, à l'euthanasie et à d'autres décisions médicales concernant la fin de vie*, 22/03/2003. <https://bit.ly/2LfRjql> (ultimo accesso 29/07/19).

levanza giuridica. Ciò nonostante, sul piano formale, il CDM rimane un regolamento interno alla categoria professionale, la cui natura e posizione tra le fonti del diritto sono ancora controverse.

Da un lato, infatti, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione ha segnato il passaggio dalla considerazione delle norme deontologiche come principi «extra-giuridici ovvero regole interne alle categorie e non già [...] atti normativi»<sup>74</sup> alla loro definizione come «norme giuridiche vincolanti nell'ambito dell'ordinamento di categoria»<sup>75</sup>, fino all'enunciazione nel 2007 del principio di diritto in base al quale esse sono «fonti normative integrative di precetto legislativo [...] interpretabili direttamente dalla corte di legittimità»<sup>76</sup>. Dall'altro lato, tale orientamento non è uniforme e la stessa Corte ha negato, ad esempio nel 2013, il «carattere normativo» del codice deontologico<sup>77</sup>.

Manca quindi nell'ordinamento italiano un'adeguata definizione del ruolo e della natura del CDM, che, similmente a quanto avviene in altri ordinamenti, permetta un maggiore livello di certezza, almeno per la ricostruzione del quadro giuridico di riferimento, nonostante le difficoltà che la fonte deontologica, per sua stessa natura, solleva nel rapporto con il diritto<sup>78</sup>.

Le richiamate criticità in materia di procedimento disciplinare e tutela del pluralismo, unitamente a una scarsa conoscenza del CDM, sia all'interno che all'esterno della categoria professionale, non permettono, inoltre, alla fonte deontologica di raggiungere il necessario livello di credibilità, trasparenza ed effettività per porsi in maniera stabile come guida concreta dell'agire medico in attuazione dei principi costituzionali. Si tratta di profili che dovrebbero invece caratterizzare sia la fase di elaborazione sia quella di attuazione del CDM, incluse le reazioni della categoria alla violazione delle norme deontologiche.

Lo stretto legame, consolidatosi nel tempo, tra tutela dei diritti fondamentali, credibilità, dignità e scopi autentici della professione rende non più attuabile, e nemmeno ipotizzabile sul piano teorico, un CDM in contrasto con i diritti della persona assistita o non adeguatamente sensibile alle nuove esigenze di tutela. Potersi porre come «motore» di principi costituzionali è quindi condizione e obiet-

<sup>74</sup> Cass. Sez. III civ. 10 febbraio 2003, n. 1951. Cfr. inoltre Cass. Sez. un. 10 luglio 2003, n. 10842.

<sup>75</sup> Si tratta della sentenza n. 8225 del 6 giugno 2002, con la quale la Corte precisa altresì che le norme deontologiche costituiscono specificazione delle clausole generali contenute nella legge professionale (similmente a quanto affermato del 2004 e, in particolare, nella sentenza della Sezione Unite del 23 marzo 2004, n. 5776 e nella sentenza della III sezione civile, la n.13078 del 14 luglio). Cfr., ad esempio, R. DANOVÌ, *Sulla giuridicità delle regole deontologiche*, in *Previdenza forense*, 2008, 116.

<sup>76</sup> Le Sezioni Unite hanno pronunciato tale principio di diritto con riferimento al codice deontologico forense. Considerate le similitudini tra i due modelli, il principio è da ritenersi applicabile anche al CDM: «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» (Cass. civ. Sez. Unite, 20-12-2007, n. 26810). Cfr., inoltre, la sentenza n. 16145 del 2008, in materia di codice deontologico dei giornalisti.

<sup>77</sup> Cass. civ. Sez. Unite, sentenza 25 giugno 2013, n. 15873. Anche in questo caso si trattava del codice deontologico forense. La sentenza è citata anche dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 180 del 2018 in materia di astensione degli avvocati nei processi con detenuti. Cfr. inoltre Cass., Sez. III, 29 settembre 2015, n. 19246.

<sup>78</sup> Per ulteriori dettagli, in prospettiva comparata, sulle procedure di codificazione deontologica in diversi ordinamenti europei e sulle relative problematiche si consenta il riferimento a E. PULICE, *La deontologia come fonte del diritto. La codificazione dell'etica medica in Francia, Germania e Italia*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2017.

tivo irrinunciabile per ogni CDM che voglia essere concreto intermediario tra attività medica e diritto, anche, e soprattutto, nella sua dimensione costituzionale.

Le richiamate incoerenze e lacune pongono però tale significativo “motore” della Costituzione in un modello che rischia di limitarne, se non addirittura vanificarne, il ruolo e che deve quindi essere ripensato nelle sue linee essenziali al fine di creare un contesto nel quale poter compiutamente concretizzare e valorizzare tali potenzialità.

*Special Issue*





## La dottrina come “motore” del biodiritto

Giovanni Pascuzzi\*

SCHOLARS AS ENGINES OF BIOLAW

ABSTRACT: After having recalled the different forms of legal innovation and the function that the doctrine plays in fostering such innovation, the essay will focus on the emergence, in Italy, of the “biodiritto” label, on its ordering function as a category and on the role of doctrine as an engine of its evolution.

KEYWORDS: Biolaw, scholars, doctrine, legal innovation, legal taxonomies

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le forme dell’innovazione giuridica – 3. La dottrina come ispiratrice dell’innovazione giuridica – 4 La creazione di nuove etichette/categorie/discipline – 5. La categoria biodiritto – 6. La dottrina come motore del biodiritto

### 1. Introduzione

Una riflessione sulla dottrina come “motore” del biodiritto poggia su tre premesse implicite:

- a) esiste un oggetto (parola; etichetta; campo; disciplina; ambito problematico): il biodiritto;

- b) il biodiritto è stato ed è in continuo movimento/evoluzione/mutamento: a questo scenario rinvia, infatti, l’immagine del “motore”. Lo scenario proprio dell’innovazione giuridica;

- c) la dottrina ha un ruolo non secondario nella evoluzione del biodiritto.

Dopo aver ricordato in generale le diverse forme dell’innovazione giuridica e la funzione che la dottrina svolge nel propiziare tale innovazione, ci si concentrerà sulla emersione, in Italia, della etichetta biodiritto, sulla sua funzione ordinante come categoria e sul ruolo della dottrina come motore della sua evoluzione.

### 2. Le forme dell’innovazione giuridica

L’innovazione giuridica si sostanzia in una pluralità di fenomeni aventi variegata origine. Di seguito un breve inventario<sup>1</sup>.

- a) Nuovi approcci alla riflessione giuridica. I manuali di filosofia del diritto spiegano agli studenti del primo anno che sono esistite ed esistono diverse concezioni del diritto. Limitandoci a fare un piccolo elenco di approcci succedutisi sulla scena nel corso dei secoli, possiamo ricordare: il giusnaturalismo, l’imperativismo, il positivismo giuridico, il realismo giuridico (con le diverse varianti rappresentate dal

\* Professore ordinario di Diritto privato comparato, Università degli studi di Trento. Mail: [giovanni.pascuzzi@unitn.it](mailto:giovanni.pascuzzi@unitn.it). Contributo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Per approfondimenti si rinvia a G. PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell’innovazione giuridica*, II ed., Bologna, 2018.

realismo giuridico in senso stretto, dalla giurisprudenza sociologica, dall'istituzionalismo, dalla teoria del rapporto giuridico), il normativismo<sup>2</sup>. Alle diverse concezioni del diritto, storicamente hanno fatto riscontro anche diverse metodologie per il suo studio. Esistono poi le evoluzioni più recenti: l'analisi del linguaggio; la nuova retorica; l'analisi economica del diritto; i *critical legal studies* e così via. Ogni volta che sulla scena si affaccia un nuovo approccio alla costruzione della riflessione giuridica siamo di fronte ad una innovazione.

b) Evoluzione di concetti e istituti. Il cambiamento giuridico può identificarsi con l'evoluzione del contenuto di istituti tradizionali. Un esempio paradigmatico è rappresentato dal diritto di proprietà<sup>3</sup>. Il concetto di proprietà in diritto romano è diverso da quello del diritto medievale ed è mutato ancora nel diritto ottocentesco (quando era considerato un diritto sacro e inviolabile) e poi nelle Costituzioni contemporanee (quella italiana lo ancora alla «funzione sociale»)<sup>4</sup>. Un altro esempio è costituito dal concetto di adozione: all'inizio la sua funzione era assicurare una discendenza a chi non l'aveva<sup>5</sup>; oggi è dare una famiglia ad un bimbo che ne è sprovvisto<sup>6</sup>.

c) Nascita di una nuova area del diritto. Si ha innovazione giuridica anche quando nascono nuove aree/branche del diritto. Ciò avviene in ragione dell'evoluzione/differenziazione/ampliamento di branche già esistenti (storicamente il diritto della responsabilità civile è nato differenziandosi per contenuti e funzioni dal diritto penale) ovvero perché nuove regolamentazioni si rendono necessarie per far fronte ai nuovi problemi posti dalla società. Nell'ultimo cinquantennio l'esempio più significativo di innovazione è rappresentato dal diritto comunitario. La globalizzazione degli scambi ha comportato la necessità di disciplinare le attività economiche transnazionali. È emerso così il «diritto del commercio internazionale». Accanto a quelli appena menzionati possono formularsi anche molti altri esempi. Negli ultimi decenni, infatti, sono nati: il diritto ambientale, il diritto dell'energia, il diritto antitrust, il diritto alimentare e così via.

d) Nascita di nuovi istituti e concetti. Un'altra delle modalità nelle quali si sostanzia l'innovazione giuridica è la nascita, all'interno delle partizioni vecchie e nuove del diritto, di nuovi istituti e nuovi concetti. Esiste una molteplicità di fonti di tali innovazioni. Esse, infatti, possono derivare:

- dalle scelte del legislatore comunitario e nazionale (nuove leggi). Come esempi si possono citare: le unioni civili<sup>7</sup>, le disposizioni anticipate di trattamento<sup>8</sup>, l'amministrazione di sostegno<sup>9</sup>;
- dall'elaborazione giurisprudenziale. Molti principi del diritto amministrativo sono di creazione pretoria. La giurisprudenza ha inventato (oltre a categorie come quella degli interessi diffusi) l'obbligo di motivazione e dettato alcune regole base da seguire nei procedimenti. Alle spalle della giurisprudenza c'è l'elaborazione dottrinale. Poi queste innovazioni sono state codificate (legge sul procedimento, legge sul processo amministrativo). Nel lessico giuridico non è raro imbattersi

<sup>2</sup> M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1988.

<sup>3</sup> S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990.

<sup>4</sup> M. COMPARTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2008, 189.

<sup>5</sup> Così C. RUPERTO, *Adozione (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958.

<sup>6</sup> M. DOGLIOTTI, *Affidamento e adozione*, Milano, 1990, 6.

<sup>7</sup> Legge 20 maggio 2016 n. 76.

<sup>8</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219.

<sup>9</sup> L. 9 gennaio 2004 n. 6.

- in espressioni come «diritto giurisprudenziale»<sup>10</sup> o «diritto vivente»<sup>11</sup>. Tali espressioni costituiscono, sia pure da prospettive diverse, la spia del riconoscimento di un ruolo fondamentale dei giudici (anche costituzionali) nell'evoluzione del diritto. Tra gli esempi di innovazione giuridica dovuta all'opera delle Corti si possono ricordare la presupposizione<sup>12</sup> e il diritto all'oblio<sup>13</sup>;
- dalle esigenze della prassi. L'innovazione può anche derivare dalle pratiche seguite dai consociati e che poi vengono validate dalla giurisprudenza o anche dal legislatore. L'esempio principe di un nucleo di regole nato dalle prassi seguite dei privati è la nascita del diritto commerciale<sup>14</sup>. La fantasia che gli operatori mostrano quotidianamente nel concepire nuovi strumenti (o nuovi contenuti di strumenti tradizionali) è davvero degna di nota. È probabilmente uno dei segni più evidenti della creatività del giurista. Altri esempi sono costituiti dall'arbitrato irrituale<sup>15</sup>, dalla lettera di *patronage*<sup>16</sup>, dal contratto di sponsorizzazione<sup>17</sup>, e così via;
  - dai suggerimenti dottrinali. Nuovi istituti e nuovi concetti nascono grazie al lavoro incessante della dottrina. Se ne parlerà nel prossimo paragrafo.

### 3. La dottrina come ispiratrice dell'innovazione giuridica

Spesso ci si chiede se la dottrina possa essere considerata fonte del diritto (e, quindi, fonte diretta del mutamento giuridico)<sup>18</sup>. Di certo il lavoro sapiente del dottrinario spesso fa da battistrada all'innovazione legislativa e giurisprudenziale.

Gino Giugni è stato indicato come il padre dello Statuto dai lavoratori e in un suo libro l'insigne Maestro ha narrato quella vicenda<sup>19</sup>. L'evoluzione che, nel corso degli oltre settant'anni di vita, ha avuto la nozione di «danno ingiusto» contenuta nell'articolo 2043 del Codice civile è stata alimentata dalle diverse letture che la dottrina ha suggerito di quell'inciso<sup>20</sup>. C'è sempre stato un dialogo tra giuristi e legislatori<sup>21</sup>. Un tempo le facoltà di Giurisprudenza esprimevano un parere sulle proposte di nuovi codici<sup>22</sup>; e

<sup>10</sup> G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente»*. *Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia del diritto*, 3, 2008, 47.

<sup>11</sup> L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Digesto civile*, VI, Torino, 1990, 445; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1986, 1148.

<sup>12</sup> E. PEREGO, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1983, 735.

<sup>13</sup> Cass. 9 aprile 1998 n. 3679, in *Foro italiano*, 1998, I, 1834. Vedi ora l'art. 17 del Regolamento (UE) 2016/679 (regolamento generale sulla protezione dei dati).

<sup>14</sup> N. BOBBIO, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1969, ora in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 214.

<sup>15</sup> M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002.

<sup>16</sup> N. COREA, *Le lettere di patronage: natura giuridica, effetti e responsabilità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 642.

<sup>17</sup> Cass. civ., sez. III, 29 maggio 2006, n. 12801, in *Responsabilità civile*, 2007, 554.

<sup>18</sup> R. SACCO, *Dottrina (fonte del diritto)*, in *Digesto civile*, VII, Torino, 1991, 214.

<sup>19</sup> G. GIUGNI, *La memoria di un riformista*, Bologna, 2007, 77 ss.

<sup>20</sup> G. VISINTINI, *Itinerario dottrinale sulla ingiustizia del danno*, in *Contratto e impresa*, 1987, 73.

<sup>21</sup> C.A. CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, 993.

<sup>22</sup> P. CALAMANDREI, *Parere della facoltà di giurisprudenza a S.E. il ministro della giustizia sul progetto preliminare del codice di procedura civile*, Firenze, 1937.

ancora oggi la redazione di importanti atti normativi è affidata a commissioni formate da accademici. Senza contare il fatto che sovente alcuni insigni giuristi (Luigi Mengoni, Guido Neppi Modona, Sabino Cassese<sup>23</sup>, Paolo Grossi<sup>24</sup> e così via) sono stati nominati giudici costituzionali: questa è un'altra via utile a favorire il travaso del distillato della riflessione giuridica nella trama ordinamentale.

La dottrina adempie alla propria funzione quando delinea traiettorie in grado di far evolvere la stessa scienza del diritto. Non di rado i giuristi vengono esplicitamente riconosciuti come gli inventori di determinati istituti o concetti.

Hans Kelsen, ad esempio, viene considerato l'inventore delle Corti costituzionali<sup>25</sup>. A Rudolf von Jhering si deve il conio dell'espressione «interesse (contrattuale) negativo» (*negatives Vertragsinteresse*)<sup>26</sup>.

#### 4. La creazione di nuove etichette/categorie/discipline

Il pensiero è l'attività mentale che ci consente di elaborare concetti. Questi ultimi, pertanto, sono dei pensieri astratti costruiti dalla mente che vengono "etichettati" attraverso dei nomi.

Ad esempio: la parola "tavolo" contraddistingue il concetto di "tavolo"; la parola "madre" individua il concetto di "madre" (concetto molto ampio perché ricomprende varie situazioni concrete: la madre biologica, la madre adottiva, la madre in affitto e così via). Pronunciando una parola, evochiamo un concetto.

La distinzione tra ciò che consideriamo "sedia" e ciò che non lo è ("non sedia") è frutto di una operazione mentale che compiamo in maniera quasi automatica: l'operazione di classificazione.

Classificare gli elementi, le cose, i concetti, le situazioni significa selezionarli e suddividerli in categorie tenendo conto delle loro caratteristiche comuni e delle loro differenze<sup>27</sup>.

Nel corso dei millenni l'uomo ha accumulato una mole enorme di conoscenze nei campi più disparati. Ben presto, il problema è diventato quello di strutturare e organizzare la conoscenza anche al fine di usarla a fini predittivi. Per far questo si ricorre a classificazioni, categorie, tassonomie, schemi mentali e simili.

<sup>23</sup> S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015.

<sup>24</sup> P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, 2008.

<sup>25</sup> H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Revue du droit public*, 1928, 197-257.

<sup>26</sup> R. JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, 4, 1861.

<sup>27</sup> Per approfondimenti sul rapporto tra classificazione e comparazione giuridica, v. G. PASCUIZZI, *Conoscere comparando: tra tassonomie ed errori cognitivi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2017, 1179 ss.

Quanto appena detto in chiave generale sul modo con il quale organizziamo la conoscenza, vale ancor di più in ambito giuridico. Il diritto, infatti, ricorre per definizione a concetti<sup>28</sup>, classificazioni<sup>29</sup>, categorie<sup>30</sup> e tassonomie<sup>31</sup>.

Si pensi alla distinzione tra «diritto pubblico» e «diritto privato» ovvero a quella tra «diritto soggettivo», «interesse legittimo» e «interesse di mero fatto».

Dal canto suo il legislatore, ad ogni piè sospinto, “inventa” nuove categorie cui possono corrispondere nuovi istituti. Di seguito un piccolo elenco di creazioni legislative recentissime: il contratto a tutele crescenti<sup>32</sup>; il pegno non possessorio<sup>33</sup>; le società benefit<sup>34</sup>.

Attraverso la creazione di categorie, il diritto inquadra e disciplina i fenomeni sociali che pongono problemi da risolvere.

## 5. La categoria biodiritto

In Italia, la parola (ovvero «l’etichetta») biodiritto è entrata da poco tempo nei discorsi del diritto e sul diritto soprattutto per merito della dottrina.

Nella legislazione italiana vigente essa appare pochissime volte e sempre in relazione a faccende universitarie: o in materia di determinazione dei settori scientifico-disciplinari<sup>35</sup>, ovvero in materia di bandi FIRB<sup>36</sup>.

Neanche la giurisprudenza italiana è solito usarla. A ben vedere, facendo una ricerca testuale su diverse banche dati, la parola non appare mai. Certamente non nelle pronunce della Corte costituzionale e delle Corti di legittimità civile e penale. Ovviamente si fa riferimento ai referenti della parola in

<sup>28</sup> E. PATTARO, *Introduzione ai concetti giuridici*, Bologna [s.n.], 1978; A. PINTORE, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli, 1990.

<sup>29</sup> E. MOSTACCI, *Schemi di classificazione e comparazione giuridica: un regno immenso e anonimo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, 1149.

<sup>30</sup> R. TISCINI, *Le categorie del processo civile*, Bologna, 2017; E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 2014, 11.

<sup>31</sup> G. RESTA, *Le tassonomie e la precomprensione del comparatista*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, 1197.

<sup>32</sup> L. 10 dicembre 2014, n. 183, art. 7, comma 1, lett. c.

<sup>33</sup> Articolo 1 del d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni dalla l. 30 giugno 2016, n. 119.

<sup>34</sup> L. 28 dicembre 2015 n. 208, “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)”, art. 1 commi 376-384.

<sup>35</sup> Cfr. D.M. 30 ottobre 2015, n. 855, Allegato B, “Rideterminazione dei macrosettori e dei settori concorsuali”; D.M. 12 giugno 2012, n. 159, Allegato B, “Declaratorie dei settori concorsuali. Rideterminazione dei settori concorsuali, ai sensi dell'articolo 5 del decreto 29 luglio 2011”; D.M. 29 luglio 2011, Allegato B, “Declaratorie dei settori concorsuali. Determinazione dei settori concorsuali, raggruppati in macrosettori concorsuali, di cui all'articolo 15, legge 30 dicembre 2010, n. 240”; D.M. 18 marzo 2005, 1, “Modificazioni agli allegati B e D al D.M. 4 ottobre 2000, concernente rideterminazione e aggiornamento dei settori scientifico-disciplinari e definizione delle relative declaratorie”; D.M. 4 ottobre 2000, Allegato B – Area 12, “Rideterminazione e aggiornamento dei settori scientifico-disciplinari e definizione delle relative declaratorie, ai sensi dell'art. 2 del D.M. 23 dicembre 1999”.

<sup>36</sup> D. Dirett. 01/12/2006, 3. Formulazione delle proposte, loro requisiti parametri di valutazione. Bando FIRB per la presentazione di progetti nei settori della bioetica e delle scienze umane, secondo le procedure di cui all'articolo 6 del D.M. 26 marzo 2004.

questione: la giurisprudenza, infatti, si è occupata dei temi che solitamente vengono ricondotti a questa etichetta (analogo discorso vale per il formante normativo prima analizzato)<sup>37</sup>.

Copioso è invece il ricorso al termine biodiritto nella letteratura. Nei titoli dei libri esso appare, per la prima volta, sul finire del secolo scorso, spesso legato alla bioetica o come necessaria evoluzione di quest'ultima<sup>38</sup>. Con il nuovo millennio le monografie e le raccolte di saggi in volume si sono moltiplicate<sup>39</sup>.

Nel 2010 è iniziata la pubblicazione del Trattato di biodiritto diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti edito da Giuffrè. Finora è composta da 6 volumi<sup>40</sup>.

Nel 2014 ha iniziato le pubblicazioni la Rivista di Biodiritto (*BioLaw Journal*), diretta da Carlo Casonato (nel Comitato di direzione figurano anche Roberto Bin e Antonio D'Aloia). È una rivista giuridica quadrimestrale *online* che tratta delle tematiche relative ai rapporti tra diritto e scienze della vita in prospettiva comparata<sup>41</sup>.

Decine sono gli articoli apparsi su riviste che si occupano del tema<sup>42</sup>.

Alla luce di quanto detto si può affermare che l'origine della etichetta biodiritto è certamente dottrinale<sup>43</sup>. Prima ancora che motore, quindi, la dottrina è stata fonte di questo termine.

<sup>37</sup> 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; S. AGOSTA, *Tra dimensione fattuale e suggestioni sopranazionali: il giudice al cospetto del biodiritto*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2014; S. PERON, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di biodiritto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 777.

<sup>38</sup> C. M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998; S. CASTIGNONE, *Nuovi diritti e nuovi soggetti. Appunti di bioetica e biodiritto*, Genova, 1996; M. BARNI, *Diritti, doveri, responsabilità del medico. Dalla bioetica al biodiritto*, Milano, 1999.

<sup>39</sup> C. CASONATO, C. PICIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, 2006; A. GORASSINI, *Lezioni di biodiritto*, Torino, 2007; G. DI ROSA, *Biodiritto. Itinerari di ricerca*, Torino, 2009; F. LUCREZI, F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita. Biodiritto, bioetica, biopolitica*, Catanzaro, 2010; C. SARTEA, *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, Torino, 2012; F. FRENI, *La laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*, Milano, 2012; G. ACOCELLA, *Prolegomeni al biodiritto*, Roma, 2012; G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Assago, 2012; G. DI ROSA, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013; A. MACCARO, M. MILITERNI, *Famiglia contemporanea tra biodiritto e bioetica. Interstizi tra prospettive laiche e cristianità*, Napoli, 2016; C. FARALLI (a cura di), *Bioetica e biodiritto*, Torino, 2018.

<sup>40</sup> Se ne riportano di seguito i titoli (tra parentesi i curatori e l'anno di uscita): *Ambito e fonti del biodiritto* (a cura di S. RODOTÀ e M. C. TALLACCHINI, 2010); *Salute e sanità* (a cura di R. FERRARA, 2010); *Il governo del corpo* (a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, 2011); *I diritti in medicina* (a cura di L. LENTI, E. PALERMO, P. ZATTI, 2011); *Le responsabilità in medicina* (a cura di A. BELVEDERE, S. RIONDATO, 2011); *La questione animale* (a cura di S. CASTIGNONE, L. LOMBARDI VALLAURI, 2012).

<sup>41</sup> <http://www.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw>.

<sup>42</sup> Vedi senza alcuna pretesa di esaustività: F. CORTESE, S. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4, 2015; G. CRICENTI, *La dignità nel biodiritto*, in *Nuova giurisprudenza civile*, II, 2012, 95; M. ROBLES, *Alla ricerca dell'identità "perduta": la filiazione naturale tra (gen)etica e (bio)diritto*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2012, 187; C. CASONATO, T.E. FROSINI, T. GROPPI, *Introduzione. L'atipicità del panorama italiano in tema di biodiritto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2007, 1650; H. CORRADINI, D. BROUSSARD, *Biodiritto e biotech. Il principio di precauzione, il problema della brevettabilità e i giuristi imperdonabili*, in *Materiali storia cultura giuridica*, 2003, 197; S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto?*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1990, 863.

<sup>43</sup> Qualche autore usa anche il termine biogiuridica: ad esempio, F. D'AGOSTINO (a cura di), *Biogiuridica cattolica*, Roma, 2014; L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002; S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, 73.

Secondo le tassonomie approfondite in precedenza, ci si può chiedere se il biodiritto possa essere considerato una disciplina, ovvero una nuova partizione del diritto.

Come si è detto, le nuove partizioni del diritto nascono in risposta all’emergere di nuove istanze di tutela rivenienti dalla società. Non è raro, però, trovare articoli di dottrina che approfondiscono la configurabilità sul piano scientifico dell’autonomia di una specifica branca (specie quando essa è un sottoinsieme di una partizione più ampia)<sup>44</sup>. Capita, cioè, che l’innovazione sia alimentata anche dalle spinte provenienti dai cultori delle discipline scientifiche. Questo avviene perché le discipline sono fenomeni culturali storicamente collocati e determinati<sup>45</sup>. Ne consegue che le discipline si evolvono e i loro confini mutano, si sovrappongono o si elidono. Le discipline sono sì campi del sapere. Ma esse sono anche gruppi sociali (formati dai cultori della disciplina) che condividono principi, valori, tassonomie, metodologie. I gruppi sociali disciplinari hanno interesse a difendere il proprio sapere. Soprattutto hanno interesse a trasmetterlo e a riprodurlo. Ed anche, o forse, soprattutto, a fissare, ampliare e difendere i confini della disciplina<sup>46</sup>. In precedenza, si è visto che il biodiritto, dal 2000, appare nelle declaratorie dei settori disciplinari.

Ma le parole che Stefano Rodotà e Mariachiara Tallacchini hanno scritto proprio nell’incipit della loro Introduzione al primo volume del già citato Trattato di biodiritto sono molto significative<sup>47</sup>: «*Lo sforzo di far corrispondere alla parola “biodiritto” una specifica disciplina giuridica può determinare, e in parte ha già determinato, distorsioni che offuscano la comprensione e l’analisi dei temi complessi ai quali con quel termine si fa riferimento. Bisogna allora partire dalla premessa che con il termine biodiritto, come già per il termine bioetica, si individua piuttosto un campo di problemi legati alla sua vita e alle sue vicende*».

Gli autori citati invitano quindi a non edificare intorno alla parola biodiritto una specifica e autonoma disciplina. D’altronde, al biodiritto si sono accostati cultori di varie discipline (specie quelle più “tradizionali”) che si sono interrogati su come alcuni problemi possono essere affrontati e risolti alla luce del quadro concettuale della propria disciplina di riferimento. Così c’è chi si occupa del biodiritto nel diritto costituzionale<sup>48</sup>; chi lo vede dal punto di vista civilistico<sup>49</sup>; chi ne valuta la portata nel diritto penale<sup>50</sup>; e, ancora, chi lo scandaglia da un punto di vista filosofico<sup>51</sup>.

<sup>44</sup> Vedi ad esempio: A. AMATUCCI, *La questione metodologica tra teoriche vecchie e nuove e l’autonomia scientifica del diritto tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, I, 2005, 255; M. SPANU, *L’autonomia scientifica del diritto elettorale*, in *Nuova rassegna*, 1994, 24; S. DE SIMONE, *Sull’autonomia scientifica del diritto scolastico*, in *Rivista giuridica della scuola*, 1983, 3.

<sup>45</sup> Cfr. T.F. GIERYN, *Cultural boundaries of science. Credibility of the line*, Chicago, 1999.

<sup>46</sup> Per approfondimenti sul punto si rinvia a G. PASCUZZI, *Una storia italiana: i settori scientifico-disciplinari*, in *Materiali storia cultura giuridica*, 2012, 91 ss.

<sup>47</sup> S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI, *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, XLIII.

<sup>48</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006.

<sup>49</sup> D. MARINELLI, A. BARRETTA, *Corpi senza volontà. Questioni e spunti dogmatici sul biodiritto civile*, Roma, 2016; L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 719.

<sup>50</sup> S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015; V. VALENTINI, *Biodiritto penale delle invenzioni e laicità europea. Sull’eterno girotondo delle cellule staminali embrionali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, 961.

<sup>51</sup> P. SOMMAGGIO, *Filosofia del biodiritto. Una proposta socratica per società postumane*, Torino, 2016.

Il biodiritto è una categoria che individua un campo di problemi legati alla sua vita e alle sue vicende<sup>52</sup>. Così Canestrari sintetizza le principali aree di indagine<sup>53</sup>: inizio vita (procreazione medicalmente assistita e interruzione di gravidanza)<sup>54</sup>; fine vita (eutanasia, assistenza al suicidio, rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari salvavita)<sup>55</sup>; dimensione genetica (clonazione, identità genetica, terapia genica)<sup>56</sup>; corpo umano e integrità della persona (mutilazioni sessuali, sterilizzazione)<sup>57</sup>; donazioni e trapianti (definizione e accertamento della morte, xenotrapianti)<sup>58</sup>; consenso all'atto medico anche in rapporto alla sperimentazione medica e farmacologica<sup>59</sup>.

## 6. La dottrina come motore del biodiritto

Il biodiritto è una categoria che racchiude (le risposte ad) un insieme di problemi largamente avvertiti nel tessuto sociale e spesso innescati dalla evoluzione scientifica e tecnologica.

Il ruolo della dottrina è quello di individuare i problemi posti dai fenomeni sociali e delineare le possibili soluzioni giuridiche (esistenti o auspicabili) alla luce del complessivo quadro ordinamentale<sup>60</sup>.

Si è già ricordato che la dottrina ha un ruolo fondamentale nel propiziare l'innovazione giuridica nelle sue diverse forme. Non è quindi difficile affermare che essa sia motore anche del biodiritto. Ma in questo caso esistono aspetti particolari che conviene brevemente illustrare.

a) La definizione di problemi vecchi e nuovi. La parola biodiritto, ovvero la sua assunzione a categoria, ha origine dottrinale. Coniandola si è voluta enfatizzare l'esistenza di alcuni problemi che meritano di essere affrontati in maniera specifica. Compito primario della dottrina è proprio quello di definire i problemi: sia quando si tratta di aiutare il legislatore a redigere gli atti regolativi (scrivere regole per risolvere problemi) sia quando ci si trova di fronte a fattispecie concrete che chiedono di essere risolte sulla base del diritto vigente (applicare regole a problemi)<sup>61</sup>.

Nel campo del biodiritto c'è una difficoltà in più che spesso provoca contrapposizioni anche aspre in seno alla dottrina: la possibilità che ci siano punti di vista contrapposti che conducono ad inquadrare

<sup>52</sup> Per una sintesi delle definizioni di biodiritto v. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto* cit., 15.

<sup>53</sup> S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 55.

<sup>54</sup> O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 913; G. GAMBINO, *Desiderare un figlio: linee per una riflessione biogiuridica sul "diritto al figlio" a partire dalla sentenza della corte costituzionale sulla fecondazione eterologa*, in *Archivio giuridico*, 2014, 375.

<sup>55</sup> A. D'ALOIA, *Eutanasia (dir. cost.)* [aggiornamento-2012], in *Digesto pubblico*, Torino, 300.

<sup>56</sup> F. A. INSANGUINE MINGARRO, *Terapia genica. Un'indagine biogiuridica*, Canterano, 2018; C. CASONATO, C. PICIOCCHI, *I dati genetici nel biodiritto*, Assago, 2011.

<sup>57</sup> A. Di Stefano, *Tutela del corpo femminile e diritti riproduttivi: biopotere e biodiritto nella vicenda italiana in tema di diagnosi preimpianto*, in *Comunità internazionale*, 2013, p. 745.

<sup>58</sup> M. BARNI, *La questione della morte: dalla bioetica, al biodiritto, alla medicina legale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, 1273.

<sup>59</sup> M.G. DI PENTIMA, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento. Commento alla l. n. 219/2017*, Milano, 2018.

<sup>60</sup> Per approfondimenti delle riflessioni esposte nel testo si rinvia a G. PASCUZZI, *Il problem solving nelle professioni legali*, Bologna, 2017.

<sup>61</sup> G. PASCUZZI, *Il problem solving nelle professioni legali*, cit., 84 ss.

e definire i problemi in maniera radicalmente diversa. Si prenda il caso delle dichiarazioni anticipate di trattamento: per taluni il problema è salvaguardare il principio di autodeterminazione delle persone; per altri il problema è rispettare la vita della quale non si può disporre<sup>62</sup>. Analogo discorso può farsi per l'interruzione volontaria della gravidanza: c'è chi ritiene che il problema sia salvaguardare il diritto di scelta delle donne e c'è chi ritiene che sia salvaguardare l'embrione<sup>63</sup>.

b) L'individuazione delle soluzioni. I già citati Rodotà e Tallacchini scrivono<sup>64</sup>: «*Proprio perché la premessa delle scelte individuali e collettive affonda in valori che possono profondamente divergere, e la decisione spesso è affare di coscienza, lo strumento del diritto non sempre è quello più adatto a risolvere i problemi che, anzi, possono essere resi più acuti dall'imposizione legislativa di una sola delle posizioni in campo.*

*Questa dimensione del tutto nuova deve portare con sé una riflessione sulla “misura” del diritto. Lo sterminato campo aperto dalle scienze della vita non deve essere necessariamente tutto affidato alle cure del diritto, eccede le sue possibilità e la sua stessa legittimazione. Il biodiritto, prima di essere una forma della disciplina giuridica, è il risultato di una delimitazione del campo in cui questa può legittimamente operare».*

Per qualificare il diritto il brano appena richiamato ricorre alla parola «strumento»: ovvero un mezzo per raggiungere, evidentemente, una qualche finalità. Siffatto approccio, per nulla isolato, vede nel diritto una tecnologia: un'invenzione dell'uomo che serve a migliorare le condizioni di vita dell'uomo stesso. Il diritto è il mezzo che consente di raggiungere obiettivi ritenuti utili alla società<sup>65</sup>. Nel campo del biodiritto, la dottrina spinge l'innovazione perché è chiamata a dare risposte spesso nuove a problemi vecchi e nuovi. Essa svolge un ruolo creativo<sup>66</sup>.

Ma dell'ampio ventaglio di problemi oggi ricondotti alla nozione di biodiritto, non tutto può essere risolto dal diritto. Ecco, allora, una valenza ulteriore del ruolo di motore dell'innovazione svolto dalla dottrina in questo specifico campo<sup>67</sup>. Se le scelte politiche toccano alla fine al legislatore/regolatore, spetta in ogni caso alla dottrina individuare tutte le possibili soluzioni di un determinato problema e spiegare le conseguenze positive e negative (a seconda dei punti di vista) di ognuna di esse. Il giurista è (o dovrebbe essere) in grado di fornire ausilio esperto su come definire bene i problemi per i quali si pensa che le norme possano fornire soluzione e su come individuare le soluzioni che davvero consentono di risolvere tali problemi. Se la decisione finale spetta a chi ha il potere di emanare le norme (nel rispetto dei principi sulla formazione delle regole), esiste una fase importante precedente a quel momento nella quale i problemi devono essere correttamente rappresentati, le cause che li generano

<sup>62</sup> A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il c.d. biodiritto*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 1.

<sup>63</sup> G. CAPANO, S. PIATTONI, F. RANIOLO e L. VERZICHELLI, *Manuale di scienza politica*, Bologna, 2014, 303.

<sup>64</sup> S. RODOTÀ, M. C. TALLACCHINI, *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da) *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, XLIII-XLIV.

<sup>65</sup> Per approfondimenti v. G. PASCUZZI, *Il problem solving nelle professioni legali*, cit., 73 ss.

<sup>66</sup> G. PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, cit.

<sup>67</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 109 ss., ha enucleato, sotto questo profilo, diversi modelli di biodiritto. Esistono un modello «astensionista» e un modello «interventista». Quest'ultimo può essere distinto in «modelli di intervento sostanzialisti» che puntano a fissare un contenuto preciso per le singole materie individuando principi e regole per la disciplina dei casi specifici e «modelli di intervento proceduralisti», che indicano prevalentemente criteri di carattere procedurale.

specificamente isolate, i reali destinatari delle norme correttamente individuati, le possibili soluzioni alternative efficacemente disegnate anche in maniera originale e creativa, le scelte ipotizzabili puntigliosamente soppesate negli aspetti negativi e in quelli positivi che portano con sé.

c) Le definizioni, i neologismi, le categorie, le ricategorizzazioni. La riflessione sul biodiritto chiama la dottrina a ridefinire concetti tradizionali: ad esempio il concetto di inizio vita<sup>68</sup> e quello di fine vita<sup>69</sup>. Le impone di misurarsi con beni nuovi (es.: il genoma<sup>70</sup>) ovvero con neologismi (si pensi alle biobanche di ricerca<sup>71</sup>).

Un processo mentale fonte di innovazione è anche il procedimento di “ricategorizzazione”. Esso ci consente di modificare la prospettiva con la quale guardiamo una certa situazione. Basti citare un solo esempio: la responsabilità genitoriale<sup>72</sup>. Il d. lgs. 154/2013 ha stabilito che in tutte le disposizioni di legge vigenti, a cominciare dalle norme del Codice civile, la dizione «potestà dei genitori» deve essere sostituita dall’espressione «responsabilità genitoriale». In particolare, la rubrica del titolo IX del Libro I del c.c. recita ora "Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio". Il cambio di prospettiva è evidente: il rapporto genitori-figli si riempie di nuovi contenuti. Il problema è tutelare l’interesse dei figli verso i quali i genitori non hanno potestà ma responsabilità. Prima al rapporto genitori-figli si guardava alla luce della categoria «potestà». Oggi allo stesso rapporto si deve guardare in funzione della categoria «responsabilità». Il mutamento è considerevole. Inutile dire che il cambio di prospettiva appena citato come esempio ha ricadute rilevanti sul tema che ci occupa.

d) I metodi. In particolare: l’approccio interdisciplinare. Nelle pagine precedenti si è detto che la dottrina spesso ha cercato di guardare ai problemi del biodiritto adottando le metodologie proprie della disciplina di appartenenza del ricercatore di volta in volta impegnato: costituzionalista, civilista, penalista, filosofo e così via. C’è stato anche chi si è posto il problema del metodo nel biodiritto<sup>73</sup>. Ma sul piano metodologico il biodiritto ha una peculiarità assorbente. Il biodiritto (che già nella parola collega la scienza giuridica alle scienze della vita) si occupa di temi che difficilmente possono essere anche solo capiti, prima ancora che risolti, se li affronta dal punto di vista di un solo sapere. Una delle ragioni per le quali la dottrina è motore del biodiritto sta nel fatto che quest’ultimo si alimenta dalla riflessione interdisciplinare nella definizione dei problemi e nell’enucleazione delle possibili soluzioni<sup>74</sup>. A ben vedere il biodiritto è uno dei banchi di prova privilegiati per impadronirsi delle *skills* del lavoro interdisciplinare<sup>75</sup>.

<sup>68</sup> P. ZATTI, *Questioni della vita nascente*, in S. CANESTRARI ET AL. (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 1307 ss.

<sup>69</sup> E. LECALDANO, *La questione della morte. Definizioni tra etica e filosofia*, *ivi*, 2025 ss.; D’ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della «fine della vita»*, in *Politica del diritto*, 1998, 601.

<sup>70</sup> C. M. ROMEO CASABONA, *La tutela del genoma humano*, in S. CANESTRARI ET AL. (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 249 ss.

<sup>71</sup> G. PASCUZZI, U. IZZO, M. MACIOTTI (a cura di), *Comparative issues in the governance of research biobanks. Property, privacy, intellectual property and the role of technology*, Heidelberg, 2013.

<sup>72</sup> D. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219”.

<sup>73</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 229 ss.

<sup>74</sup> Non a caso la Rivista di Biodiritto (*BioLaw Journal*), prima ricordata, ha un taglio interdisciplinare e ospita contributi nel campo del diritto, delle scienze della vita e della bioetica.

<sup>75</sup> Sulle *skills* della riflessione interdisciplinare v. G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, III ed., Bologna, 2019, 127 ss.

L’approccio interdisciplinare per risolvere problemi contempla alcuni passaggi specifici<sup>76</sup>:

- identificazione e strutturazione del problema. Occorre considerare lo stato delle conoscenze esistenti nelle diverse discipline rilevanti e tra gli attori della società utili a definire il problema; coglierne gli aspetti rilevanti; definire le domande alle quali le ricerche devono dare risposta; individuare tutti i saperi che devono essere coinvolti;
- analisi del problema. Per prendere in considerazione la rilevante complessità di relazioni esistenti nell’analisi di un problema è necessario comprendere come le diverse prospettive si integrano. Bisogna indagare anche le influenze che ciascun sapere è in grado di esercitare sugli altri saperi;
- capacità di dialogo. Misurarsi con esperti di altri domini non è affatto semplice. Occorre costruire strategie utili alla collaborazione e al dialogo. Il confronto può anche propiziare un mutamento nella percezione della natura del problema e indurre a rivedere gli stessi metodi della ricerca.

e) Le ricadute nella formazione dei giuristi. Un altro elemento che contribuisce a rendere la dottrina motore del biodiritto è rappresentato dall’attivazione in molte sedi universitari di insegnamenti che prendono appunto il nome di “Biodiritto”<sup>77</sup>. Tali insegnamenti fanno parte in prevalenza dei percorsi formativi dei corsi di laurea in Giurisprudenza; ma sono previsti anche in corsi di laurea in filosofia e in biologia. Attraverso questi insegnamenti, di regola molto frequentati, i giuristi in formazione hanno l’occasione di interessarsi a questi temi e quindi a favorire la riflessione e l’evoluzione del biodiritto. Nel quadro dei percorsi di studi, i corsi di Biodiritto hanno due caratteristiche peculiari<sup>78</sup>. Non si strutturano in funzione di una “disciplina” ma muovono dai problemi riconducibili alla categoria<sup>79</sup>. Inoltre, sono per definizione destinati ad insegnare il dialogo tra saperi.

<sup>76</sup> G. HIRSCH HADORN, C., PAHL, G. BAMMER, *Solving problem through transdisciplinary research*, in R. FRODEMAN, J. THOMPSON KLEIN, C. MITCHAM, *The Oxford handbook of interdisciplinarity*, Oxford, 2010, 440 ss.

<sup>77</sup> Un particolare conferma quanto affermato in precedenza nel testo, a proposito della tendenza di ogni singolo ricercatore interessato ad “attrarre” il biodiritto all’interno del quadro concettuale della propria disciplina di riferimento. In uno studio condotto una decina di anni fa, si è avuto modo di constatare che il Biodiritto era “etichettato” come appartenente a settori scientifico-disciplinari diversi nelle diverse sedi. In una sede era considerato come appartenente ad Ius/01 (Diritto privato); in un’altra ad Ius/20 (Filosofia del diritto); in un’altra ancora ad Ius/21 (Diritto costituzionale comparato). È molto probabile che l’etichetta dell’insegnamento fosse legata, appunto, al settore disciplinare di appartenenza del ricercatore. Cfr. G. PASCUZZI, *L’insegnamento del diritto comparato nelle Università italiane* (aggiornamento dei dati: dicembre 2009), *Trento Law and Technology Research Group Research Papers* 1, 63. Il saggio è reperibile a questo indirizzo <http://eprints.biblio.unitn.it/1878/>.

<sup>78</sup> In generale sul metodo di studio del diritto v. R. BIN, *Come si studia il diritto. Una guida pratica per affrontare con successo la facoltà di giurisprudenza*, Bologna, 2006.

<sup>79</sup> In generale, sulla distinzione tra metodo casistico e didattico per problemi v. G. PASCUZZI, *Avvocati formano avvocati*, Bologna, 2015, 116 ss., 137 ss.



## Il biodiritto nello specchio della comparazione

Michele Graziadei, Sabrina Praduroux\*

BIO LAW IN THE MIRROR OF COMPARATIVE LAW

ABSTRACT: Comparative law has become an indispensable tool for legislators and judges who deal with issues related to biolaw. This paper offers a critical reflection on the importance that comparative law has gained with regard to the interpretation of the legislation in force and the drafting of new rules in the field of biolaw, taking into consideration the use of comparative law by the Court of Justice of the European Union, the European Court of Human Rights and the Italian Constitutional Court.

KEYWORDS: Comparative law; biolaw; EU law; ECHR; constitutional courts

SOMMARIO: 1. Diritto comparato e biodiritto: un episodio premonitore – 2. La ricerca di parametri universali e regionali nel campo del biodiritto – 3. Il biodiritto nel diritto dell’Unione europea, e il diritto comparato – 4. La Convenzione europea dei diritti dell’uomo, il biodiritto, e il diritto comparato – 5. Il diritto comparato nel dialogo tra le Corti di vertice europee – 6. Conclusioni

### 1. Diritto comparato e biodiritto: un episodio premonitore

Quale peso ha il ricorso alla comparazione nello sviluppo del biodiritto? Un episodio risalente ad un’altra epoca, ai primi anni successivi all’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, consente di misurare quanto il panorama attuale sia radicalmente diverso da quello ormai alle nostre spalle.

Negli anni del secondo dopoguerra il Tribunale di Piacenza ebbe a decidere una lite civile riguardante il danno derivante dalla trasmissione della sifilide tramite procreazione da parte del padre naturale alla figlia illegittima<sup>1</sup>. Nel 1950, l’affermazione in sede giudiziaria della responsabilità del padre per la malattia della figlia rappresentava una forte novità, se non una decisione del tutto eccentrica. Contro la decisione resa dal Tribunale piacentino si ebbe un coro di commenti dottrinali negativi. La voce controcorrente fu quella di Pietro Rescigno. In un ormai celebre scritto pubblicato sulla *Rivista di diritto civile*, rivolto a difendere la decisione. Rescigno ricordava ai commentatori, influenzati – in modo talvolta inconsapevole (secondo la sua diagnosi) – da suggestioni di diritto naturale, che la sentenza resa dal Tribunale italiano aveva un parallelo in una precedente decisione del *Bundesgerichtshof*. Se-

\* Michele Graziadei: professore ordinario di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di giurisprudenza, Università degli Studi di Torino. Mail: [michele.graziadei@unito.it](mailto:michele.graziadei@unito.it). Sabrina Praduroux: ricercatrice in Diritto privato comparato presso il Dipartimento di giurisprudenza, Università degli Studi di Torino. Mail: [sabrina.praduroux@unito.it](mailto:sabrina.praduroux@unito.it). Il lavoro è il risultato di una analisi congiunta e condivisa degli Autori, i paragrafi 1, 2 e 3 sono da attribuire a Michele Graziadei, i paragrafi 4 e 5 a Sabrina Praduroux. Il paragrafo 6 è da attribuire a entrambi. Gli autori desiderano ringraziare il Prof. Carlo Casonato e la Prof. Valeria Marcenò per i commenti ricevuti su una precedente versione del testo. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Tribunale di Piacenza, 31 luglio 1950, *Foro italiano*, I, 1951, 987.

condo Rescigno vi era qualcosa da imparare guardando altrove: «la diffidenza e lo sfavore per la decisione presa a Piacenza si sarebbero attenuati se durante la polemica gli scrittori si fossero accorti che il tema diventava attuale anche fuori d'Italia»<sup>2</sup>. All'epoca, la stessa nozione di biodiritto, cui è intitolata questa *Rivista*, era ben di là da venire, e la comparazione veniva praticata sporadicamente, da pochi pionieri, come mezzo per approfondire lo studio e la ricerca in campo giuridico.

Da allora, davvero molta acqua è passata sotto i ponti. Oggi nessuno discute di biodiritto ignorando quanto accade sia a livello internazionale, sia nella vita di altri Paesi. Le questioni che sorgono ormai quotidianamente in relazione a temi di biodiritto vengono abitualmente trattate in prospettiva comparata<sup>3</sup>. La regolazione della materia, d'altra parte, non è ormai più da tempo esclusivamente affidata a fonti interne, ma si inserisce in un contesto internazionale e regionale, da cui proviene l'enunciazione di principi, di norme, di linee direttrici, che orientano l'azione dello Stato in questa materia, come pure di altri attori pubblici e privati. Pertanto, quando il legislatore prende la penna, quando il giudice si pronuncia, il confronto con altre esperienze è inevitabile. La giurisprudenza fa talvolta ricorso, soprattutto nei casi più spinosi, a materiali tratti da esperienze giuridiche straniere per prendere posizione sulle questioni di biodiritto, alla ricerca di parametri di decisione che diano concretezza a valori o prescrizioni normative da declinare più puntualmente in relazione al caso controverso<sup>4</sup>. E sulla medesima via si è incamminata ormai da tempo, come si è detto, la dottrina, che prepara il terreno alla soluzione dibattuta in sede legislativa, o giudiziaria, o esplora temi di confine. Il diritto che si sviluppa in questo ambito, d'altra parte, viene discusso e si forma tanto con l'apporto della comunità dei giuristi, quanto grazie ai variegati interventi di una platea internazionale di altri studiosi ed operatori, muniti di competenze scientifiche, o impegnati sul piano della riflessione etica. I dibattiti che coinvolgono l'opinione pubblica si aprono a loro volta a vicende legate alla vita internazionale, ed è talvolta sull'onda di tali vicende che si impongono temi destinati poi ad attrarre l'attenzione del Parlamento e del sistema giudiziario.

In questo contesto, stendere un bilancio complessivo di quello che è stato l'apporto della comparazione giuridica ai percorsi su cui si è avviato il biodiritto, in relazione alla dimensione costituzionale, è una sfida fin troppo ambiziosa. Ci limiteremo quindi a descrivere alcune tendenze che spiegano perché l'indagine comparativa possa offrire al biodiritto (e alla ricerca intorno al biodiritto) strumenti fruttuosi, sia in termini costruttivi, nell'interpretazione di norme in vigore e nell'elaborazione di nuove norme, sia in chiave puramente conoscitiva, vale a dire in termini di analisi dei limiti dell'indagine che è condotta intorno ai temi impegnativi con cui si misura il biodiritto.

<sup>2</sup> P. RESCIGNO, *Danno da procreazione*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1956, 44, ristampato in *Id.*, *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Milano, 2006, 57.

<sup>3</sup> Hanno valore esemplare al riguardo tanto la brillante opera di C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, 3 ed., Torino, 2012, quanto la trattazione approfondita offerta dall'opera collettiva diretta magistralmente da S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010-2012, nonché il più recente volume curato da A. CAGNAZZO (a cura di), *Trattato di diritto e bioetica*, Napoli, 2017.

<sup>4</sup> V. in proposito le notazioni di R.G. CONTI, *Il giudice e il biodiritto*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *Trattato di diritto e bioetica*, cit., 41.

## 2. La ricerca di parametri universali e regionali nel campo del biodiritto

Il primo punto su cui fermare l'attenzione è la ricerca di parametri universali e regionali nel campo del biodiritto. Molta ricerca condotta intorno a temi di biodiritto si è avvalsa dell'analisi comparativa di singole esperienze puramente nazionali, o locali. Tuttavia, in questo settore, al pari di quanto avviene in altri settori del diritto, assistiamo all'evolvere di norme che pretendono di esprimere, almeno in relazione a particolari materie o temi, principi e regole a valore universale, o per lo meno regionale<sup>5</sup>. Sul piano costituzionale queste norme hanno rilievo, perché l'Italia rispetta i vincoli che derivano dall'appartenenza all'Unione europea, come pure i propri obblighi internazionali, che derivano da numerose convenzioni internazionali, tra cui, *in primis*, dalla Convenzione europea dei diritti umani (art. 117 Cost.).

Dal 1993 l'Unesco ha promosso un proprio programma in materia di bioetica, che ha condotto all'emanazione di Dichiarazioni sul genoma umano e i diritti umani (1997), sui dati genetici (2003), e più recentemente sulla bioetica (2005), mentre nel 2011 ha abbandonato gli sforzi diretti a redigere una convenzione destina a regolare la clonazione umana<sup>6</sup>. Il Comitato internazionale sulla bioetica dell'Unesco, che opera nell'ambito del medesimo programma, è attivo su molteplici fronti. Nel 2016 l'Unesco ha promosso l'undicesimo summit globale dei Comitati nazionali di bioetica che si è svolto a Berlino. L'incontro ha fatto il punto a livello mondiale delle linee di tendenza e delle esperienze che maturano in relazione ai temi di biodiritto, e il rapporto pubblicato all'esito dell'incontro e di altri incontri analoghi costituisce un riferimento imprescindibile per saggiare lo stato dell'arte<sup>7</sup>.

Non è dubbio che oramai si stia sviluppando un biodiritto globale, che va inteso, in primo luogo, come punto d'incontro dei problemi che l'evoluzione della scienza e delle tecnologie relative alla vita sollevano, e in secondo luogo, come patrimonio di valori e di norme più o meno ampiamente condivise intorno ai temi – abbastanza eterogenei – collocati sotto l'insegna del biodiritto. È un diritto tuttora per alcuni aspetti “timido”, ma è comunque oramai un diritto che ha varcato da tempo la soglia dello stato nascente. Questo corpo di valori e di norme è accompagnato dall'azione di istituzioni che hanno ambizioni globali, come l'Unesco e l'Organizzazione mondiale della sanità, ma – è bene chiarirlo subito - è anche il frutto del tentativo di coordinamento tra ordinamenti giuridici, che è legato alla necessità di governare pratiche dei privati, di enti, o di imprese. Si tratta frequentemente di pratiche collocate sul terreno delle relazioni contrattuali che, per loro vocazione, sono aperte alla prospettiva transnazionale, o di vicende che in ultima analisi chiamano in campo il paradigma della responsabilità (civile, e talvolta penale e amministrativa), la quale ben può scaturire dalla violazione di norme relative al biodiritto.

Questa seconda prospettiva – vale a dire il coordinamento, in determinate materie, del diritto degli Stati Membri – domina in larga misura l'evoluzione del diritto dell'Unione europea nel settore, e ad

<sup>5</sup> V. in proposito, C. CAMPIGLIO, *L'internazionalizzazione delle fonti*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 609 ss.

<sup>6</sup> A. LAGLOIS, *The UNESCO Bioethics Programme: A review*, in *The New Bioethics*, 2014, 3-11; C. CAPORALE, I.R. PAVONE (a cura di), *International Biolaw and Shared Ethical Principles: The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, Londra, 2018.

<sup>7</sup> UNESCO, *Global Health, Global Ethics, Global Justice 11th Global Summit of National Ethics/Bioethics Committees 16–18 March 2016*, Berlin, 2018.

esso intendiamo rivolgere l'attenzione di seguito, per illustrare un dato ormai saliente, vale a dire come la sfida costituita dall'integrazione del mercato solleciti le istituzioni dell'Unione a misurarsi con temi di natura bioetica, o comunque legati alla materia del biodiritto, in un contesto in cui la comparazione giuridica rimane una pietra miliare del discorso.

In premessa, dobbiamo comunque tener presente che, nel quadro europeo, l'attività del Consiglio d'Europa e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo si trovano ad affrontare temi legati al biodiritto nella prospettiva dei diritti fondamentali, senza doversi misurare con i vincoli che impongono i Trattati dell'Unione in punto di competenze. Il tema spinoso è qui piuttosto la questione del margine di apprezzamento, vale a dire i limiti che in Europa si incontrano nella ricerca di un terreno comune.

Prima di tornare su quest'ultimo tema, proviamo ad esaminare come, nella trama del diritto dell'Unione europea, il diritto comparato giochi al tempo stesso il ruolo di protagonista e di invitato di pietra, in relazione a numerose questioni di biodiritto. Il diritto dell'Unione, in effetti, regola ormai numerose materie legate alle dinamiche del biodiritto, ed è chiaro che il diritto italiano anche a livello costituzionale, viene implicato, al pari di altri diritti, da questi sviluppi, non foss'altro per il chiaro riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, contenuto nell'art. 6, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea, nell'art. 52, comma 4, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>8</sup>.

### 3. Il biodiritto nel diritto dell'Unione europea, e il diritto comparato

Il diritto dell'Unione presenta un primo paradosso, quando viene esaminato nella prospettiva del biodiritto<sup>9</sup>. Da un lato, l'Unione non possiede competenza in questa materia, e quindi non ha titolo per intervenire – per lo meno, *ex professo* – per dettare norme in proposito. D'altra parte, l'Unione europea regola materie in cui si stagliano questioni che appartengono pienamente all'ambito del biodiritto. La recente sentenza resa dal Tribunale dell'Unione sull'iniziativa legislativa dei cittadini europei registrata sotto il nome *Uno di Noi (One of Us)* mette in ulteriore rilievo il tema<sup>10</sup>. Com'è noto, il Tribunale dell'Unione ha respinto il ricorso per l'annullamento della decisione della Commissione di non dar seguito a tale iniziativa, sebbene essa fosse sostenuta dalla raccolta del milione di firme necessarie. L'iniziativa era volta a vietare e porre fine al finanziamento, da parte dell'Unione, delle attività che implicano la distruzione di embrioni umani (in particolare nei settori della ricerca, dell'aiuto allo sviluppo e della sanità pubblica), ivi compreso il finanziamento diretto o indiretto dell'aborto.

<sup>8</sup> Per una rapida indagine circa il rilievo che assume il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia sia consentito rinviare a: R. DE CARIA, M. GRAZIADEI, *The "constitutional traditions common to the Member States" in the case-law of the European Court of Justice: judicial dialogue at its finest*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, 949.

<sup>9</sup> Si veda in proposito il denso contributo di S. PENASA, *Biodiritto e Unione Europea: primi spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 3, 2018, nonché E. BROSSET, *Ce que dit le droit de l'Union dans le domaine de la bioéthique (et inversement)*, in *Revue de l'Union européenne*, 2019, 30.

<sup>10</sup> Causa T-561/14, *European Citizens' Initiative One of Us e altri c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2018:210. La decisione è stata appellata.

La costellazione degli atti normativi e delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea che intervengono in materie riconducibili alla nozione di biodiritto è ormai piuttosto corposa. D'altra parte, l'Unione europea può attingere solo in misura limitata ad un nucleo di soluzioni condivise in questa materia. E così, come avviene talvolta, deve provvedere a "conciliare l'inconciliabile"<sup>11</sup>, lasciando apparire sotto la veste di un diritto comune o armonizzato il rinvio al diritto degli Stati membri. Questo avviene, ad esempio, in materia di sperimentazione medica, rispetto a cui: «gli Stati membri interessati dovrebbero cooperare alla valutazione di una domanda di autorizzazione a una sperimentazione clinica» ma, al tempo stesso: «tale cooperazione non dovrebbe riguardare gli aspetti di carattere intrinsecamente nazionale come il consenso informato» (Regolamento UE n. 536/2014, consid. 6). Il regolamento intervenuto di recente, ancor più della direttiva precedente, pone tuttavia dei requisiti alquanto precisi rispetto a elementi che sono caratterizzati come puramente "nazionali", quali il principio del consenso alla sperimentazione, e quindi di ritorno incide proprio sulle suddette "soluzioni nazionali"<sup>12</sup>.

La difficoltà di conciliare l'inconciliabile si manifesta anche in relazione a norme che prendono posizione rispetto ai costituenti del corpo umano e che ben potrebbero essere messe in relazione alla sfaccettata nozione di dignità dell'essere umano<sup>13</sup>.

È sufficiente richiamare a questo proposito la varietà di soluzioni che il diritto dell'Unione consente in materia di: «uso o non uso di particolari tipi di cellule umane, comprese le cellule germinali e le cellule staminali dell'embrione», come recita la Direttiva 2004/23/CE ("Direttiva tessuti", considerando nr. 12) che disciplina le 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 umani. La Direttiva non dovrebbe interferire con le decisioni degli Stati membri in relazione all'uso o al non uso di determinati tipi di cellule, incluse le cellule germinali e le cellule staminali dell'embrione; se però uno Stato membro autorizza un uso particolare di tali cellule, la Direttiva imporrà tutte le disposizioni necessarie alla tutela della sanità pubblica, in considerazione dei rischi specifici di tali cellule in base alle conoscenze scientifiche e alla loro natura particolare, e garantirà il rispetto dei diritti fondamentali, salve, beninteso, le disposizioni degli Stati membri che definiscono il termine giuridico di "persona" o "individuo"<sup>14</sup>. È chiaro che, in contesti analoghi, la comparazione giuridica rimane uno strumento indispensabile per procedere sulla via segnata dal diritto dell'Unione, proprio in quanto il percorso che l'Unione delinea è realizzabile all'interno di un quadro in cui il diritto degli Stati membri mantiene, di frequente, in larga misura, la propria rilevanza<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> S. MALLEAN-DUBOIS, *Bioéthique et droit international*, in *Annuaire français de droit international*, 2000, 83.

<sup>12</sup> Regolamento (UE) n. 536/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano; su di esso: M. FASAN, *Il Regolamento UE n. 536/2014: la disciplina della sperimentazione clinica tra uniformità e differenziazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2017.

<sup>13</sup> Su cui si veda almeno la riflessione racchiusa nell'opera recente di C.M. MAZZONI, *Quale dignità: Il lungo viaggio di un'idea*, Firenze, 2019, nonché i saggi raccolti da G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014.

<sup>14</sup> Direttiva 2004/23/CE ("Direttiva tessuti", considerando nr. 12; vedi anche il Regolamento (CE) n. 1394/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, sui medicinali per terapie avanzate, considerando 7.

<sup>15</sup> M. TALLACCHINI, *Cellule e tessuti come terapie avanzate: una biopolitica europea*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, II, *Il governo del corpo*, Milano 2011, 1063. M. STEINMANN, P. SYKORA, U. WIESING (a cura di), *Altruism Reconsidered: Exploring New Approaches to Property in Human Tissue*, Londra, 2016; C. LENK, N.

Al tempo stesso, il particolare registro utilizzato dal diritto dell'Unione per affrontare i temi che sono legati alle prospettive del biodiritto è noto. Molto spesso, nel diritto dell'Unione le questioni sono avvicinate in funzione dell'integrazione del mercato interno, o della libera circolazione delle persone. Questo approccio emerge, ad esempio, nel noto caso *Sabine Mayer*<sup>16</sup>, nel quale la Corte di Giustizia, riunita in Grande sezione, si è pronunciata su un licenziamento ritenuto discriminatorio in danno di una donna che si era sottoposta al trattamento necessario per realizzare una procreazione medicalmente assistita. La questione preliminare verteva, nella sostanza, sulla liceità del licenziamento che era intervenuto nel momento in cui gli ovuli della donna erano stati fecondati in vitro, ma non ancora impiantati in utero. Il giudice nazionale interpellava la Corte per sapere se la lavoratrice fosse da considerare incinta. La Corte non prendeva posizione sul punto, ma riteneva invece che il licenziamento fosse discriminatorio, in quanto avvenuto in violazione degli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207: «purché sia dimostrato che il licenziamento si fondi essenzialmente sul fatto che l'interessata si sia sottoposta a tale trattamento»<sup>17</sup>. Infatti, come recita la massima ufficiale tratta dalla sentenza: «sebbene i lavoratori di entrambi i sessi possano avere un impedimento di carattere temporaneo ad effettuare il loro lavoro a causa dei trattamenti medici che devono seguire, gli interventi consistenti in un prelievo follicolare e il trasferimento nell'utero della donna degli ovuli prelevati immediatamente dopo la loro fecondazione, riguardano direttamente soltanto le donne. Ne consegue che il licenziamento di una lavoratrice a causa essenzialmente del fatto che essa si sottoponga a questa fase importante di un trattamento di fecondazione in vitro costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso»<sup>18</sup>.

Lo studioso che, per abito professionale, esamina il diritto dell'Unione nella prospettiva della comparazione può notare che il medesimo approccio domina in relazione ad altri contesti, in cui sono in gioco altri temi. Da questa angolazione, il biodiritto non subisce una sorte molto diversa da quella che tocca ad altre materie. Ad esempio, benché il Trattato escluda una competenza dell'Unione in materia di proprietà (Articolo 345 TFUE, ex articolo 295 del TCE), è ormai ben nota l'esistenza di un corpo di norme europee niente affatto minore dedicato alla proprietà, e ad altri diritti sui beni, i quali sono protetti come diritti fondamentali. Quindi, se è vero che il diritto dell'Unione tratta numerose questioni di biodiritto dall'angolazione dell'integrazione del mercato interno e della libera circolazione delle persone, molte altre materie sono parimenti "strumentalizzate" in questa chiave<sup>19</sup>.

Il tema della elevata diversità del diritto degli Stati membri non si affaccia unicamente in questa delicatissima materia, ma viene ventilato di sovente, più in generale, anche rispetto ad altri settori armonizzati. Non è dunque di necessità la natura eticamente sensibile della materia coinvolta a fare la differenza. Regimi differenti possono essere stabiliti non tanto in relazione a diverse e irriducibili sen-

HOPPE, K, BEIER, C. WIESEMANN (a cura di), *Human Tissue Research: A European perspective on the ethical and legal challenges*, New York, 2011; *Economic landscapes of human tissues and cells for clinical application in the EU*, Lussemburgo, 2015, accessibile sul sito: <https://ec.europa.eu>.

<sup>16</sup> *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, ECLI: EU:C:2008:119.

<sup>17</sup> *Ibid.*, § 54.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Sarà sufficiente ricordare qui che l'intero diritto privato è soggetto ad una analoga dinamica, come hanno sostenuto alcuni studiosi. Cfr. C.U. SCHMID, *The Thesis of the Instrumentalization of Private Law by the EU in a Nutshell*, in C. JOERGES, T. RALLI (a cura di), *European Constitutionalism without Private Law: Private Law without Democracy*, Oslo, 2011, 17.

sibilità, o orientamenti intorno ai valori coinvolti, quanto piuttosto in relazione al fatto che solo alcuni Paesi dell'Unione si collocano (o intendono collocarsi) sulla frontiera della ricerca in campo biomedico, e sono in grado di cogliere le relative opportunità anche economiche. Solo alcuni Paesi sono interessati a creare una sorta di effetto Delaware quanto a determinate pratiche, come la fecondazione assistita, vale a dire ad attrarre presso di sé, per effetto di scelte regolamentari determinate attività e imprese biomediche<sup>20</sup>. Bisogna dunque riconoscere che, come cittadini dell'Unione, siamo disposti ad avere una pluralità di soluzioni, tutte valide nello spazio europeo, rispetto ad alcuni temi di biodiritto, grazie alla variabilità delle soluzioni accolte negli Stati membri. Si tratta però di una condizione non scevra di problemi e di rischi, sotto vari aspetti. È sufficiente ricordare qui che l'accesso a determinati servizi esclusivamente in un contesto transfrontaliero – contesto non di rado indotto dalle regole vigenti in una determinata giurisdizione – può introdurre rischi di vario genere, anche in termini di mancata protezione di soggetti vulnerabili<sup>21</sup>.

Quando si passa al livello nazionale, la perdurante diversità di approcci e di norme è evidente in numerosi ambiti.

Prendiamo come esemplare il caso della regolamentazione della ricerca sulle cellule staminali embrionali.

La maggior parte dei Paesi europei ha regolato in rapida sequenza la materia, con due eccezioni notevoli, l'Irlanda e l'Austria. Questa progressione è chiaro indizio di un processo di *policy transfer*<sup>22</sup>. L'espressione denota la progressiva diffusione a livello internazionale di una politica di regolazione, realizzata attraverso la tematizzazione e la discussione pubblica di una questione, che alcuni attori propongono come problematica. Tuttavia, nonostante l'indubbia spinta transazionale alla regolazione, le soluzioni accolte al riguardo in Europa divergono. La Corte europea dei diritti dell'Uomo, dovendo prendere posizione sulla legislazione proibitiva italiana, in forza del ricorso presentato nel caso *Parrillo c. Italia*<sup>23</sup>, fa quindi ricorso alla tecnica del margine di apprezzamento per lasciare intatte le scelte nazionali in proposito<sup>24</sup>. In effetti, la legislazione di un primo gruppo di Paesi, tra cui l'Italia, è fortemente restrittiva in proposito. In Italia è vietata qualunque ricerca sulle alle cellule staminali embrionali, salvo consentire quelle di cui possa beneficiare lo stesso embrione. La Danimarca, la Francia, la Germania, la Spagna, vietano la creazione di embrioni a scopo di ricerca e prevedono notevoli limiti all'uso di embrioni soprannumerari o all'importazione di embrioni per condurre ricerche, le quali sono sempre soggette a autorizzazione. Un secondo gruppo di Paesi europei ha una posizione intermedia: la Finlandia, la Grecia e il Portogallo vietano la creazione di embrioni a scopo di ricerca, ma non impongono limiti particolarmente severi quanto all'uso a scopo di ricerca di embrioni so-

<sup>20</sup> L'allusione è alle politiche di regolazione competitiva seguite nello Stato del Delaware per favorire l'incorporazione all'interno dei confini dello Stato di più di metà delle società quotate statunitensi.

<sup>21</sup> In proposito: T.L. WILSON, *Unravelling orders in a borderless Europe? Cross-border reproductive care and the paradoxes of assisted reproductive technology policy in Germany and Poland*, in *Reproductive Biomedicine & Society Online*, 2016, 48.

<sup>22</sup> M. MINTROM, *Policy entrepreneurs and controversial science: governing human embryonic stem cell research*, in *Journal of European Public Policy*, 20, 3, 2013, 442.

<sup>23</sup> Corte EDU, *Parrillo c. Italia*, ric. n. 46470/11, 27 agosto 2015. Il testo della sentenza è disponibile sul sito: <https://www.biodiritto.org/>.

<sup>24</sup> Analogamente, nella diversa materia dei trattamenti di fine vita: O. POLIPO, *Gard c. Regno Unito: un'altra occasione persa della corte EDU in materia di end-of-life decisions*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2018.

prannumerari. Infine, alcuni Paesi adottano normative decisamente più liberali (Belgio, Regno Unito, Islanda e Svezia). Tutti questi Paesi consentono la creazione di embrioni a scopo di ricerca, purché il centro di ricerca, o l'equipe di ricerca che intende procedere in tal senso, sia stato autorizzato a tal fine.

A conclusioni analoghe in termini di pluralismo di soluzioni giunge la Corte costituzionale italiana, con la sentenza n. 84 del 2016, la quale richiama gli esiti dell'indagine comparata proposta nella sentenza resa della *Grand Chambre* della Corte europea dei diritti dell'uomo sul *caso Parrillo*, per concludere che il bilanciamento da effettuare in proposito è nelle prerogative del legislativo, e che la Corte non deve quindi invadere l'ambito di discrezionalità che compete a quest'ultimo<sup>25</sup>.

Il punto davvero interessante, in realtà, è che non possiamo ricondurre questa frammentazione ad un unico fattore. Le traiettorie divergenti che risultano dall'indagine comparata sono il risultato di una pluralità di fattori, come mostrano le ricerche svolte intorno alle "politiche della moralità" che hanno rivolto attenzione al tema<sup>26</sup>. In ogni caso, la diffusione di una determinata tecnologia, come quella impiegata per realizzare ricerche su cellule staminali embrionali, è destinata a "localizzarsi" in ambienti che sono culturalmente e istituzionalmente diversi: un tema su cui gli antropologi continuano a loro volta a riflettere in modo stimolante<sup>27</sup>. La scelta politica di predisporre in tempi rapidi soluzioni destinate a ridurre o rimuovere il rischio dipendente dall'incertezza giuridica circa l'impiego di nuove tecniche destinate ad incidere nel campo del biodiritto può a sua volta contribuire allo stabilirsi di una particolare disciplina, segnata dal compromesso, nonostante la polarizzazione del dibattito, come è avvenuto in Germania<sup>28</sup>.

Da questo sommario esame deriva una prima indicazione. Senza dubbio, è ormai davvero impensabile declinare in termini di identità nazionale – come pure è avvenuto nel recente dibattito politico italiano – molti dei temi che attengono all'area del biodiritto. In questo quadro, i valori della libertà della ricerca scientifica e della tutela della salute hanno pieno riconoscimento sul piano costituzionale, e contribuiscono a integrare prepotentemente il discorso condotto intorno al valore della dignità della vita umana<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> I. ENGELI, C. ROTHMAYR ALLISON, *Diverging against all odds? Regulatory paths in embryonic stem cell research across Western Europe*, in *Journal of European Public Policy*, 20, 3, 2013, 407.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> A. BHARADWAJ, *Enculturating cells: The anthropology, substance, and science of stem cells*, in *Annual Review of Anthropology*, 41, 2012, 303.

<sup>28</sup> K. NEBEL, *Embryonale Stammzellforschung* in C. KNILL, S. HEICHEL, C. PREIDEL, K. NEBEL (a cura di), *Moralpolitik in Deutschland: Staatliche Regulierung gesellschaftlicher Wertekonflikte im historischen und internationalen Vergleich*, Wiesbaden, 2014. A sua volta, a livello nazionale, la pressione derivante dalla possibile concorrenza tra ordinamenti nella materia può essere avvertita in modo acuto, o più blando.

<sup>29</sup> La dignità umana non è infatti valore avulso rispetto agli apporti della ricerca scientifica, particolarmente in campo biomedico, e della tutela della salute. Essa rappresenta un limite inderogabile al trattamento medico (art. 32 Cost., 2 comma), ma la ricerca scientifica in campo biomedico, e la tutela della salute come bene collettivo e individuale sono a loro volta (per vari aspetti) presidi della dignità umana.

#### 4. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il biodiritto, e il diritto comparato

Come si è accennato, sebbene la Convenzione europea sui diritti dell'uomo non contenga riferimenti testuali alla materia del biodiritto, una giurisprudenza abbondante della Corte europea dei diritti dell'uomo ormai collega stabilmente la tutela dei diritti umani con il nostro tema<sup>30</sup>. Nel trattare le materie che attengono al biodiritto la Corte è infatti regolarmente impegnata in un esercizio comparativo. Infatti, per pronunciarsi sulla violazione lamentata dal ricorrente, la Corte frequentemente va alla ricerca di un punto di incontro tra le soluzioni ricevute negli Stati Membri del Consiglio d'Europa (è più raro, ma come vedremo non sconosciuto, il riferimento ad ordinamenti extraeuropei).

L'esercizio che la Corte conduce sul punto è notoriamente problematico, in molteplici sensi. In primo luogo, perché la nozione di "margine di apprezzamento", che si riconduce ad una indagine di questo genere, rappresenta nei fatti la rinuncia ad affermare che, in determinati ambiti, sia possibile riconoscere effettivamente a coloro che vivono nello spazio europeo la garanzia dei medesimi diritti fondamentali. Questo primo passaggio problematico apre la via a ulteriori dubbi e riserve in relazione alle difficoltà che incontra l'indagine di diritto comparato condotta dalla Corte in proposito. Nel seguito, ci concentreremo su quest'ultimo punto, l'unico che attiene al merito del discorso cui è dedicato questo contributo.

Fin dai primi anni di attività, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto affidamento sul diritto comparato, ponendolo alla base di alcuni dei più importanti canoni interpretativi sviluppati in sede di applicazione della Convenzione. In particolare, per legittimare un'interpretazione evolutiva del testo della Convenzione, la Corte ha cercato supporto nel diritto nazionale degli Stati membri del Consiglio d'Europa e nel «patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto», cui fa riferimento il Preambolo della Convenzione. Nel corso degli anni, la Corte di Strasburgo ha poi esteso l'indagine comparatistica al diritto internazionale<sup>31</sup> e talvolta anche al diritto di paesi terzi. Quando la Corte prospetta un esistente – o emergente – «consenso internazionale» su una data questione, è infatti solita estendere il proprio campo di indagine oltre i confini europei<sup>32</sup>.

Il ricorso al diritto comparato da parte della Corte di Strasburgo è stato ampiamente studiato – e criticato – dalla dottrina<sup>33</sup>. Secondo gli studiosi, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti

<sup>30</sup> Council of Europe/European Court of Human, *Bioethics and the case-law of the Court*, Rights, Research Report, 2016, reperibile su: [https://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_bioethics\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_bioethics_ENG.pdf).

<sup>31</sup> V., *ex multis*, Corte EDU, Grande Camera, *caso Bayatyan c. Armenia*, ric. n. 23459/03, 7 luglio 2011, par. 102. V.C.L. ROZAKIS, *The European Judge as Comparatist* in B. MARKESINIS, J. FEDTKE (a cura di), *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, Londra, 2006, 354.

<sup>32</sup> Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si trovano così riferimenti al diritto di Stati che non sono membri del Consiglio d'Europa, quali, a esempio, Canada, Australia, Nuova Zelanda, Sud Africa e Stati Uniti. Con riferimento a quest'ultimo v. J.F. FLAUS, *La présence de la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme* in *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2005, 313.

<sup>33</sup> Si citano, senza pretesa di completezza, F. VIGLIONE, *Dubbi e ambiguità sul ruolo del diritto comparato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e diritto privato*, 2015, 177; L. PALANDRI, *The Comparative Approach of the European Court of Human Rights: Shared Criticism with the United States Supreme Court in Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2015, 71; C. MC CRUDDEN, *Using Comparative Reasoning in Human Rights Adjudication: The Court of Justice and the European Court of Human*

dell'uomo il ricorso al diritto comparato può perseguire due diverse finalità. In alcuni casi il materiale di diritto comparato è esposto tra le fonti del diritto pertinenti al merito del giudizio<sup>34</sup>, ma non è richiamato dalla Corte nelle argomentazioni giuridiche a sostegno della decisione. In questi casi, il diritto comparato esplica una mera funzione informativa<sup>35</sup>. Negli altri casi – che rappresentano la maggioranza – il materiale di diritto comparato fornisce, invece, supporto alle argomentazioni sviluppate dalla Corte.

Nel 1978 con la sentenza *Tyrer*, la Corte EDU ha affermato, per la prima volta, che la CEDU è uno strumento vivente che deve essere interpretato alla luce delle condizioni di vita attuali, da determinarsi con riferimento agli standard comuni sviluppati dagli Stati membri del Consiglio d'Europa<sup>36</sup>. Tuttavia, nella citata sentenza, la Corte non forniva alcuna base comparatistica alle proprie conclusioni. Successivamente, la Corte ha iniziato a introdurre espliciti riferimenti, via via più estesi, al diritto e alle prassi nazionali. Originariamente le considerazioni di diritto comparato erano basate sull'esperienza e sulle conoscenze dei giudici, mentre oggi le ricerche sono svolte dalla Divisione della Ricerca, istituita nei primi anni 2000 presso la Cancelleria della Corte, su richiesta del giudice *rappporteur*. Materiali di diritto comparato sono inoltre spesso forniti alla Corte EDU anche dalle parti in causa e, più frequentemente, da terzi intervenienti (ONG, università, Stati non parti del contenzioso, organizzazioni internazionali) in qualità di *amici curiae*<sup>37</sup>.

La dottrina ha sviluppato uno sguardo critico sull'uso del metodo comparativo usato dalla Corte di Strasburgo. Le principali riserve che sono state formulate toccano, da un lato, l'adeguatezza stessa dell'utilizzo del metodo comparativo rispetto agli scopi perseguiti dalla Convenzione, dall'altro, il modo in cui l'indagine comparatistica è condotta<sup>38</sup>. Aspre critiche sono state rivolte al riguardo anche

*Rights Compared in Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012-2013, 383; M. DAHLBERG, *The Lack of such a Common Approach – Comparative Argumentation by the European Court of Human Rights*, in *Finnish Yearbook of International Law*, 23, 2012-2013, 73-111; K. DZEHTSIAROU, V. LUKASHEVIC, *Informed decision-making: the comparative endeavours of the Strasbourg Court*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 30, 3, 2012, 272; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011; P. MAHONEY, *The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law*, in *Pubblicazioni dell'Istituto svizzero di diritto comparato* (a cura di), *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen: Lausanne, 14-15 avril 2000 / The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law*, Zurigo, 2002.

<sup>34</sup> Solitamente sotto la rubrica: "law in Contracting States" o "comparative and international law" o "relevant comparative law and materials".

<sup>35</sup> K. DZEHTSIAROU, *European consensus and the legitimacy of the European Court of human rights*, Cambridge, 2015, 77.

<sup>36</sup> Corte EDU, *Tyrer c. Regno Unito*, ric. n. 5856/72, 25 aprile 1978, par. 31.

<sup>37</sup> Sul tema, si rinvia a K. DZEHTSIAROU, *European consensus and the legitimacy of the European Court of human rights*, cit., 97.

<sup>38</sup> Sul finire degli anni Novanta del secolo scorso Paolo Carozza stigmatizzava le analisi comparative svolte dalla Corte EDU, ritenute: «*remarkably casual, superficial, and incomplete*». V.P.G. CAROZZA, *Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Notre Dame Law Review*, 1997-1998, 1124. Dieci anni dopo Monika Ambrus riteneva che l'applicazione fatta dalla Corte del metodo comparativo non fosse sufficientemente coerente e trasparente, e quindi risultasse incompatibile con il principio del *rule of law*. Cfr. M. AMBRUS, *Comparative Law Method in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Light of the Rule of Law*, in *Erasmus Law Review*, 2009, 353.

da taluni giudici della Corte in sede di decisione<sup>39</sup>. Talvolta è stata censurata la superficialità, in termini generali, con cui sono state svolte le ricerche comparatistiche in seno alla Corte, come è avvenuto recentemente in *Moreira Ferreira c. Portogallo* (no. 2), in cui alcuni giudici hanno osservato che: «le conclusioni della maggioranza in punto di diritto comparato, come espresse nei paragrafi 34-39 della sentenza, non riflettono la situazione sul terreno. Il metodo comparato usato dalla maggioranza, basato su un approccio strettamente descrittivo, può essere criticato per due ragioni principali: in primo luogo, non ha identificato correttamente l'obiettivo del confronto (perché confrontare, per quale scopo) e di conseguenza non è riuscito a determinare le fonti appropriate e il livello del confronto (cosa confrontare o come confrontare). Anche la completezza del confronto lascia molto a desiderare, la maggioranza optando per un approccio puramente descrittivo-quantitativo ai materiali disponibili, senza alcuna analisi delle differenze e delle specificità dei sistemi giuridici nazionali, compresa la giurisprudenza delle competenti Corti nazionali e la pratica di altre autorità politiche e amministrative competenti. Un tale metodo comparativo metodologicamente scorretto non poteva che condurre a una valutazione errata del consenso europeo»<sup>40</sup>.

In altre decisioni la critica verte sulla carente analisi del contesto in cui la norma di legge censurata trovava applicazione<sup>41</sup>. Infine, è stata talvolta denunciata una non corretta individuazione dell'oggetto stesso della comparazione<sup>42</sup>.

Le critiche formulate in questi termini lasciano il segno. Infatti, un approccio puramente descrittivo-quantitativo – un mero conteggio di soluzioni positive o negative rispetto al tema del decidere – può essere accettabile per documentare sommariamente qualche primo aspetto del tema, ma non per sviluppare uno standard scientificamente accettabile per l'ambito degli studi comparati. I documenti preparatori offerti alla Corte dal servizio studi forse offrono un quadro comparativo ben più ampio. Se però non fosse così, le ricerche scientifiche svolte negli ambiti in cui la Corte deve pronunciare sarebbero di importanza tanto maggiore. In difetto di esse, è possibile che riflessioni comparative pertinenti emergano come appunti, proposti in modo quasi aneddotico dai giudici degli Stati membri, sulla base della propria esperienza personale o professionale. L'attendibilità di queste testimonianze non può però davvero colmare l'eventuale carenza della ricerca scientifica<sup>43</sup>. D'altra parte, poiché giudice nazionale è ormai consapevole di concorrere a formare con la propria decisione un orientamento europeo, lo stesso giudice può manifestare la tendenza a rivedere il diritto nazionale, in modo

<sup>39</sup> Il giudice Franz Matscher espresse a chiare lettere l'urgenza di svolgere «*comparative studies of a far more detailed nature than those carried out so far by the Convention institutions*», in un'opinione dissenziente allegata alla sentenza relativa al caso *Öztürk*. V. Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, ric. n. 22479/93, 21 febbraio 1984.

<sup>40</sup> Corte EDU, Grande Camera, *Moreira Ferreira c. Portogallo* (no. 2), ric. n. 19867/12, 11 luglio 2017.

<sup>41</sup> V. l'opinione dissenziente dei giudici Loucaides e Kovler nel caso *Pye*. Corte EDU, *Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Regno Unito*, ric. n. 44302/02, 30 agosto 2007.

<sup>42</sup> V. l'opinione dissenziente del giudice Tulkens in Corte EDU, *Leyla Şahin c. Turchia*, ric. n. 44774/98, 10 novembre 2005; e l'opinione dissenziente dei giudici Malinverni e Kalaydjieva in Corte EDU, *Lautsi c. Italia*, ric. n. 30814/06, 18 marzo 2011.

<sup>43</sup> Si veda l'opinione concorrente del giudice Dedeve in relazione alla questione della maternità surrogata, dove afferma che in Russia: «*I have not heard any voice raised to prohibit surrogacy on the basis of fundamental values. Meanwhile, this method of purchasing a baby has become very popular amongst wealthy individuals and celebrities*». Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, 24 gennaio 2017.

tale da influenzare un possibile indirizzo europeo, proprio nel nome dell'attuazione dei diritti garantiti dalla Convenzione<sup>44</sup>.

## 5. Il diritto comparato nel dialogo tra le Corti di vertice europee

Nel considerare attraverso la metafora del dialogo i rapporti che si sono sviluppati tra la Corte di Strasburgo e le Corti nazionali si coglie un aspetto più generale dell'uso del diritto comparato in sede giudiziaria, che è stato oggetto di ampia attenzione<sup>45</sup>. Il riferimento alla soluzione sperimentata altrove è in effetti il mezzo tramite cui le Corti nazionali affrontano il compito di rendere giustizia in presenza di orizzonti normativi non completamente conclusi. Si tratta di orizzonti almeno parzialmente aperti, vuoi perché le norme stabilite sono lacunose, e quindi non coprono i problemi inediti sollevati dall'evoluzione scientifica e tecnologica, vuoi perché le norme ricevute non appaiono in linea con l'evoluzione dei valori affidati alle fonti del diritto, i quali nel corso del tempo cambiano, o si trasformano. In questa prospettiva, il diritto comparato assume, a livello giurisprudenziale, nuova valenza, ponendosi come strumento per vagliare il merito delle soluzioni già accolte, e per svilupparne di nuove.

L'uso del diritto comparato da parte dei nostri giudici ha avuto grande peso in alcune vicende notissime. In primo luogo, viene in considerazione la fondamentale sentenza resa dalla Cassazione nel ca-

<sup>44</sup> Si consideri in proposito la decisione resa dal Conseil d'Etat, 31 maggio 2016, *Mme C. A.*, ricorso n. 396848. La ricorrente, di nazionalità spagnola, ma residente in Francia, voleva trasferire in Spagna i gameti del marito ormai scomparso, al fine di realizzare la procreazione assistita progettata quando quest'ultimo era in vita. L'inseminazione artificiale sarebbe stata ammissibile ai sensi della legge spagnola nei dodici mesi successivi al decesso del coniuge. Il Consiglio di Stato francese ha accolto la domanda, ritenendo che il divieto posto dalla legislazione francese all'inseminazione *post mortem* costituisca in questo caso: «*une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale*» della medesima ricorrente. La sentenza utilizza così un argomento tratto dalla giurisprudenza della Corte EDU, la quale tuttavia non mai avuto l'occasione di esaminare la questione. Com'è noto, in Italia l'art. 5 della legge 40/2004 pone un divieto al riguardo, consentendo unicamente l'inseminazione artificiale tra persone viventi (sul punto: G. GIAIMO, *La volontà e il corpo*, Torino, 2018, 177). Ma in relazione ad un'ipotesi analoga a quella su cui ha pronunciato il Consiglio di Stato francese il divieto posto dalla nostra legge non dovrebbe forse essere parimenti riconsiderato? Più in generale, sul tema: J.B. EVANS, *Post-Mortem Semen Retrieval: A Normative Prescription for Legislation in the United States*, in *Concordia Law Review*, 1, 2016, 133.

<sup>45</sup> La letteratura sul dialogo tra la Corte EDU e le corti nazionali è abbondante, tra le tante opere, si citano B. PETERS, *The Rule of Law Effects of Dialogues between National Courts and Strasbourg: An Outline*, in A. NOLKLAEMPER, M. KANETAKE (a cura di) *The rule of law at the national and international levels: contestations and deference*, Oxford, 2016; A.A. V.V., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Napoli, 2016; R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013; A. RUGGERI, "Dialogo" tra le corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24, 2013; G. MARTINICO, *Is the European Convention going to be "Supreme"? A comparative-constitutional overview of ECHR and EU law before national courts*, in *European Journal of International Law*, 2012, 415; P. POPELIER, C. VAN DE HAYNING, P. VAN NUFFEL (a cura di), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction between the European and the National Courts*, Cambridge-Portland, 2011; O. POLLICINO, G. MARTINICO (a cura di), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU laws. A Constitutional Comparative Perspective*, Groningen, 2010; M. CARTABIA, *Europe and Rights: Taking dialogue seriously*, in *European Constitutional Law Review*, 2009, 5; F. FONTANELLI, G. MARTINICO, P. CARROZZA (a cura di), *Shaping Rule of Law through Dialogue, International and Supranational Experiences*, Groningen, 2009.

so Eluana Englaro, in cui la Corte illustra i principi applicati dalle corti straniere per trattare la questione della sospensione delle cure rivolte al malato in stato vegetativo permanente<sup>46</sup>. Più recentemente, la medesima Corte, a sezioni unite, è intervenuta sulla questione se sia risarcibile il danno derivante dalla nascita, che lamenta il soggetto affetto da una patologia tale da indurre la madre ad interruzione volontaria di gravidanza, ove la patologia fosse stata correttamente diagnosticata dal ginecologo che l'assisteva<sup>47</sup>. In entrambe i casi, la decisione viene raggiunta con l'uso di materiali comparativi che hanno sicuramente peso nella decisione. È appropriato in proposito parlare di dialogo tra le Corti perché non si trattava qui di ponderare la prassi di determinati Stati, quanto piuttosto di vagliare gli argomenti che entrano nella decisione, o le reazioni che in sede Parlamentare maturano rispetto alla decisione resa dalla Corte straniera<sup>48</sup>. D'altra parte, al di là dei casi in cui il riferimento al dato straniero è espresso, la struttura dell'argomentazione può condurre a soluzioni parallele in diversi ordinamenti. E sarà allora giocoforza concludere che argomenti analoghi invitano conclusioni simili.

Per quanto riguarda il giudizio di costituzionalità, l'attenzione rivolta alle esperienze straniere e all'uso del diritto comparato non può più dirsi sporadica, come testimonia un recente studio di Paolo Passaglia<sup>49</sup>. In materia di diritti della persona e di relazioni familiari, vale a dire due tra le tematiche più strettamente legate al biodiritto, disponiamo di evidenze significative al riguardo. In proposito è possibile distinguere le decisioni in cui la Corte si riferisce a esperienze straniere sulla scia di una sentenza della Corte dei diritti dell'uomo, resa dopo l'esame delle soluzioni accolte a livello nazionale, per pronunciare eventualmente sul margine di apprezzamento, rispetto alle decisioni in cui il ricorso alla comparazione avviene al di fuori di tale quadro, per esaminare quali soluzioni prevalgono altrove, e come esse possono illuminare le valutazioni che la Corte deve svolgere. Le decisioni del primo tipo – di cui è un esempio la sentenza n. 84 del 2016 della Corte<sup>50</sup> – offrono al lettore un quadro comparato che è già stato messo a punto in sede europea. Rispetto a simili decisioni, si può eventualmente porre il delicato problema di sapere se tale quadro sia davvero attendibile, visti i limiti che purtroppo incontra talvolta l'esame di diritto comparato svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Viceversa, le decisioni rese dalla Corte fuori da tale quadro condiviso rivelano uno sforzo

<sup>46</sup> Cass. civ., sez. I, sent. n. 21748, del 16 ottobre 2007, in particolare par. 7.4 e seguenti.

<sup>47</sup> Cass. civ., sez. unite, sent. n. 25767 del 22 dicembre 2015. La Corte fa ampi riferimenti al diritto straniero per escludere la pretesa risarcitoria del nato disabile verso il medico, premettendo che: «[i]n una decisione che investe diritti fondamentali della persona umana, diventa, al riguardo, rilevante anche l'analisi comparatistica, mediante richiamo di precedenti attinti dall'esperienza maturata in ordinamenti stranieri, culturalmente vicini ed informati al più assoluto rispetto dei diritti della persona».

<sup>48</sup> Come è avvenuto nel caso *Perruche*, deciso dalla Corte di cassazione francese nel 2011 (Civ 1re, 15 déc. 2011, 10-27.473), che è richiamato dalla nostra Corte di cassazione.

<sup>49</sup> P. PASSAGLIA, *Corte costituzionale e comparazione giuridica: una analisi (molto) sinodotica, una conclusione (quasi) sinestesia*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016, Atti del 12 Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Napoli, 11-13 maggio 2017*, Napoli, 2018, 63, con ampi rinvii alla letteratura precedente. Vedi ora: Corte Costituzionale – Servizio studi, *L'assistenza alla decisione giurisdizionale*, R. NEVOLA (a cura di), 2018 (STU 308), reperibile sul sito: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/stu\\_308.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_308.pdf).

<sup>50</sup> La sentenza citata ritiene inammissibile la questione di costituzionalità sollevata in relazione al divieto assoluto di ricerca clinica o sperimentale sull'embrione umano, che non sia diretta alla sua tutela, posta dalla legge 19/02/2004, n. 40.

proprio, non ancorato alla necessità di prendere in considerazione quello che emerge dal complesso delle soluzioni accolte dagli Stati membri del Consiglio d'Europa. Si colloca, ad esempio, nel secondo contesto la sentenza n. 170 del 2014, in cui la Corte costituzionale, ha richiamato le analoghe decisioni rese dal Tribunale costituzionale federale tedesco e dalla Corte costituzionale austriaca, per scongiurare il cosiddetto "divorzio imposto", come effetto indesiderato della procedura di cambiamento di sesso, attuata in assenza di un quadro giuridico che offra alla coppia ormai omosessuale, legata dal matrimonio, un'adeguata tutela<sup>51</sup>. Da ultimo, con l'ordinanza resa nel caso *Cappato*<sup>52</sup>, la Corte costituzionale ha dimostrato come questi diversi approcci possano confluire in una soluzione che è pienamente in linea con il riconoscimento della pluralità di orientamenti esistenti al riguardo in Europa. Per salvaguardare l'esercizio della discrezionalità che compete al riguardo al Parlamento, la Corte ha prospettato l'illegittimità della disciplina vigente, rinviando la propria decisione di un anno, per concedere al Parlamento il tempo di legiferare in materia<sup>53</sup>. La Corte costituzionale ha sostenuto questa soluzione innovativa richiamando testualmente sia la scelta operata da una analoga sentenza resa nel 2005 dalla Corte Suprema del Canada in *Carter v. Canada*<sup>54</sup>, sia la sentenza del 25 giugno 2014, *Nicklinson e altri*<sup>55</sup>, resa al riguardo dalla Suprema Corte del Regno Unito. Tanto la Corte Suprema Canadese, quanto quella del Regno Unito, riconoscono che la regolazione della materia, data la sua complessità e delicatezza, è necessariamente affidata al confronto tra la Corte e il Parlamento, l'unico organo costituzionale che si può dare carico di una disciplina organica della materia<sup>56</sup>. Agli occhi di chi scrive, non è dubbio che la decisione della Corte italiana sia tutta tesa alla ricerca di un supplemento di legittimità assolutamente necessario in una materia così controversa, e così delicata, anche dal punto di vista della protezione di soggetti deboli. Per questa ragione, la nostra Corte ha voluto accompagnare una scelta così profondamente innovativa con un cenno molto preciso al modo in cui altre Corti di vertice avevano affrontato un compito altrettanto difficile.

Nel procedere su questo terreno la Corte costituzionale si avvale di ricerche approntate dal proprio Servizio studi. Tali ricerche preparano il terreno agli eventuali riferimenti di diritto straniero e comparato compiuti in sede giurisdizionale. Il Servizio studi pubblica questi elaborati (mentre non sono, ad esempio, disponibili al pubblico gli studi analoghi compiuti dal servizio di ricerca della Corte di giustizia, o dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo). In tal modo contribuisce ad aumentare apprezzabilmente la leggibilità delle decisioni rese dalla Corte, e rende un servizio prezioso all'intera comunità scientifica, e alla qualità del dibattito scientifico e pubblico intorno all'operato della Corte.

<sup>51</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 2014.

<sup>52</sup> Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 2018.

<sup>53</sup> Si esprime in termini di "incostituzionalità prospettata" la Relazione del Presidente Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale nell'anno 2018, 13, reperibile sul sito della Corte.

<sup>54</sup> Corte Suprema del Canada, sentenza 6 febbraio 2015, *Carter c. Canada*, 2015, CSC 5.

<sup>55</sup> [2014] UKSC 38. Per la ricostruzione del contesto in cui la Corte suprema inglese ha reso la propria sentenza v. G. GIAIMO, *La volontà e il corpo*, cit., 96.

<sup>56</sup> Tra i commentatori vi è stato chi ha preferito ravvisare qui l'analogia con le sentenze di mera incompatibilità in Germania (*Unvereinbarkeitserklärung*): «con le quali si accerta l'incostituzionalità di una norma, senza però contestualmente dichiararla nulla», come rileva M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 2018, tuttavia, come nota l'Autore, mentre quelle avrebbero un fondamento puramente pretorio, la soluzione della Corte sarebbe invece ineccepibile sul piano della legalità processuale.

## 6. Conclusioni

Il riferimento al diritto straniero e alla comparazione nel campo del biodiritto è ormai ingrediente imprescindibile in sede di elaborazione e di interpretazione delle norme, di valutazione della loro razionalità e sostenibilità nelle più varie sedi. Il ricorso al diritto comparato in sede di interpretazione ed applicazione del biodiritto non ha più carattere episodico o sporadico, ma appartiene a pieno titolo alla cassetta degli attrezzi di cui si avvale il giurista. La giurisprudenza in materia di biodiritto è stata un banco di prova tra i più significativi in proposito. È chiaro che il ricorso alla comparazione in sede giudiziaria lascia aperte numerose questioni, e non di poco peso. Promuovere un uso più rigoroso dello strumento rimane un compito cui bisogna attendere con cura<sup>57</sup>. Tuttavia, si tratta comunque di un positivo elemento di novità, che è in parte legato alla struttura multilivello del sistema delle nostre fonti, ma per altri aspetti rivela come l'orizzonte culturale del giurista e la sua capacità di affrontare le sfide dell'età contemporanea richiedano aperture verso altre esperienze nell'affrontare i temi impegnativi raccolti sotto l'etichetta del biodiritto.

Tra gli osservatori prevale la convinzione secondo cui il riferimento al diritto comparato non ha valore decisivo nel determinare la decisione giudiziaria; al tempo stesso si riconosce che il ricorso alla comparazione tende ad aumentare il valore persuasivo della decisione resa<sup>58</sup>. A conclusione di questo saggio, possiamo dire che l'uso della comparazione fa parte a pieno titolo del costituzionalismo moderno, che fin dai suoi albori ha posto tra le proprie pietre angolari, come è detto in modo eloquente nel preambolo della dichiarazione di indipendenza americana: «*a decent respect for the opinion of mankind*».

<sup>57</sup> Vedi in proposito le riflessioni di R. HIRSCHL, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014, 224 ss.

<sup>58</sup> Vedi da ultimo così: Corte costituzionale – Servizio studi, *L'assistenza alla decisione giurisdizionale*, R. NEVOLA (a cura di), cit.



## La medicina oltre la cura

*Renato Balduzzi\**

### MEDICINE BEYOND THE CURE

**ABSTRACT:** Within bioethical debate the dichotomy “to cure”/ “to care” is often used in order to focus on the complexity of the concept of health and – like in a game of mirrors – of each activity aimed to the protection of health. This dichotomy works well also if applied to the role of medicine. Nobody denies that among medicine’s functions and at the foundations of the ancient and modern medicine there is the care of patient, the mission to look after his needs in a global meaning and not only at a clinical level; however, everybody could pacifically observe that the specific mission of medicine, which distinguishes that from the other health care activities, is its capacity to cure the patient. Nevertheless, nowadays, thanks to the scientific and technological progress and to the evolution of the conception of health itself, the increasing power of medicine in our societies seems pushing it beyond the borders of the cure, not only towards the care, but also out of the scheme of the classic aforesaid dichotomy. This paper, by a constitutional studies’ point of view, deals with this issue by: i) analysing the contribution given by the Italian Constitution (starting from the Constituent Assembly debates) to overcome a limited notion of health protection (in the sense of the cure); ii) looking for (at a legal level) the current tendencies of medicine to go beyond the cure.

**KEYWORDS:** To care; to cure; medicine; healthcare; future

**SOMMARIO:** 1. Alcune premesse lessicali, per non perdersi – 2. L’ampliamento della nozione di salute e l’estensione della medicina – 3. La straordinaria ricchezza del dibattito e degli esiti in Assemblea costituente – 4. L’integrazione sociosanitaria, o quando la medicina va oltre la cura in senso stretto – 5. Sviluppi legislativi, giurisprudenziali e scientifici recenti: A) consenso informato e autodeterminazione (l. 219/2017); B) alleanza terapeutica; C) responsabilità medica e medicina personalizzata (o predittiva, o di precisione); D) neuroscienze e human enhancement

### 1. Alcune premesse lessicali, per non perdersi

**I**l titolo mi è stato assegnato (e da me accettato volentieri): questa circostanza rende indispensabile, più ancora di quando l’autore di uno scritto sia anche all’origine del titolo di questo, un chiarimento sulla portata del medesimo. Chiarimento che, come vedremo, si rivela tutt’altro che agevole, avendo a che fare con termini che rimandano a fenomeni in tumultuoso cambiamento. Se è vero che il cambiamento è la cifra della contemporaneità, è altrettanto vera la constatazione che di esso uno degli elementi più significativi è proprio quanto sta avvenendo in campo biomedico, con le ben note conseguenze in ordine alla nascita di discipline quasi del tutto nuove, come la bioetica. Si

\* *Professore ordinario di Diritto costituzionale nell’Università Cattolica del Sacro Cuore. Mail: [renato.balduzzi@unicatt.it](mailto:renato.balduzzi@unicatt.it). Contributo sottoposto a referaggio. Il testo è stato chiuso il 10 settembre 2019.*

tratta di un fenomeno strettamente intrecciato con l'ampliamento di spettro della nozione di salute: tali nuove discipline esprimono l'esigenza di difesa e di protezione rispetto all'"imperialismo" della scienza e soprattutto alle sue applicazioni tecnologiche: *in primis* la bioetica, cui seguiranno in pochi decenni la biopolitica e naturalmente uno degli strumenti più forti di quest'ultima, e cioè il biodiritto<sup>1</sup>. Per "medicina" (*scilicet*, degli ultimi due secoli, o medicina scientifica)<sup>2</sup> qui intenderemo l'insieme delle conoscenze scientifiche, delle tecniche e degli apparati organizzativi volti a contrastare le patologie e a migliorare lo stato di salute. Se, come si vedrà più sotto, proprio il mutamento progressivo della nozione di salute giustifica un allargamento del campo di applicazione della medicina, è pur sempre alla salute che occorrerà riferirsi per valutare, sotto il profilo etico e soprattutto, per quanto qui ci riguarda, giuridico-costituzionale, la compatibilità di tale allargamento con i principi del nostro ordinamento. Tutto ciò nella consapevolezza dei contorni necessariamente fluidi della nozione di salute, enigma che può essere svelato soltanto attraverso una riflessione a trecentosessanta gradi, dove la componente della medicina come scienza e quella della medicina come arte si intrecciano indissolubilmente<sup>3</sup>.

La nozione di "cura", che in linea generale possiamo intendere come obiettivo della medicina e come tecnica (esaustiva o principale) per ripristinare la salute, viene considerata suscettibile di una duplice accezione: in senso stretto, essa equivarrebbe a trattamento sanitario<sup>4</sup>; in senso largo, atterrebbe a tutte le forme di accudimento del malato (sul piano sociale, psicologico, dell'igiene, del benessere, e

<sup>1</sup> Sulle origini della bioetica v. per tutti C. TRIPODINA, voce *Bioetica*, in M. FLORES (a cura di), *Diritti Umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione – Dizionario alfabetico*, I, Torino, 2007, 546 ss.; F.P. CASAVOLA, *I diritti fondamentali della persona umana tra bioetica e diritto*, in F.P. CASAVOLA, L. CHIEFFI, F. LUCREZI (a cura di), *De hominis dignitate. Scritti di bioetica*, Milano, 2019, 53 ss. Sul biodiritto v. almeno C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, II ed., Torino, 2012.

<sup>2</sup> Ai fini della trattazione nostro tema, non sembra rilevare la distinzione tra medicina scientifica e medicina alternativa, o non convenzionale, o tradizionale: anche questa seconda, infatti, aspira (forse ancora di più della prima) ad andare oltre la cura (anzi, secondo i suoi critici, ci andrebbe troppo). L'evoluzione in corso verso una medicina sempre più predittiva e personalizzata potrebbe recuperare alcuni aspetti delle medicine alternative, o di alcune fra queste, purché esse accettino di sottoporre le proprie pratiche a tecniche di sperimentazione sistematica e, più in generale, ai postulati della cosiddetta medicina dell'evidenza: sul punto, anche per le ragioni che indurrebbero a preferire l'appellativo di medicine alternative, è ancora utile la lettura del Parere del Comitato nazionale di bioetica, *Le medicine alternative e il problema del consenso informato*, 18 marzo 2005; sul punto v., più di recente C. CASONATO, *La salute e i suoi confini. Una prospettiva comparata*, in G. CERRINA FERONI, M. LIVI BACCI, A. PETRETTO (a cura di), *Pubblico e privato nel sistema di welfare*, Firenze, 2017, 66-67.

<sup>3</sup> Secondo le note, e per certi versi insuperate, riflessioni di H.-G. GADAMER, *Über die Verborgenheit der Gesundheit*, Frankfurt am Main, 1993 (trad. it. *Dove si nasconde la salute*, Milano, 1994, spec. 25 ss., 118 ss.); la traduzione inglese (*The Enigma of Health: the Art of Healing in a Scientific Age*, Oxford, 1996), rende, meglio ancora di quella italiana, la complessità del tema.

<sup>4</sup> Il legislatore italiano sembra volere distinguere tra "cure" e trattamenti sanitari, prevedendo che sia possibile rifiutare questi ultimi o rinunciare ad essi (l. 219/2017; vedi però, in senso contrario, gli artt. 2, comma 2 e 3, comma 5); sulla nozione di trattamenti sanitari e sulla definizione che considera tali, ai fini della legge n. 219, la nutrizione e l'idratazione artificiale, «in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici» si vedano le persuasive riflessioni di L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1, 2018, spec. il § 3.

così via). La dicotomia (come spesso accade anche in altri campi e con riferimento ad altre dicotomie)<sup>5</sup> tende a relegare sullo sfondo l'essenziale complementarità tra il *to cure* (curare per guarire) e il *to care* (prendersi cura), confermata dalla radice etimologica, che riconduce all'azione di osservare<sup>6</sup>: cura è dunque la conseguenza di un'osservazione, e aggiungerei di osservazione partecipante, almeno nel senso di osservazione empatica e capace di cogliere la globalità dell'osservato, cui segue il trattamento, nel senso della mano che tocca, palpa<sup>7</sup>. Si ammette generalmente che, anche dove non vi sia possibilità di guarire, vi sia il dovere di curare.

E infine, "oltre". L'allargamento della medicina si ha sia in senso spaziale, andando ad occupare territori ulteriori rispetto a quelli della cura (in senso stretto, ma anche, oggi, in senso lato), sia in senso temporale: può essere "dopo"<sup>8</sup>, ma anche "prima", cioè prima che sia necessario intervenire con un sistema di cure (è tutto il terreno della prevenzione, specialmente di quella primaria)<sup>9</sup>.

## 2. L'ampliamento della nozione di salute e l'estensione della medicina

Che la medicina, di per sé, vada oltre la cura è oggi da considerarsi implicitamente ammesso addirittura in un testo normativo: l'art. 28 della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina afferma che gli Stati contraenti hanno l'obbligo di vigilare affinché i problemi fondamentali posti dallo sviluppo della biologia e della medicina siano oggetto di una *appropriate public discussion*<sup>10</sup>. Dal testo si ricava la forte

<sup>5</sup> V., ad altro proposito, ma con considerazioni applicabili anche al nostro tema, N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, 147, riprese di recente da S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 1. Sulle dicotomie a proposito della salute v. ora L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, spec. 245 ss.

<sup>6</sup> Com'è noto, questo sembra essere il significato della radice originaria sanscrita Ku-Kuv (v., ad es., E. BRUTTI, *La bellezza come stella polare*, in A.M. ACOCELLA, O. ROSSI (a cura di), *La cura: ambiti e forme in psicoterapia e nella relazione d'aiuto*, Milano, 2017, 31 ss.). La coppia *to cure-to care* costituisce uno degli strumenti cognitivi maggiormente impiegati nei dibattiti interni al mondo sanitario; per un autorevole avallo v. card. C.M. MARTINI, *L'etica dello stato sociale*, intervento alla "Prima conferenza nazionale sulla sanità", in [www.chiesadimilano.it](http://www.chiesadimilano.it), 24 novembre 1999. Più di recente, tutto incentrato su tale binomio è il Parere del Comitato nazionale per la bioetica, *La cura delle persone con malattie mentali: alcuni problemi bioetici*, 21 settembre 2017.

<sup>7</sup> Appare più facile percepire questa accezione del termine trattamento nella lingua tedesca, dove il termine *Behandlung* rimanda alla mano che tocca (così H.-G. GADAMER, *Über die Verborgenheit*, cit., spec. il cap. 10).

<sup>8</sup> Così, a proposito della nota vicenda dell'accertamento della morte cerebrale, quando, nel 1968, un gruppo di medici dell'Harvard Medical School stabilì che la morte doveva essere fondata su criteri neurologici. Ma può succedere (e non stupisce che ciò abbia suscitato discussioni) che la medicina decida che qualche cosa che sta prima della cura rientri nella nozione di trattamento sanitario, e che il legislatore decida di approvare una norma definitoria al riguardo: com'è il caso, per la nutrizione e l'idratazione artificiale, dell'art. 1, comma 5, della legge n. 219/2017. In proposito, anch'io (al pari di L. EUSEBI, citato *retro*, nt. 4) non considero una forzatura della legge distinguere tra ipotesi in cui nutrizione e idratazione artificiale siano da considerarsi trattamenti sanitari e ipotesi in cui essi non abbiano tale natura, in quanto ben può configurarsi un paziente che non richieda cure intensive e che non sia terminale, ma che necessiti di assistenza per nutrizione e idratazione: una definizione generale, *bonne à tout faire*, rischia di operare più come manifesto ideologico (anche qui comprensibile, alla luce di vicende legislative precedenti), che come reale ausilio all'inquadramento corretto delle singole situazioni.

<sup>9</sup> Sul punto v. G.P. ZANETTA, *La prevenzione nei sistemi costituzionali europei*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, 2009, 427 ss.

<sup>10</sup> Nella rubrica dell'art. 28 si usa la locuzione *public debate*, il che farebbe pensare che tali temi siano tra quelli più indicati per sviluppare percorsi di democrazia deliberativa. Nell'ordinamento francese questa tendenza è



sollecitazione a non sottovalutare la problematica dei limiti alla medicina, e dunque anche dei limiti al suo andare oltre la cura<sup>11</sup>.

Di questa estensione dei confini della medicina contemporanea abbiamo consapevolezza da molto tempo<sup>12</sup>: quella che chiamiamo la medicina “clinica” (etimologicamente, al letto del paziente), e che nella medicina moderna è strettamente collegata alla ricerca, di cui costituisce il principale fondamento<sup>13</sup>, è infatti una parte tutto sommato piccola della domanda alla quale la “medicina” è sottoposta<sup>14</sup>.

E d'altra parte che la medicina tenda oggi ad andare “oltre” la cura non può stupire, se pensiamo appunto all'estensione progressiva della nozione di salute oltre il momento sanitario in senso stretto<sup>15</sup>. In fondo, si tratta di un fenomeno analogo, e inverso, a quello che viene riassunto nello slogan “la salute in tutte le politiche”<sup>16</sup>. Se salute, secondo la definizione dell'OMS del 1946<sup>17</sup>, è qualche cosa di più dell'assenza di malattia o infermità, ma appunto consiste in un completo (o complessivo) stato di

---

ormai ampiamente sviluppata sia sul versante bioetico e biomedico (v. l'esperienza degli *États généraux de la bioéthique*) sia su quello più propriamente “sanitario” (l'esperienza dei dibattiti pubblici promossi dalla *Conférence Nationale de Santé*, sui quali si veda S. CERVIA, *La partecipazione dei cittadini in sanità. Italia ed Europa e confronto*, Milano, 2014, spec. 201 ss.). Nel nostro ordinamento, invece, le più limitate esperienze regionali e locali di pratica istituzionalizzata degli strumenti di democrazia partecipativa e deliberativa, pur mostrando un interesse per l'ambito tematico della salute, la declinano soprattutto nella dimensione vuoi della salute ambientale (v. ad es. l'ultima relazione dell'Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione della Regione Toscana, concernente gli anni 2017-2019), vuoi della salute di comunità (utile ed esteso materiale a questo proposito è da tempo raccolto ed elaborato dal Dors – Centro regionale di documentazione per la promozione della salute della Regione Piemonte); tendono a collocarsi entro l'ambito della salute di comunità anche le previsioni normative rintracciabili presso alcuni ordinamenti regionali che valorizzano la partecipazione della cittadinanza alla programmazione sanitaria: spunti ricostruttivi in S. CERVIA, *La partecipazione*, cit., 220 ss.).

<sup>11</sup> Rimangono preziose, pure a distanza di anni, le riflessioni di sintesi del Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 dicembre 2001. Si v. anche, recentissimo, il Parere, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 luglio 2019.

<sup>12</sup> Ancora H.G. GADAMER, *op.cit.*, spec. il cap. 7, *Filosofia e medicina pratica*.

<sup>13</sup> Si ricordi quanto accennato sopra circa l'importanza dell'“osservare”. Nell'ordinamento italiano consociamo una interessante e particolare tipologia di strutture sanitarie, gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, la cui missione istituzionale è proprio quella della medicina traslazionale (su tali istituti v. R. BALDUZZI, *La riforma degli Irccs: una sperimentazione gestionale “top-down” che disattende la Costituzione?*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Bologna, 2004, 41 ss.)

<sup>14</sup> Sull'aumento delle domande rivolte alla scienza medica, e sui rischi di medicalizzazione della società, interessanti le riflessioni di S. GARATTINI, *Fa bene o male? Salute, ricerca e farmaci: tutto quello che bisogna sapere*, Milano, 2013, 82 ss., 201 ss. Ma si veda la lucida sintesi di F.P. CASAVOLA, *Fede e Scienza nel nostro tempo*, in *Id.*, *De hominis dignitate*, cit., 135: «La medicalizzazione dell'inizio della vita apre la questione della selezione eugenetica, dell'aborto terapeutico, quella della fine della vita conduce alle angosciose alternative dell'accanimento terapeutico o della eutanasia o del rifiuto della cure, alla pratica del testamento biologico, al dibattito sul diritto al suicidio».

<sup>15</sup> La tensione tra “sanità” e “salute” è evidente già nella stessa traduzione italiana della denominazione dell'Organizzazione mondiale della sanità (*rectius*, salute).

<sup>16</sup> Su cui, per tutti, v. S. PENASA, *La “salute in tutte le politiche”: presupposti teorici e fondamento costituzionale. Il Trentino come laboratorio istituzionale*, in *Federalismi.it*, 2014, 1-31.

<sup>17</sup> Che naturalmente va completata dalla Dichiarazione di Alma Ata del 1978 sull'assistenza sanitaria primaria e dai principi della Carte di Ottawa per la promozione della salute (1986); quest'ultimo documento resta importante per cogliere il profilo dinamico (la salute è una «risorsa per la vita quotidiana, non è l'obiettivo del vivere») della nozione di salute internazionalmente accolta.

benessere fisico, mentale e sociale, essa è condizionata dalla presenza di numerosi prerequisiti (pace, abitazione, istruzione, cibo, reddito, ecosistema stabile, risorse sostenibili, giustizia sociale ed equità)<sup>18</sup>. E se il riferimento al profilo psichico o mentale, oltre a quello fisico, già rende meno standardizzabili sia la diagnosi sia la terapia e dunque viene a condizionare l'attività di cura, la presenza del profilo sociale rinvia alla condizione generale di cittadinanza e in particolare alle relazioni di eguaglianza-diseguaglianza tra i consociati<sup>19</sup>, per questa via imponendo una riflessione che coinvolge giuristi, sociologi ed economisti<sup>20</sup>.

Quanto poi al significato del termine "benessere", merita di essere qui ricordato che una tra le migliori discussioni recenti sul tema insiste sul postulato per cui quello che è benessere va definito dal soggetto interessato, purché correttamente informato e sostenuto dalla spinta gentile (*nudge*) del corpo sociale e delle istituzioni<sup>21</sup>. Ciò risulta particolarmente importante in considerazione dell'estensione dell'ambito di intervento della medicina dalla cura delle malattie alla prevenzione delle medesime, soprattutto, come già si è accennato, sotto il profilo della prevenzione primaria rispetto ai fattori di rischio, a cominciare dall'insieme di quelli che comunemente vengono chiamati "stili di vita"<sup>22</sup>.

Il presente lavoro, inserendosi nell'ambito di una ricerca avente per oggetto il rapporto tra il biodiritto e la Costituzione, si incentrerà dapprima sul contributo dato dalla Costituzione italiana (anche attraverso i suoi lavori preparatori) al superamento di una nozione ristretta della tutela della salute intesa come tutela sanitaria e di quest'ultima come semplice cura; successivamente, si cercheranno di individuare alcune applicazioni odierne della tendenza della medicina ad andare oltre la cura.

### 3. La straordinaria ricchezza del dibattito e degli esiti in Assemblea costituente

Con la Costituzione italiana salute e sanità entrano, per la prima volta in forme compiute e consapevoli, nella storia del diritto costituzionale. Mai, prima di allora, una costituzione aveva "osato" andare oltre formule generiche – anche se, per l'epoca e i contesti in cui vennero approvate, certamente significative<sup>23</sup> – sulla necessità di tutelare la salute, gli strumenti con cui farlo, la ripartizione delle relative competenze tra centro e periferie.

<sup>18</sup> Sono questi i noti prerequisiti della Carta di Ottawa.

<sup>19</sup> V. gli spunti di S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, 237-238.

<sup>20</sup> Varie relazioni governative sullo stato sanitario del Paese attestano la piena consapevolezza, a livello istituzionale, delle disuguaglianze assistenziali e sociali. Opportunamente il Comitato Nazionale per la Bioetica ha ricordato che, in uno di questi documenti (la Relazione sullo stato sanitario del Paese del 2012/2013), la sezione 5.1 era intitolata significativamente «La salute degli italiani: una questione di disuguaglianze sociali?»: v. il *Parere, In difesa del Servizio sanitario nazionale (SSN)*, 26 gennaio 2017.

<sup>21</sup> C. SUNSTEIN, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, 2014, trad. it. *Effetto nudge. La politica del paternalismo libertario*, Milano, 2015, 104 ss.

<sup>22</sup> Si v. sul punto il *Parere* del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Stili di vita e tutela della salute*, 20 marzo 2014.

<sup>23</sup> A partire naturalmente dalla Costituzione di Weimar (una costituzione che "ridisegna" la società: P. RIDOLA, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, § 6; si v. anche, più di recente, C. GUSY, *100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit*, Tübingen, 2018, 259 ss.), il cui art. 161 prevedeva che «Il Reich organizza, con la determinante partecipazione degli assicurati, un unitario sistema assicurativo allo scopo di tutelare la salute e la capacità di lavoro, di proteggere la maternità e di prevenire le conseguenze economiche della vecchiaia, delle malattie e degli incidenti della vita»; si v. altresì l'art. 119, comma 2, secondo il quale «l'elevamento spirituale, la salute e lo sviluppo sociale della

È abbastanza noto che non fu facile, all'interno dell'Assemblea costituente, arrivare alla formulazione finale dell'art. 32, né all'attribuzione alle regioni a statuto ordinario della competenza concorrente sull'assistenza sanitaria e ospedaliera (nonostante il precedente dello statuto speciale della Regione Sicilia, che già aveva affidato sia l'"igiene e sanità pubblica", sia l'assistenza sanitaria, alla competenza regionale secondaria)<sup>24</sup>.

La maggioranza dell'Assemblea tuttavia riuscì a cogliere la complessità della posizione tutelata, a partire dalla sua stessa duplicità come diritto sociale di prestazione e come diritto di libertà strettamente correlato alla libertà personale<sup>25</sup>: proprio la compresenza dei due profili avrebbe permesso, nel tempo, di qualificare il diritto sociale come vero e proprio diritto soggettivo e di non sovrapporre diritto alla salute e diritto alle cure, dovendo essere sempre ricordato al diritto alla salute, quale espressione della dignità personale, anche il profilo incorporato nel secondo comma della disposizione costituzionale.

---

famiglia è compito dello Stato e dei Comuni». Da menzionare anche l'art. 111 della Costituzione della Lituania del 1922: «Lo Stato garantisce la salute umana e accorda a ciascuno un livello minimo di cure»,) e della Lettonia dello stesso anno: «La salute e la morale pubblica sono protette da leggi speciali». Si v. anche il Preambolo della Costituzione francese della IV Repubblica (su cui A. LAUDE, B. MATHIEU, D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, Paris, 2007, 2 ss.) e, soprattutto, quello della Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità, firmata a New York il 22 luglio 1946, che contiene, dopo il celeberrimo principio per cui «La sanità è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste solo in un'assenza di malattia o d'infermità», il meno noto, ma interessante «Il possesso del miglior stato di salute possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano, senza distinzione di razza, di religione, d'opinioni politiche, di condizione economica o sociale».

<sup>24</sup> Art. 17, lett. b) e c), R.D.Lgs. 15 maggio 1946, n. 455, poi convertito in legge costituzionale dalla l. cost. 26 febbraio 1948, n. 2.

<sup>25</sup> La "duplicità" della salute come contenuto di un diritto a prestazione e come contenuto di un diritto di libertà fu uno dei temi più infiammati della discussione. Nella critica alla formulazione del Progetto (poi divenuta, con lievi modificazioni, l'attuale art. 32) si distinsero il dep. Vittorio Emanuele Orlando e il dep. Fiorentino Sullo, rispettivamente decano e matricola dell'Assemblea. Soprattutto quest'ultimo ne denunciò la natura ibrida e, conseguentemente, la superfluità: «questo articolo 26 non afferma né diritti di libertà né diritti sociali. Non afferma diritti di libertà perché quello che potrebbe essere un diritto di libertà, nel secondo comma [...] non ha invece il valore polemico che presentano altri articoli della nostra Costituzione in quanto non v'è stata alcuna violazione in Italia che possa essere contemplata da questo secondo comma ed è pertanto inutile che si parli di ciò, perché la sola menzione può essere un'offesa alla tradizione nostra in questo campo. Per quanto riguarda poi i diritti sociali, non si parla, nell'articolo 26, di diritti sociali nuovi. In realtà, in Italia, nei limiti dei bilanci e degli accorgimenti della tecnica amministrativa, è stata sempre tutelata la salute ed è stata sempre promossa l'igiene» (seduta del 23 aprile 1947). Anche questa posizione, tutt'altro che isolata nel consesso, vistane la vicinanza con un ordine del giorno (primo firmatario proprio V.E. Orlando) che mirava alla stessa soppressione degli articoli del titolo II e che fu votato da una minoranza corposa dell'Assemblea, rivela la differente maturazione delle visioni che attraversavano, spesso trasversalmente ai gruppi, i banchi della costituente. In particolare, deve riconoscersi che, a fronte degli argomenti culturalmente assai avvertiti che spinsero all'approvazione della disposizione (e che conservano ancora oggi attualità, com'è il caso degli interventi che sottolinearono, a proposito della salute, l'intreccio inestricabile tra diritto sociale e diritto di libertà: si v., tra i lavori più recenti, A. D'ALOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 1, 2014, 88; L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 31 ss.), le posizioni espresse dai costituenti di formazione giuridica – con alcune non casuali eccezioni, come Aldo Moro – mostravano un certo condizionamento che non fu sconosciuto neppure ai primi anni di attuazione (o non attuazione) di molte disposizioni costituzionali, art. 32 compreso, ovvero il condizionamento esercitato dai principi e dalle regole della legislazione ordinaria di matrice liberale, con tracce profonde di corporativismo fascista, che ancora reggevano il sistema sanitario.

Rileggendo oggi le formule che il Gruppo medico parlamentare<sup>26</sup>, costituito all'interno dell'Assemblea, aveva proposto all'attenzione dei costituenti<sup>27</sup> e che condizionarono significativamente il testo dell'art. 26 del Progetto di Costituzione, poi divenuto, con modifiche, il vigente art. 32<sup>28</sup>, non è possibile non restare colpiti dalla circostanza che le differenti versioni che giunsero alla discussione plenaria già condensavano in sé molti degli attuali nodi problematici del diritto alla salute: la doppia qualificazione oggettiva come diritto ed interesse e la doppia titolarità individuale e collettiva; la gratuità o meno delle cure e la loro adeguatezza; i versanti igienistico-preventivo, promozionale e assistenziale-terapeutico della tutela; l'imputazione soggettiva del dovere di tutela e la configurazione dell'organizzazione sanitaria; il diritto a rifiutare le cure e il divieto di pratiche sanitarie contrarie alla dignità umana<sup>29</sup>. Denominatore comune delle diverse formule proposte fu proprio la volontà di inserire nel testo costituzionale la tutela della "salute" intesa come bene-valore in sé, e non in quanto ricollegata ad interessi, pur rilevanti, quali la sicurezza pubblica o la capacità produttiva. Proprio qui stava il cambiamento di prospettiva: la Costituzione si occupa della tutela della salute e dunque prende le distanze dalla concezione di questa come un fatto privato, rilevante soltanto per ragioni di difesa sociale o di tenuta economica. Tale scelta comportava la messa in discussione del sistema sanitario ereditato dal passato, che sino a quel momento era consistito – fatta eccezione per le cure agli indigenti afferenti alla materia della beneficenza pubblica – in interventi dei pubblici poteri mediante azioni di prevenzione collettiva delle malattie e, sotto il profilo più specificamente organizzativo, mediante il governo del sistema mutualistico: un sistema nel quale, in coerenza con le diverse premesse in tema di salute, dominava la logica assicurativa (nei fatti ancora, in notevole misura, corporativa), fondata sullo scambio tra denaro ed assunzione del rischio, nonché sul rapporto di consequenzialità tra tutela della produzione e salvaguardia della salute/capacità lavorativa del dipendente.

Se poi volgiamo l'attenzione al fondamento cui i più convinti promotori, ovvero gli esponenti del gruppo parlamentare medico, variamente distribuiti tra i diversi schieramenti, basarono la loro proposta, troviamo che questo è esplicitamente individuato in ragioni di eguaglianza e solidarietà, riconnettendo l'art. 32 ai principi fondamentali della Repubblica, con particolare riferimento agli artt. 2 e 3,

<sup>26</sup> Su cui v. G. SAGGESE; I. FARNETANI; P. DI PIETRO, *Pediatri e medici alla Costituente: un pezzo sconosciuto di storia della Repubblica*, Cento (FE), 2006, 10 ss.

<sup>27</sup> «1. Lo Stato tutela la salute come diritto essenziale e fondamentale di ogni essere umano e come interesse della collettività; promuove lo sviluppo della coscienza igienica; assicura le condizioni necessarie perché l'assistenza sanitaria si effettui in modo adeguato per tutti. 2. Lo Stato assolve tali compiti per mezzo dei sanitari, mediante appositi istituti di previdenza facenti capo ad un unico organo centrale tecnico-sanitario, distinto dagli altri organi del potere esecutivo. 3. Nessun cittadino può essere sottoposto a pratiche sanitarie non autorizzate dalla legge; la quale non potrà mai consentire che le pratiche sanitarie siano esplicate oltre i limiti imposti dal rispetto della personalità umana» (si v. il resoconto della seduta della Commissione per la Costituzione del 25 gennaio 1947, ASSEMBLEA COSTITUENTE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Roma, 1970, vol. VI, 180).

<sup>28</sup> «La Repubblica tutela la salute e l'igiene ed assicura cure gratuite agli indigenti. Nessun trattamento sanitario può essere obbligatorio se non per legge. Non sono ammesse pratiche sanitarie lesive della dignità umana».

<sup>29</sup> Per sviluppi sul dibattito in Assemblea costituente si rinvia a R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 19 ss.; più di recente, anche per la sottolineatura delle legature tra il dibattito costituente e i successivi sviluppi del Ssn, v. R. BALDUZZI, *Quasi un editoriale. Dopo 40 anni, verso una destrutturazione del Ssn?*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 465 ss.

comma 2. Più di una voce in Assemblea rilevò che il dovere della Repubblica di tutelare la salute degli individui si radica nel principio di eguaglianza sostanziale, perché la disparità dei livelli di tutela tra gli individui è «una delle più dolorose disparità, una delle più dolorose diseguaglianze che attualmente vi sono tra i cittadini italiani» e la norma costituzionale in parola non avrebbe fatto che «tradu[rre] in atto» tale principio. Parimenti, non sfuggì neppure il fondamento solidaristico del diritto alla tutela della salute, del quale si segnalò lo storico distacco dal sentimento di carità che ispirava la pubblica beneficenza, per giungere all'affermazione di un dovere da parte del cittadino di promuovere per sé stesso «tutte quelle iniziative che tendono a tutelare la sua stessa salute»<sup>30</sup>. Proprio sulle basi egalitaria e solidaristica, alcuni costituenti sostennero l'espunzione del riferimento alla gratuità delle cure gratuite agli indigenti, in favore di una tutela universalistica, rivolta a qualsivoglia soggetto a prescindere dalle sue condizioni sociali, spettando semmai poi al legislatore di stabilire eventualmente le categorie beneficiarie della gratuità<sup>31</sup>.

Che il gruppo interparlamentare medico sia riuscito, in Assemblea costituente, a indirizzare l'intera aula sui binari di una concezione della medicina concentrata non soltanto sul profilo sanitario, sulla cura in senso stretto, ma aperta alla complessità strutturale del diritto alla salute, suona oggi, oltre settant'anni dopo, quasi una missione impossibile. Ma fu quello che accadde: una medicina che si pensava oltre la cura e che poneva le basi perché l'attenzione sanitaria della Repubblica andasse anch'essa oltre la cura.

Su queste basi, non stupisce neppure il collegamento, che fu fatto nella discussione costituente, tra il piano del diritto e quello dell'organizzazione incaricata di assicurarne la tutela, tanto che alcuni sostennero la necessità di indicare nella stessa disposizione costituzionale le linee essenziali dell'organizzazione del futuro sistema sanitario, saldando strettamente livello centrale e livelli periferici<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Così, nella seduta del 24 aprile 1947, rispettivamente i deputati Camangi e Merighi, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., vol. II, 1217 e 1220 (con argomenti non lontani da quelli con i quali oggi, abbastanza pacificamente, si afferma la responsabilizzazione degli individui alla cura della propria salute (v. ad es. L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 249). Sulla salute come diritto e dovere, si registra negli ultimi anni un ritorno di interesse in dottrina: si v., ad es., C. PANZERA, *Un diritto fra i doveri? Lo "strano caso" del diritto alla salute*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*, Torino, 2007, 438 ss. e, più recentemente, F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016, 188 ss.

<sup>31</sup> Si veda in particolare l'intervento del deputato Caronia: «Certi mezzi di prevenzione e di cura sono così complessi e costosi da poter riuscire difficile procurarseli anche al cittadino più facoltoso con le sue sole disponibilità» (*ivi*, 1215). Sul pediatra Caronia, che promosse e presiedette il Gruppo medico parlamentare, v. E. GAUDIO, *Giuseppe Caronia*, in *Nomos*, 3, 2017.

<sup>32</sup> V. il resoconto della più volte menzionata seduta del 24 aprile 1947 (*retro*, nt. 7), e in particolare gli interventi del dep. Corbino e del dep. Gronchi, i quali, nell'invitare il dep. Caronia a ritirare l'emendamento volto a indicare nella Costituzione la tipologia organizzativa dei servizi sanitari, esprimono la piena consapevolezza di tale intreccio tra il livello centrale e quello periferico. Un intreccio del quale ancora oggi registriamo le conseguenze organizzative: si pensi alla norma che prevede l'emanazione dei Lea sanitari (pure oggetto, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera m) Cost., di competenza legislativa esclusiva statale) d'intesa con la Conferenza Stato-regioni e, per converso, ai principi organizzativi di struttura del Servizio sanitario nazionale, i quali si impongono alle regioni e costituiscono anche un limite all'attuazione, nella materia *de qua*, del c.d. regionalismo differenziato: sul punto v. R. BALDUZZI, *Quasi un'editoriale*, cit., 470 s.; R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2019. Non sempre la dottrina, anche quella più attenta, riesce a cogliere i tratti

Certo, non tutte tali proposte confluirono poi nel testo finale dell'art. 32, ma il loro richiamo contribuisce a ricostruire il clima culturale in cui presero vita le vigenti disposizioni costituzionali e a comprendere anche come quella ricchezza di significati precettivi, che i costituenti più lungimiranti avevano condensato soprattutto nella disposizione dell'attuale art. 32, permetterà, negli anni successivi, di mantenere la tensione verso un pieno sviluppo del versante sociale del diritto a prestazione, con l'istituzione di un Servizio sanitario nazionale fondato sui principi di universalità dei destinatari e globalità delle cure, e, più tardi, anche la scoperta della sua portata *ultrasanitaria* attraverso il riconoscimento sia della c.d. efficacia orizzontale (*Drittwirkung*) del diritto alla salute, a seguito dell'emersione della figura del danno biologico, sia del diritto all'ambiente salubre<sup>33</sup>.

La derivazione della tutela della salute, in quanto diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, dai principi costituzionali di eguaglianza sostanziale e di solidarietà (superando impostazioni paternalistiche e, si direbbe oggi, "compassionevoli"), e lo stretto legame tra la garanzia di tale diritto e l'organizzazione dei servizi sanitari che concorrono ad assicurarne la tutela sono acquisizioni preziose ancora oggi e possono orientare la riflessione sul futuro.

#### 4. L'integrazione sociosanitaria, o quando la medicina va oltre la cura in senso stretto

Un esempio interessante dei problemi che si pongono quando la medicina va oltre la cura in senso stretto, è dato dalla cosiddetta integrazione socio-sanitaria. Per capirne la sostanza, ci è utile conoscere che cosa sia "assistenza sociale" e che cosa sia "assistenza sanitaria", e ciò perché il "socio-sanitario"<sup>34</sup> sta a cavaliere delle due attività e delle due nozioni: l'integrazione sociosanitaria è sì, come è stato opportunamente argomentato<sup>35</sup>, un fatto sociale complesso, ma lo è proprio perché viene a integrare,

---

reali di questo intreccio, ben anteriore alla riforma del titolo V (per un esempio v. L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 252, e relative citazioni in nt. 12).

<sup>33</sup> Su questi temi, v. per tutti P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, IV ed., Torino, 2017, 537 ss.

<sup>34</sup> Che può essere scritto con o senza trattino: a favore del trattino sta la circostanza che, appunto, di vera integrazione e non di mero accostamento o, peggio, giustapposizione si parla (sembra questo l'avviso di E. ROSSI, *Il "socio-sanitario": una scommessa incompiuta?*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 249 ss., che richiama l'autorevole avallo dell'Accademia della Crusca, anche se in proposito più che di avallo sembra trattarsi di una semplice via libera). Per contro, si potrebbe addurre che la Costituzione non soltanto colloca in due articoli diversi l'assistenza sanitaria e quella "sociale" (art. 32, art. 38; ma vedi, in quest'ultimo articolo, il riferimento ai casi di «infortunio, malattia, invalidità»), ma affida a soggetti diversi la relativa regolamentazione (art. 117, comma 3 e, *a contrariis*, comma 4). A ciò si potrebbe replicare sia che la formula costituzionale per cui la Repubblica tutela la salute quale diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività apre alla considerazione della salute in tutte le politiche e in primo luogo proprio in quelle sociali (e pertanto la fusione potrebbe dirsi una scelta costituzionalmente orientata), sia che gli artt. 32 e 38 hanno pur sempre un "padre" comune, e cioè il secondo comma dell'art. 3 (per uno sviluppo di questa affermazione si v., più oltre, nel testo). Una conferma, a livello normativo, della pluralità di scritture si vedano le rubriche e il testo dell'art. 3-septies del d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, introdotto dal d. lgs. 19 giugno 1999, n. 229 (*Integrazione sociosanitaria*) rispetto al d.P.C.M. 14 febbraio 2001 (*Atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio-sanitarie*).

<sup>35</sup> A. FAVRETTO, *Dalle diadi alle costellazioni: considerazioni sulle pratiche multiprofessionali nei contesti sociosanitari*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 332.

nel senso di portare a pienezza, e secondo differenti graduazioni<sup>36</sup>, due attività che, se considerate e praticate isolatamente, rischiano di non raggiungere il proprio fine specifico<sup>37</sup>.

Si tratta di due attività che hanno, storicamente e in atto, una loro consistenza autonoma, che risale almeno alla costruzione del regime mutualistico in sanità e che è stata rafforzata dal progressivo superamento del sistema delle “condotte”<sup>38</sup>. L’evoluzione della nozione di assistenza sanitaria, che comunemente viene ricondotta dapprima al completamento del trasferimento delle funzioni operato con il d.p.r. 616/1977<sup>39</sup> e poi alla legge 833/1978, ha portato inevitabilmente a una riduzione della distanza tra questa e l’assistenza sociale, di cui la formula costituzionale dell’art. 32 già conteneva il germe primigenio. Tale riduzione della distanza, per molto tempo ostacolata da preoccupazioni, ormai superate<sup>40</sup>, di ordine politico-culturale che paventavano una sorta di sanitarizzazione o medicalizzazione del sociale, ha avuto una forte accelerazione con il d. lgs. n. 229/1999, nella cui cornice giuridico-culturale noi possiamo ritrovare anche una compiuta definizione dell’integrazione socio-sanitaria<sup>41</sup>.

Gli ostacoli all’estensione dell’attenzione della medicina al settore dell’integrazione sociosanitaria sono da ricercarsi soprattutto nell’ancora limitata definizione e standardizzazione dei livelli essenziali di assistenza sociale, i cosiddetti Liveas, la cui declaratoria impegna da quasi due decenni gli operatori del settore e i relativi organismi politico-amministrativi<sup>42</sup>, oltre che nell’ancora insufficiente scomposizione analitica della nozione di integrazione<sup>43</sup>, al cui proposito sono particolarmente utili le

<sup>36</sup> Ciò, tra l’altro, permette di spiegare l’espressione «prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria», che viene talora impiegata dalla normativa vigente (art. 3-septies, commi 4 e 5, del d. lgs. cit., *retro*, nt. 1; si v. anche il relativo d.P.C.M. ugualmente cit., alla nt. 33).

<sup>37</sup> Risulta pertanto corretta l’impostazione del menzionato d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, che ha definito le prestazioni sanitarie a rilevanza sociale e quelle sociali a rilevanza sanitaria. *Contra*, A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Milano, 2017, 87; E. ROSSI, *Il “socio-sanitario”*, cit., 254.

<sup>38</sup> Cfr. F. TARONI, *Politiche sanitarie in Italia. Il futuro del SSN in prospettiva storica*, Roma, 2011, 21 ss.

<sup>39</sup> Su cui per tutti F. SORRENTINO, P. COSTANZO, F. OLIVA, M. POSARELLI, *Comuni province comunità montane nel decreto 616*, Genova, 1979.

<sup>40</sup> Come rileva ancora A. FAVRETTO, *Dalle diadi*, cit., secondo la quale residuerebbero echi di quella distanza soprattutto nelle relazioni tra professionisti.

<sup>41</sup> Si veda il d.p.r. 23 luglio 1998, *Approvazione del Piano sanitario nazionale per il triennio 1998-2000* (G.U. 10 dicembre 1998, n. 288, suppl.): sul nostro tema, al pari di quanto avvenuto a proposito della nozione di livelli essenziali di assistenza, il Piano fornisce la cornice culturale che permette di apprezzare sino in fondo la portata e il significato delle clausole normative: si rinvia a R. BALDUZZI, *Livelli essenziali e risorse disponibili: un nodo costituzionale?*, in AA. VV., *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, 2011, 60 ss.

<sup>42</sup> Per sviluppi sul punto, rinvio a R. BALDUZZI, *La persona in tutte le politiche (sociali); una “scommessa” quasi compiuta?*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 245 ss. L’assenza, a tutt’oggi, dei Liveas, comporta conseguenze importanti: oltre ad ostacolare la compiuta integrazione tra sociale e sanitario, impedisce la «compiuta attuazione del sistema di finanziamento delle funzioni degli enti territoriali previsto dall’art. 119 Cost.» (la citazione tra virgolette è tratta dall’importante sentenza della Corte cost. n. 273 del 2013, red. Mattarella): dunque non soltanto non viene attuata la legge 42/2009, ma ciò si riflette sull’attuazione, in parte *qua*, del medesimo novelato art. 119 Cost. Sulle ragioni che ostano alla declaratoria dei Liveas v. E. ROSSI, *op. ult. cit.*, § 9. Interessante in G. GRASSO, *Appunti su reddito di inclusione, assistenza socio-sanitaria e vincoli sulle risorse disponibili*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 335 ss., la sottolineatura dell’importanza sistematica del d. lgs. n. 147/2017 (si v. oggi il d.l. 4/2019, conv., con mod., dalla l. 26/2019), recante l’istituzione del c.d. reddito di inclusione quale «misura unica a livello nazionale di contrasto alla povertà e all’esclusione sociale»: l’integrazione socio-sanitaria è strettamente collegata alla capacità di realizzazione di reti di servizi.

<sup>43</sup> Dove, accanto all’integrazione tra le professioni (tra diverse professioni sanitarie e tra professioni sanitarie e professioni non sanitarie) e a quella gestionale, ritroviamo l’integrazione orizzontale tra comuni e quella verticale

considerazioni e gli schemi volti a precisare l'integrazione operativa tra le prestazioni sanitarie e le corrispondenti prestazioni sociali, così da consentire un sociosanitario avanzato e contemporaneamente offrire lo spunto per una prima individuazione dei Liveas<sup>44</sup>.

Sotto entrambi i profili, l'apporto della medicina sembra ancora insufficiente. Eppure, riuscire a collegare prestazioni sanitarie codificate di diagnosi e terapia con corrispondenti prese in carico sotto l'aspetto sociale integrando i relativi servizi e consentendo di misurarne gli esiti sembra essere uno degli sviluppi come una sfida per soli cultori dell'organizzazione sanitaria, del diritto sanitario e dell'economia sanitaria, ma per la stessa medicina. Anche in questa prospettiva l'indicazione proveniente dalla Costituzione italiana, nel suo testo originario e nelle modifiche intercorse (soprattutto quella apportata dalla legge cost. 3/2001, con l'introduzione della clausola dell'art. 117, comma 2, lettera m), in cui il riferimento alla potestà legislativa statale va letto non soltanto come attribuzione di competenza, ma come garanzia che le relative prestazioni siano assicurate a tutti in forza del principio di eguaglianza<sup>45</sup>): se è vero infatti che la Costituzione italiana distingue tra la salute dell'art. 32 e l'assistenza dell'art. 38, è pur sempre vero che esse hanno un "padre" comune, cioè il principio di eguaglianza sostanziale del secondo comma dell'art. 3<sup>46</sup>.

### **5. Sviluppi legislativi, giurisprudenziali e scientifici recenti: A) consenso informato e autoterminazione (l. 219/2017); B) alleanza terapeutica; C) responsabilità medica e medicina personalizzata (o predittiva, o di precisione); D) neuroscienze e *human enhancement***

All'interno dell'onda lunga dell'attuazione di una Costituzione così innovativa come quella italiana, la medicina che si fa tecnologia conduce a dimensioni difficilmente immaginabili un fenomeno come quello delle "mani sull'uomo"<sup>47</sup> e pone quotidianamente il problema, etico e giuridico, circa la bontà di tali interventi artificiali<sup>48</sup>, la loro rispondenza ai principi costituzionali, la valutazione della

---

con province e regioni, nonché, decisiva, l'integrazione comunitaria, cioè le forme di collaborazione tra professionisti e operatori del Terzo settore e del volontariato.

<sup>44</sup> Così efficacemente A. BANCHERO, *Contributi per facilitare l'applicazione degli interventi sociosanitari dei nuovi LEA, integrati con le attività sociali e riflessioni sulla definizione del LEP sociali*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 285.

<sup>45</sup> Onde «assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti» (Corte cost., sent. n. 62 del 2013, red. Napolitano; v. anche le sentt. n. 322 del 2009 e n. 282 del 2002); sul punto v. per tutti ancora E. ROSSI, *op. cit.*, 277-278.

<sup>46</sup> Il che rende ancora più urgente la definizione dei livelli essenziali di assistenza sociale, se è vero che i Lep sono, in generale, il nuovo nome del principio di eguaglianza (E. BALBONI, *Livelli essenziali; il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in ID., B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003, 27 ss.).

<sup>47</sup> Si rinvia a R. BALDUZZI, C. CIROTTI, I. SANNA, *Le mani sull'uomo. Quali frontiere per la biotecnologia?*, con prefazione di F.P. CASAVOLA, Roma, 2005.

<sup>48</sup> Ricorda opportunamente F.P. CASAVOLA, *Prefazione* a R. BALDUZZI, C. CIROTTI, I. SANNA, *Le mani sull'uomo*, cit., 6, che tecnologia significa proprio produzione di oggetti artificiali. Sull'embricazione tra "naturale" e "artificiale" v. R. BALDUZZI, *Sull'opportunità di ripensare la Carta (natura e cultura nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in L. LEUZZI, C. MIRABELLI (a cura di), *Verso una Costituzione europea*, Roma, 2003, vol. I, 365 ss.; ID., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Un esempio di constitutional drafting?*, in *Quaderni regionali*, 2003, 402 ss.

legislazione conseguente a quegli interventi e delle pronunce giurisdizionali che con quei principi e con questi interventi si pongono variamente in rapporto. Nell'ordine, saranno passati in rassegna alcuni tra gli sviluppi legislativi e scientifico-tecnologici più recenti.

**A)** Se è ormai pacifico che il principio del consenso informato abbia, nell'ordinamento italiano, valore costituzionale di «vero e proprio diritto della persona [...], svolgendo, in pratica, una «funzione di sintesi» tra il diritto all'autodeterminazione e quello alla salute»<sup>49</sup>, e che la ricognizione che ne ha effettuato la legge 219/2017, in tema di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, ne abbia confermato tale funzione, restano da precisarne limiti e portata, in particolare per quanto attiene all'esigenza che tale principio non venga inteso in senso esclusivo e “tirannico”<sup>50</sup>, ma si inserisca nel contesto di una Costituzione che insiste molto sul carattere relazionale della persona e sui doveri di solidarietà sociale: insomma, un'autodeterminazione non solitaria, ma solidale<sup>51</sup>.

Un esempio di tale problematica è fornito proprio dall'attuale discussione sul fine vita. La distinzione tra uccidere e morire (o lasciar morire) è stata determinante durante tutto il corso dei lavori preparatori della legge n. 219 e ne costituisce uno dei nuclei concettuali che ne delincono lo “spirito”<sup>52</sup> e

<sup>49</sup> Un diritto che «trova fondamento nei principi espressi dall'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» (così Corte cost., ord. n. 207 del 2018, che richiama le sentt. n. 438 del 2008 e n. 253 del 2009). Sul punto v. R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 4953 ss.; C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, 1052 ss.; E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Rivista AIC*, 4, 2011.

<sup>50</sup> Il riferimento è naturalmente a Corte cost., sent. n. 85 del 2013, cosiddetta sentenza Ilva: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Sulle decisioni della Corte in tema v. D. SERVETTI, *Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull'Ilva di Taranto*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 193 ss.; ID., *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019, 122 ss. Sul principio di autodeterminazione sempre utili le riflessioni di C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, e di L. Antonini, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I., Pavia, 5-7 dicembre 2009, rispettivamente 49 ss. e 11 ss.

<sup>51</sup> Per dirla con i francesi, non *solitaire*, ma *solidaire*. Sul principio di autodeterminazione si vedano le equilibrate riflessioni di F. Pizzolato, *Autodeterminazione e relazionalità nella tutela della salute*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2018, 430 ss.

<sup>52</sup> Se eutanasia è accorciamento intenzionale del processo di morte (o, come si esprime nel 2012 il Consiglio d'Europa, «uccisione intenzionale, per azione od omissione, di un essere umano dipendente per suo presunto beneficio»), la distinzione non può essere considerata né formalistica, né pretestuosa. E neppure si potrebbe obiettare che, così ragionando, si verrebbe a dare eccessivo rilievo all'intenzione e dunque a fondamenti e presupposti etico-religiosi o addirittura confessionali, posto che proprio la c.d. bioetica “laica” (quella “religiosa” essendo, sul punto, generalmente più prudente, per evitare di classificare e distinguere arbitrariamente l'umano dal non-umano, la persona dalla non-persona) individua generalmente la specificità dell'umano proprio nella coscienza, e dunque (anche) nell'intenzionalità. A proposito di “spirito” della legge 219, appare rilevante la circostanza che, nel medesimo contesto politico-parlamentare della XVII legislatura (ma a proposito di diverso

diventa allora importante fare riferimento a esso anche nella disamina di singole questioni interpretative, come vedremo tra breve in tema di alleanza terapeutica.

Sotto questo profilo, va sottolineata, nella notissima ord. n. 207 del 2018 della Corte costituzionale<sup>53</sup>, la presa di distanza non soltanto rispetto a un supposto “diritto a morire”, ma anche rispetto sia a «un generico diritto all’autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita», sia a una «concezione astratta dell’autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono» in cui spesso vengono a maturare le decisioni di suicidio, nonché la forte riaffermazione del compito della Repubblica di «porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità»<sup>54</sup>. Date queste premesse, si comprende bene perché sia sembrato a molti commentatori almeno riduttivo, da parte della Corte, sussumere la questione concernente la possibilità di accesso al suicidio assistito esclusivamente sotto il (e valutarla alla sola stregua del) principio di eguaglianza tra chi è in grado di porre rapidamente fine alla propria vita e chi non lo è, in quanto essa attiene al nucleo della questione sull’esistenza o meno di un diritto a morire<sup>55</sup>.

**B)** Il riferimento allo “spirito” della legge n. 219 permette di affrontare la problematica della “alleanza terapeutica”: al pari del consenso informato, anch’essa è da considerarsi principio generale, confermato a livello sovranazionale e internazionale, del rapporto tra medico e malato. Ed è importante, a mio avviso, che la già richiamata ord. n. 207/2018 qualifichi proprio come “alleanza terapeutica” la relazione di cura prevista dall’art. 1 della legge n. 219: la fiducia e la (reciproca) informazione costituiscono presupposti ed elementi essenziali del rapporto di cura e dell’alleanza terapeutica che lo sostanzia.

Un’alleanza che non viene meno neppure quando subentri uno stato di incapacità di autodeterminarsi, perché non viene meno la funzione di garanzia del medico. Una lettura integrata e sistematica della legge n. 219 permette di risolvere in modo equilibrato questioni delicate, come quella concernente il ruolo del giudice tutelare nell’eventualità di contrasti tra fiduciario e medico: non vi è devoluzione in bianco al giudice, sia perché l’art. 4, comma 5, della legge n. 219 va interpretato, ovviamente, in senso costituzionalmente orientato dalla sent. n. 282/2002 della Corte costituzionale, e dunque rispettando la cosiddetta riserva di scienza in ordine all’individuazione dei trattamenti e delle pratiche

---

progetto di legge, in tema di responsabilità medica), siano state espunte dal testo finale formulazioni volte a considerare quello medico un atto per sé illecito, che solo il consenso informato del paziente varrebbe a sanare: lungi dall’indebolire il senso e la funzione del consenso informato, siffatta scelta, oltre a corrispondere al senso comune circa l’esercizio della professione medica e sanitaria in generale, esprime al meglio la funzione di garanzia che costituisce corollario, per ogni esercente una professione sanitaria, del più generale principio di solidarietà sociale: sul punto v., per ulteriori svolgimenti, R. BALDUZZI, *Prefazione* a G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Torino, 2019, IX ss.

<sup>53</sup> Fra i numerosi commenti all’ordinanza v. D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre)*. *Brevi osservazioni all’ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 489 ss.

<sup>54</sup> Non è difficile rinvenire in questi passaggi dell’ordinanza gli echi della migliore scienza costituzionalistica italiana.

<sup>55</sup> A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. n. 207 del 2018)*, in *Consulta OnLine*, 22 febbraio 2019; A. MORRONE, *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2018; R. BALDUZZI, *Prefazione*, cit., XI.

terapeutiche<sup>56</sup>, ivi compresa la loro appropriatezza, sia perché al giudice non è rimessa, secondo sistema, la scelta, ma il controllo sull'iter della medesima. O come quella, connessa, della vincolatività delle DAT: proprio l'esplicita salvezza che l'art. 4, comma 5, fa delle disposizioni del comma 6 dell'art. 1, e in particolare della clausola per cui il paziente non può esigere trattamenti contrari alla deontologica professionale, permette di concludere nel senso di una vincolatività attenuata, che assicura l'equilibrio tra il ruolo di garanzia del medico (comprensivo di competenza, autonomia professionale e responsabilità: art. 1, comma 2) e quello del fiduciario, evitando così di incrinare ex ante il modello dell'alleanza terapeutica. Quanto poi all'espressione delle disposizioni anticipate di trattamento, è importante la sottolineatura, sempre il riferimento all'alleanza terapeutica porta a concludere che le "adeguate informazioni mediche" di cui all'art. 4, comma 1, pur non coincidendo con il contenuto del consenso informato (art. 1, comma 3), ne debbano condividere il carattere serio e analitico<sup>57</sup>.

Quanto infine al comma 8 dell'art. 1 della legge n. 219, secondo cui «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura», esso conferma che le due prospettive sopra richiamate (*to care* e *to cure*) sembrano qui ricongiungersi nella nozione allargata di cura.

**C)** Abbiamo già fatto cenno alla progressiva estensione della medicina nei confronti della prevenzione<sup>58</sup>. Tale tendenza verrà ulteriormente rafforzata dall'avvento della cosiddetta medicina personalizzata, o predittiva, o di precisione<sup>59</sup>, la quale sarà, sempre di più, una medicina incentrata sulla prevenzione: le frontiere aperte dall'ingegneria genetica lo stanno a dimostrare<sup>60</sup>.

All'avvento della medicina personalizzata sta fortemente concorrendo la terapia con radiofarmaci, o teranostica, o nano-teranostica, una nuova frontiera dell'oncologia caratterizzata dall'impiego di una stessa molecola, in quantità assai diversa, per l'accertamento diagnostico (imaging molecolare) e per la terapia individualizzata<sup>61</sup>: così operando e intrecciando i profili diagnostici con quelli terapeutici, l'individualizzazione del trattamento (precoce, stante le nanotecnologie) finirà per fondere diagnosi, prevenzione, terapia-cura e ricerca<sup>62</sup>; come si vede, prevenzione e terapia-cura sono sempre più intrecciate, così come sempre più intrecciati saranno i profili diagnostici con quelli terapeutici (e con quelli di ricerca). La connessione tra l'individualizzazione del trattamento e la componente predittiva che normalmente gli si accompagna crea problematiche nuove, da risolvere avendo sempre ben chiaro

<sup>56</sup> Sulla riserva di scienza v. ora D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute: l'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019, 14 ss.

<sup>57</sup> Su questi profili v. ora G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017*, cit., 125 ss., 134 ss.

<sup>58</sup> Su cui peraltro dobbiamo constatare un'ormai cronica difficoltà, nel nostro Paese, a dare alla prevenzione il posto che dovrebbe spettarle: si v. il *Parere* (citato *retro*, nt. 19) del Comitato Nazionale per la Bioetica, ove si ricorda (*Raccomandazioni*, n. 8) che l'Italia risulta all'ultimo posto per le spese sulla prevenzione tra i 34 Paesi Ocse.

<sup>59</sup> C. CASONATO, *La salute e i suoi confini*, cit., 62.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Si v. E. NERI, *Teranostica e radiologia*, in *Notiziario di Medicina Nucleare ed Imaging Molecolare*, 2, 2018, 27 ss.

<sup>62</sup> Lo stesso fenomeno di potenziamento della medicina personalizzata a seguito di nuove tecniche terapeutiche lo ritroviamo nelle cosiddette cellule Car-T (procedimento in cui alcune cellule del sistema immunitario vengono prelevate dal paziente, geneticamente modificate e reinfuse nel medesimo paziente): qui la terapia-cura è ancora più personalizzata.

che al centro deve esserci sempre la tutela della salute, nelle sue diverse componenti (fisica, mentale, sociale)<sup>63</sup>.

**D)** Vi sono poi profili della medicina personalizzata che, per definizione, vanno, almeno in parte, oltre la cura.

Pensiamo alla medicina estetica, la quale, insieme ad alcuni filoni (degenerati) di quella sportiva (settore del doping), costituisce una delle prime manifestazioni di un fenomeno ben più ampio e che, a giusto titolo, è fonte di preoccupazioni: penso al c.d. *enhancement*, le cui caratteristiche e i cui ambiti applicativi implicano l'intervento di altri campi disciplinari oltre a quello biomedico (il "potenziamento" di cui si parla è oggi non soltanto farmacologico, ma altresì biologico), ma che trovano un loro denominatore comune nell'azione di alterazione del corpo e della mente, finalizzata al perfezionamento della salute e della vita<sup>64</sup>, prescindendo dalla necessità di una previa condizione di malattia. Si tratta di "trattamenti" sui quali gli interrogativi non solo medico-scientifici (per via degli effetti collaterali e delle conseguenze indesiderate), ma altresì etici e giuridici sono molteplici<sup>65</sup>.

Una medicina, cioè una scienza della salute, che vada oltre la cura (cioè oltre la "sanità") è allora una medicina capace di aiutare a declinare la salute in tutte le politiche: senza arrogarsi ruoli "tirannici"<sup>66</sup>, restando, al pari della salute, "sostenibile"<sup>67</sup>, nel senso di capace di durare, di essere coerente con i bisogni futuri oltre che con quelli attuali<sup>68</sup>. Qui è importante una precisazione: talvolta la sostenibilità, riferita alla medicina e alla tutela della salute, viene declinata come sostenibilità finanziaria, legata ai mutamenti epidemiologici, all'invecchiamento della popolazione, ai crescenti costi di farmaci e tecnologie e si menziona, a conforto di questa lettura, la giurisprudenza costituzionale, soprattutto a partire dalla nota sent. n. 455 del 1990<sup>69</sup>. Conviene sempre ricordare che, come da tempo notato<sup>70</sup>, la Corte

<sup>63</sup> Una disamina dei rischi della medicina predittiva ("malati di rischio") in A. D'ALOIA, *Oltre la malattia*, cit., 96 ss.

<sup>64</sup> L. PALAZZANI, *Il potenziamento umano*, Torino, 2015, p. IX.

<sup>65</sup> Su alcuni di questi v. il *Parere* del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Aspetti bioetici della chirurgia estetica e ricostruttiva*, 5 luglio 2012.

<sup>66</sup> *Retro*, nt. 49.

<sup>67</sup> Anche in campo sanitario, l'aggettivo sostenibile (forse a causa della varietà di significati possibili) sta conoscendo un largo successo: v., oltre a L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., M. GEDDES DA FILICAIA, *La salute sostenibile. Perché possiamo permetterci un Servizio sanitario equo ed efficace*, Roma, 2018.

<sup>68</sup> Resta ancora attuale la definizione contenuta nel noto *Rapporto Brundtland (Our Common Future)*, Oxford University Press, 1987; trad. it. Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo, *Il futuro di noi tutti*, Milano, Bompiani, 1988): «Lo sviluppo sostenibile, lungi dall'essere una definita condizione di armonia, è piuttosto un processo di cambiamento tale per cui lo sfruttamento delle risorse, la direzione degli investimenti siano resi coerenti con i bisogni futuri oltre attuali». È parimenti nota la difficoltà linguistica insita nella traduzione italiana dell'aggettivo *sustainable* (che significa capacità di durare, ma anche di promuovere e di essere compatibile con) e pertanto, ove reso con la parola sostenibile, si presta a riduzionismi di significato (per un impiego della nozione di sviluppo, di ambiente e di agricoltura sostenibile che riesce ad evitare tali riduzionismi si veda l'enciclica di Papa Francesco, *Laudato si'*, del 24 maggio 2015).

<sup>69</sup> C. CASONATO, *La salute e i suoi confini*, cit., 60 ss.

<sup>70</sup> R. BALDUZZI, *Il Servizio sanitario nazionale tra razionalizzazione delle strutture e assestamento normativo (riflessioni sulla legge 30 novembre 1998, n. 419)*, in *Quaderni regionali*, 1998, 941 ss.; ID., *La legge n. 419 del 1998 recante delega per la razionalizzazione del servizio sanitario nazionale: prime considerazioni d'insieme*, in *Sanità pubblica*, 1999, 161 ss.

non sembra avere mai aderito *in toto* alla costruzione della salute come diritto finanziariamente condizionato, neanche quando l'avvento della crisi finanziaria l'avrebbe, almeno in parte, giustificato, preferendo distinguere secondo che il contenzioso fosse intersoggettivo oppure fosse scaturito, in via incidentale, a proposito della doverosità o meno di concrete prestazioni.

Per concludere, non solo il chiarimento sulla portata del titolo di questa riflessione si era rivelato tutt'altro che agevole, ma anche il suo svolgimento ha confermato che ci muoviamo su un terreno sdruciolevole, dove i punti fermi non sono molti. Abbiamo provato a ripercorrere il cammino costituzionale della salute proprio per cercare di rintracciare un filo conduttore, capace di rendere ragione delle novità dell'oggi senza smarrire le coordinate del passato.

La medicina, nel momento in cui va oltre la cura (in senso stretto, e spesso anche in senso lato) finisce per occuparsi della salute e pertanto per incontrare dei limiti, a fronte di una nozione così complessa, nascosta, enigmatica<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> *Retro*, nt. 3.

## Prima e dopo la cura: nuove dimensioni nella tutela della salute

*Donatella Morana\**

BEFORE AND AFTER THE CURE: NEW DIMENSIONS OF THE RIGHT TO HEALTH

ABSTRACT: The essay investigates the extent and the limits of “medicine beyond the cure”, from the point of view of constitutional law. Individual and collective prevention interventions, vaccination campaigns, health promotion through correct lifestyles, palliative care, are just some examples of the expansive motion of medicine and its boundaries. On this ground, we find the problem of the balance between the individualistic dimension and the solidarity dimension in the protection of the right to health. In the concluding part, some critical points are highlighted regarding the spread of non-conventional medicines, which seem to project cure “beyond the medicine”.

KEYWORDS: Constitutional right to health; preventive health care; palliative care; compulsory vaccination; non-conventional medicine

SOMMARIO: 1. Il perimetro costituzionale: la tutela della salute “oltre la cura” – 2. Dalla speranza terapeutica all’appropriatezza delle cure, tra scienza e diritto – 3. Prevenzione (individuale e collettiva) e stili di vita – 4. Le vaccinazioni obbligatorie e quelle meramente raccomandate: la prevenzione tra diritto individuale e doveri di solidarietà – 5. La cura oltre “la” medicina: le medicine non convenzionali

### 1. Il perimetro costituzionale: la tutela della salute “oltre la cura”

**L**a riflessione sulla medicina oltre la cura, nell’ottica del diritto costituzionale, pone all’interprete una duplice sollecitazione: da un lato, la necessità di verificare se i confini della nozione di salute accolta nell’art. 32 Cost. ed il corrispondente intervento di tutela affidato alla Repubblica si proiettano oltre il momento curativo in senso stretto; dall’altro, l’esigenza di interrogarsi sulla sussistenza di limiti costituzionali nei confronti di tutti quei trattamenti che invece, travalicando sia la nozione di cura che quella di salute, difficilmente possono essere ricondotti al paradigma costituzionale dell’art. 32 Cost.

La risposta al primo interrogativo, com’è noto, è senz’altro positiva, cosicché può agevolmente affermarsi, con il conforto della dottrina e della giurisprudenza, che la protezione della salute si estende oltre l’attività di cura anche nell’orizzonte costituzionale.

Un bilancio dei primi settant’anni di vigenza della Carta costituzionale lascia intravedere, infatti, l’affermazione di un’interpretazione ampliativa del concetto di salute, che trascende la mera “assenza di malattia” ed il profilo strettamente biologico dell’essere (fisicamente) “sano”, per abbracciare non solo la dimensione psicologica del benessere individuale ma anche quella ambientale, sociale e

---

\* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Roma Tor Vergata. Mail: [morana@uniroma2.it](mailto:morana@uniroma2.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

relazionale<sup>1</sup>. La salute, sull'onda di una consapevolezza che emerge in alcune carte internazionali già all'indomani del secondo conflitto mondiale, diviene equilibrio psicofisico della persona, condizione di benessere che si sviluppa nei molteplici luoghi della vita familiare, scolastica, lavorativa, ricreativa, sociale. È evidente, allora, che la tutela della salute, così rappresentata, non può limitarsi ad assicurare cure nei confronti del malato – che pure resta una missione fondamentale della medicina – ma deve irradiarsi verso le molteplici situazioni ora citate, attraverso percorsi che solo in parte possono ascrivere al settore sanitario propriamente inteso.

Parallelamente, sia sul piano giurisprudenziale che su quello legislativo, soprattutto a partire dagli anni Settanta, si è affermata un'analogia interpretazione estensiva degli interventi finalizzati alla tutela della salute individuale, i quali non coincidono più con lo spazio della "cura in senso stretto", volta ad eliminare lo stato di malattia già manifestatosi, e nemmeno con la mera conservazione dell'integrità psicofisica, ma includono, sul piano diacronico, anche la prevenzione e la riabilitazione individuale e, più in generale, la promozione e lo sviluppo della persona. È questo, in particolare, l'orientamento condiviso dal legislatore nella legge n. 833/1978 istitutiva del SSN, dove si accoglie l'idea che la tutela della salute non sia circoscritta all'interno del percorso terapeutico (che muove dalla prevenzione, prosegue nella cura e si proietta nella riabilitazione), ma includa altresì, tra l'altro, «la formazione di una moderna coscienza sanitaria sulla base di un'adeguata educazione sanitaria del cittadino e delle comunità», «la prevenzione delle malattie e degli infortuni in ogni ambito di vita e di lavoro» nonché «la promozione e la salvaguardia della salubrità e dell'igiene dell'ambiente naturale di vita e di lavoro» (così l'art. 2 della l. n. 833/1978).

La citata tendenza ampliativa della "medicina oltre la cura" ha poi avuto un immediato riflesso sul contenuto e sul numero delle posizioni giuridiche soggettive riconducibili alla sfera materiale della salute. Quanto al primo profilo, e sempre a titolo esemplificativo, basti pensare al riconoscimento costituzionale del diritto degli indigenti a cure gratuite che è stato interpretato come garanzia non già limitata alle terapie per la guarigione di malattie, ma inclusiva dell'accesso a tutte le prestazioni per la tutela della salute, ad iniziare da quelle di prevenzione individuale. Per altro verso, l'espressione "diritto alla salute", intesa quale «formula sintetica con la quale si esprime la garanzia di una pluralità di posizioni giuridiche soggettive assai differenziate tra loro», è stata ritenuta idonea ad indicare non solo il «diritto di essere curato» (accanto a quello, dei soli indigenti, di ricevere cure gratuitamente) ma anche il «diritto a trattamenti sanitari preventivi»<sup>2</sup>, enfatizzando la sussistenza di un ambito rilevantissimo della medicina – quello della prevenzione, appunto – che tende ad autonomizzarsi rispetto a quello delle cure destinate a chi è malato.

<sup>1</sup> Sull'evoluzione, in senso espansivo, della nozione di salute, v. B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, 21 ss., A. D'ALOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2014, 87 ss., spec. 91-93, nonché S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, 99 ss., dove si evidenzia come il passaggio «da una dimensione monadica ad una relativizzata» della nozione di salute conduca a ricomprendere in essa «non soltanto funzioni biologiche in senso stretto, ma anche capacità logiche, affettive e relazionali». Per ulteriori riferimenti, anche giurisprudenziali, sull'ampliamento del concetto di salute, v. anche, se si vuole, D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, III ed., Torino, 2018, spec. 8 ss.

<sup>2</sup> M. LUCIANI, *Salute, 1) Diritto alla salute-dir.cost.*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991, 5.

Com'è noto, gli esiti di tale evoluzione potevano già intravedersi in alcune scelte compiute in seno all'Assemblea costituente e di cui si trova traccia nella Carta.

È sufficiente considerare, a tale riguardo, la diversa terminologia utilizzata negli artt. 32 e 38 della Costituzione per distinguere gli interventi di natura "assicurativo-previdenziale" a favore dei soli lavoratori in caso di *malattia* (art. 38, comma 2) – finalizzati a "curare" il lavoratore e a consentire il suo pieno recupero per la ripresa dell'attività produttiva – da quello, assai più ampio, che mira a tutelare la *salute* come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività (art. 32, comma 1) e rispetto al quale la garanzia della gratuità delle cure (quale sostegno per gli indigenti nell'accesso alle prestazioni) rappresenta solo un profilo del più ampio programma costituzionale<sup>3</sup>. D'altra parte, nel riferimento dell'art. 32 Cost. alla protezione della salute quale «interesse della collettività» vi è la piena consapevolezza del permanere di una responsabilità pubblica per la sua tutela oggettiva, cui conseguono misure di prevenzione di carattere non individuale che esulano dalla cura in senso stretto (sulle quali si tornerà *infra*, § 3).

Il *favor* costituzionale verso un ampliamento del concetto di cura, e prima ancora di salute, si riflette, infine, in un settore della medicina che negli ultimi anni ha finalmente ricevuto un pieno riconoscimento sul piano legislativo: quello della terapia del dolore e delle cure palliative<sup>4</sup>. In particolare, deve segnalarsi l'art. 2 della legge n. 219/2017 (in tema di consenso informato e DAT), dove si afferma che il medico deve sempre adoperarsi per alleviare le sofferenze del paziente, anche in caso di rifiuto delle cure o di revoca del consenso alle terapie indicate dal medico stesso, ricorrendo altresì ad un'appropriate terapia del dolore con l'erogazione delle cure palliative previste dalla legge n. 38/2010<sup>5</sup>. Non v'è dubbio che tale disciplina trovi fondamento anch'essa nell'art. 32 Cost. ed in una

<sup>3</sup> Deve notarsi, tuttavia, che la distinzione degli ambiti materiali riconducibili agli artt. 32 e 38 Cost. è stata oscurata nei primi due decenni di vigenza della Costituzione repubblicana, grazie al permanere di una lettura "corporativa" del diritto alla salute che ha forzatamente attratto nell'orbita dell'art. 38 Cost. la più ampia garanzia introdotta con l'art. 32 Cost.: sui guasti derivanti da tale «tossina corporativa» v. L. MONTUSCHI, *Art. 32, 1° comma, Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, *Artt. 29-34 Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, 1976, 146 ss.; per le conseguenze di tale interpretazione sulla nozione di salute, appiattita su quella più riduttiva di "assenza di malattia", B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, 31.

<sup>4</sup> La distinzione tra il «modello curativo» e il «modello palliativo» nell'assistenza medica è frequentemente utilizzata, a partire da un noto intervento di E. FOX, *Predominance of the curative model of medical care*, in *Journal of the American Medical Association*, 1997, 761 ss. Secondo tale distinzione, l'approccio palliativo non è finalizzato alla cura della malattia ma si focalizza sul sollievo della sofferenza del malato; in altri termini, come è stato osservato, «esso è centrato sul malato e non sulla malattia e, in ultima analisi, mira a raggiungere la migliore qualità della vita possibile nelle circostanze date»: così C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ e P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 581 ss., spec. 599. I due modelli, tuttavia, non sembrano presentarsi come necessariamente alternativi, e anzi la loro integrazione appare non di rado indispensabile ai fini di una "attività di cura" realmente appropriata; sicché, l'utilizzo delle cure palliative, più che essere qualificabile come una "rinuncia alla cura", si pone invece quale espressione di interventi terapeutici in senso lato.

<sup>5</sup> L'art. 2, comma 2, l. n. 219/2017 dispone altresì che nel caso di pazienti «con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati» e laddove necessario, in presenza di «sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari», sempre col consenso del paziente, può ricorrere alla sedazione palliativa profonda in associazione con la terapia del dolore. Deve aggiungersi che nell'ordinanza n. 207/2018 (relativa al "caso Cappato") la Corte costituzionale ha sottolineato che tale ultima disposizione deve intendersi riferita

interpretazione della tutela della salute che si proietta nelle diverse fasi della vita e della malattia, fino a comprendere gli interventi che mirano a lenire le sofferenze del paziente anche quando non vi siano ulteriori prospettive di cura e guarigione.

## 2. Dalla speranza terapeutica all'appropriatezza delle cure, tra scienza e diritto

Nel tentativo di individuare fin dove possa estendersi la medicina oltre la cura, non deve trascurarsi un ulteriore profilo che connota la nozione costituzionale di salute e cioè la sua naturale predisposizione a "recepire" le sopravvenienze effettuali che intervengono sul piano della ricerca teorica e applicata in ambito medico. Lo stesso termine "salute", rispetto a quello di "sanità" o di "integrità", evidenzia la dimensione dinamica della relativa tutela, che rispecchia la fluidità dell'equilibrio psicofisico della persona ma anche l'evoluzione continua della scienza medica.

La salute si definisce, quindi, come un bene che si nutre di un contesto modellato dai risultati della ricerca; la cura, da questo punto di vista, non può che condividere tale natura, alimentandosi delle evidenze scientifiche e sperimentali, ferme restando l'autonomia e la responsabilità del medico nell'individuazione dei trattamenti appropriati all'interno dell'alleanza terapeutica col paziente<sup>6</sup>.

Per altro verso, la rapidità del progresso scientifico e tecnologico nell'ambito della medicina e le nuove possibilità di accesso ai benefici che ne derivano, se da un lato impongono una ridefinizione continua delle nozioni di salute e di cura, contribuendo ad incrementare le reali prospettive del benessere individuale e collettivo, dall'altro valorizzano la percezione soggettiva delle stesse. Da quest'ultimo punto di vista, anzi, si registrano talvolta esiti distorsivi del rapporto tra scienza e diritto, quando l'"aspettativa" e la "speranza terapeutica" giungono ad oscurare le responsabilità di scelte terapeutiche appropriate e validate. Proprio il profilo appena menzionato, peraltro, in occasione di vicende (recenti e meno recenti) dall'elevato impatto mediatico<sup>7</sup>, ha alimentato un dibattito serrato che la-

---

«anche alle sofferenze provocate al paziente dal suo legittimo rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, quali la ventilazione, l'idratazione o l'alimentazione artificiali».

<sup>6</sup> Nella sentenza n. 282/2002 della Corte costituzionale si afferma a tale riguardo: «poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita 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»; sulla decisione, v. anche *infra*, § 5.

<sup>7</sup> Emblematici, da questo punto di vista, il "caso Di Bella", risalente agli anni Novanta, ed il più recente "caso Stamina", che hanno evidenziato la problematicità di soluzioni normative tese a garantire l'immediata fruibilità di trattamenti di dubbia efficacia terapeutica, sottoposti a sperimentazioni e poi rivelatisi privi di risultati scientificamente validi: sul punto si rinvia alle osservazioni di G. GEMMA, *Impatto negativo degli umori popolari sul diritto alla salute*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2016. Per una sintetica ricostruzione delle vicende e della connessa giurisprudenza, anche costituzionale, cfr., sul "caso Di Bella", C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del "multitratamento Di Bella"*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, 160 ss., e D. DE PRETIS, *Valutazioni tecniche e controllo giurisdizionale nel caso Di Bella*, in E. BRUTI LIBERATI (a cura di), *Diritto alla salute e terapie alternative: le scelte dell'amministrazione sanitaria e il controllo dei giudici*, Milano, 2003, 45 ss.; sul caso Stamina, anche in raffronto al "caso Di Bella", G. D'AMICO, *Il volto compassionevole del diritto e la dura scienza. A proposito del «metodo Stamina»*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 420 ss.; G. SERENO, *Il "caso Stamina" all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio AIC*, gennaio 2015; P. VERONESI, *Al crocevia del "Caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2015, e C. TOMBA, *Diritto di accesso alle*

scia intravedere la potenzialità costruttiva del dialogo tra biodiritto e diritto costituzionale<sup>8</sup>. Ruolo e responsabilità del medico nel rapporto col paziente, libertà di scelta delle cure, limiti alla discrezionalità legislativa nelle determinazioni che devono basarsi sulle risultanze scientifico-sperimentali, appropriatezza delle cure e limitatezza delle risorse disponibili: sono questi, infatti, solo alcuni dei nodi cruciali che la medicina, da un lato, ed il diritto, dall'altro, sono chiamati ad affrontare<sup>9</sup>.

Si colloca, da ultimo, ai margini – e non di rado al di fuori – delle attività tese alla tutela della salute, almeno per il momento, la controversa possibilità di ricorrere a strumenti e tecniche messi a disposizione dalla cosiddetta “medicina potenziativa”, che comprende l'utilizzo di tecnologie biomediche e di farmaci destinati non già a curare processi morbosi ma a potenziare le fisiologiche capacità dell'essere umano (*enhancement*)<sup>10</sup>. Senza entrare nel merito delle complesse e articolate problematiche poste al giurista, ed in particolare al costituzionalista, da questa nuova frontiera delle scienze applicate, può essere sufficiente osservare che, anche ampliando al massimo il concetto di cura, tali pratiche sembrano risultarne estranee nella maggioranza delle ipotesi<sup>11</sup>. La medicina, in questo caso, appare slegata dagli scopi di promozione oggettiva della salute individuale che strutturalmente la connotano. In altri termini, essa tende ad assumere un carattere “supererogatorio”, mettendo le proprie risorse tecniche a servizio di esigenze di miglioramento delle “prestazioni” della persona, ulteriori rispetto al suo benessere psicofisico ed anzi talvolta in contrasto con esso<sup>12</sup>.

---

*cure sperimentali. I casi Di Bella e Stamina a confronto*, in C. COLAPIETRO, M. ATRIPALDI, G. FARES, A. IANNUZZI (a cura di), *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità. Esperienze a confronto*, Napoli, 2018, 369 ss.

<sup>8</sup> Nel senso che le categorie e i metodi di argomentazione del diritto costituzionale siano destinati a diventare le categorie portanti per affrontare le tante questioni poste dalle tecnologie applicate al bios, v., da ultimo, L. VIOLINI, *Biodiritto e Costituzione italiana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 65 ss., spec. 70; sul punto v. anche i contributi già raccolti in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005.

<sup>9</sup> Per una efficace rassegna delle questioni relative al rapporto tra scienza e diritto rispetto alla tutela della salute e per esaustive indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali sul tema, v., da ultimo, L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, spec. 83 ss.

<sup>10</sup> Alla nozione di medicina potenziativa sono ricondotti gli interventi di potenziamento sia fisico che cognitivo: v. in tal senso anche la vigente formulazione dell'art. 76 del Codice di deontologia medica dove si sottolinea il carattere non terapeutico delle relative prestazioni. Per una definizione del concetto di *enhancement*, soprattutto per un inquadramento delle connesse (non semplici) questioni di ordine costituzionalistico, v. da ultimo R. FATTIBENE, *Il potenziamento cognitivo tra autodeterminazione e salute: tutele costituzionali tradizionali per possibilità scientifiche nuove*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2017, 47 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>11</sup> Evidenza comunque la difficoltà di rinvenire una linea di distinzione tra terapia medica e “*human enhancement*” che sia «netta e soprattutto accettata da tutti», A. D'ALOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, cit., 94.

<sup>12</sup> Con riguardo alle perplessità che la medicina potenziativa suscita, soprattutto sul versante farmacologico, vedi le caute osservazioni, ancora attuali, espresse dal Comitato Nazionale di Bioetica, *Neuroscienze e potenziamento cognitivo farmacologico: profili bioetici*, 22 febbraio 2013; in dottrina, cfr. L. PALAZZANI, *La mente farmacologicamente potenziata: problemi bioetici e biogiuridici*, in *Etica & Politica*, 2014, 169 ss., e A. RINELLA, *Il potenziamento neuro-cognitivo: profili di diritto pubblico*, in L. PALAZZANI (a cura di), *Verso la salute perfetta. Enhancement tra bioetica e biodiritto*, Roma, 2014, 125 ss.

### 3. Prevenzione (individuale e collettiva) e stili di vita

Non v'è dubbio che nella descritta tendenza espansiva della salute e della sua tutela, cui ha fatto riscontro una complessità crescente dei contenuti materiali presidiati dal relativo diritto costituzionale, abbia giocato un ruolo fondamentale proprio la prevenzione.

Prevenire la necessità di curarsi (in senso stretto) e conservare uno stato di benessere sono infatti parte di un *continuum* che caratterizza ormai la domanda individuale di salute e che trova (deve trovare) soddisfazione nella corrispondente offerta di prestazioni da parte del SSN; contestualmente, l'investimento pubblico sulla prevenzione appare sempre più fattore determinante per garantire la sostenibilità dei modelli di welfare, a fronte di dinamiche demografiche che mettono a dura prova la sopravvivenza dei sistemi universalistici di erogazione dei servizi sanitari. Il compito della prevenzione, pertanto, non è più confinato nella dimensione collettiva corrispondente alla tradizionale nozione di igiene e sanità pubblica<sup>13</sup>, ma diviene un segmento centrale della tutela della salute individuale, attraverso una gamma di prestazioni volte a salvaguardare la salute "prima" che il processo morboso sia innescato o comunque per ridurre la gravità e la diffusione.

L'esigenza della prevenzione giunge così a connotare un settore della medicina *oltre la cura* assai variegato e complesso, che affianca gli interventi di «prevenzione individuale» a quelli di «prevenzione collettiva e sanità pubblica». Quest'ultima espressione, stando alla definizione accolta nel d.P.C.M. del 12 gennaio 2017 sui "nuovi LEA", include «le attività e le prestazioni volte a tutelare la salute e la sicurezza della comunità da rischi infettivi, ambientali, legati alle condizioni di lavoro, correlati agli stili di vita»<sup>14</sup>. A ben vedere, quindi, non sussiste nemmeno sul piano normativo una vera separatezza tra le due dimensioni della prevenzione (quella individuale e quella collettiva): al contrario, la sfida comune si apprezza proprio negli ambiti dove la tutela oggettiva del bene salute si intreccia con quella soggettiva, come accade a proposito delle «vaccinazioni organizzate in programmi che hanno lo scopo di aumentare le difese immunitarie della popolazione» (ad esempio, quelle incluse nel piano nazionale vaccini), degli «screening oncologici, quando sono organizzati in programmi di popolazione» e del «counseling individuale per la promozione di stili di vita salutari»<sup>15</sup>. In tali ipotesi, il rilievo della tutela della salute come bene collettivo si persegue attraverso prestazioni "individualizzate", che non possono non tener conto delle caratteristiche e dei bisogni di salute dei singoli consociati, in direzione di un equilibrio tra la dimensione collettiva e quella individuale orientato alla solidarietà ma al contempo rispettoso della libertà di cura e delle altre libertà costituzionali.

Proprio intorno a questo equilibrio, com'è noto, possono emergere tensioni rilevanti sul piano costituzionale: non solo in relazione a trattamenti obbligatori imposti dal legislatore ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cost., come le vaccinazioni (sulle quali si tornerà *infra*, § 4), ma anche sul terreno della

<sup>13</sup> Sulla nozione di igiene e sanità pubblica, comprensiva degli interventi di tipo sanitario volti a salvaguardare interessi collettivi apprezzati come prioritari e che prescindono da richieste autonome degli interessati, v. R. IANNOTTA, *Sanità pubblica*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991.

<sup>14</sup> Così l'Allegato 1 al d.P.C.M. 12 gennaio 2017 (recante "Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502") dedicato alla prevenzione collettiva ed alla sanità pubblica.

<sup>15</sup> Tali interventi di prevenzione individuale, infatti, sono esplicitamente ricondotti all'ambito dei livelli essenziali della prevenzione collettiva e della sanità pubblica: cfr. ancora l'Allegato 1 al citato d.P.C.M. 12 gennaio 2017.

promozione di corretti stili di vita in tutti i casi in cui l'obiettivo di sviluppare comportamenti "pro-salute" dovesse giungere a travalicare la mera promozione, condizionando l'agire del soggetto con tale insensibilità da sconfinare nell'imposizione.

Quello degli stili di vita costituisce infatti un ambito all'interno del quale occorre muoversi con estrema cautela, giacché può implicare, più o meno consapevolmente, la limitazione di spazi di libertà costituzionalmente garantiti. Se inteso in senso *hard*, insomma, può sconfinare in paternalismo liberticida o, peggio, nell'affermazione di parametri arbitrari che autorizzano atteggiamenti discriminatori, ad esempio per l'accesso al lavoro. Se invece la promozione di corretti stili di vita viene valorizzata in senso *soft*, investendo sull'informazione e sull'educazione, coinvolgendo i destinatari con capillari campagne di sensibilizzazione, allora è senz'altro vero che essa può assumere il ruolo di risorsa preziosa per una medicina che si rivolge virtuosamente ben oltre la cura<sup>16</sup>.

#### 4. Le vaccinazioni obbligatorie e quelle meramente raccomandate: la prevenzione tra diritto individuale e doveri di solidarietà

Il caso delle vaccinazioni obbligatorie, come anticipato, si presta a qualche considerazione ulteriore per la sua valenza paradigmatica. In questa ipotesi, la consueta sovrapposibilità tra il piano individuale e quello generale, ordinariamente rinvenibile nelle politiche sanitarie orientate in senso preventivo, si connota di tratti peculiari in conseguenza del carattere non volontario dell'intervento.

L'obbligatorietà del trattamento, infatti, pone inevitabilmente in primo piano l'interesse collettivo e rende quello del singolo, se non del tutto recessivo, quanto meno collaterale. Nelle vaccinazioni imposte, così come in ogni trattamento sanitario obbligatorio, l'interesse della collettività alla salute si pone come ragione giustificativa, sul piano costituzionale, dell'imposizione stessa, abilitando il legislatore a comprimere la libertà di cura<sup>17</sup>. Ciò rende evidente come, almeno sul versante delle rispet-

<sup>16</sup> La promozione di corretti stili di vita attraverso il potenziamento degli interventi di prevenzione primaria appare infatti funzionale anche ad un contenimento della spesa pubblica in ambito sanitario: per alcuni spunti di riflessione sui costi socio-sanitari degli stili di vita scorretti, cfr. C. MAGLI, *La condotta dell'utente del Servizio sanitario quale criterio di modulazione della cura nell'ottica del contenimento della spesa pubblica*, in M. SESTA (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 325 ss. Tuttavia, la rilevanza dei profili appena evidenziati non deve oscurare il carattere non patrimoniale del diritto alla salute come diritto di libertà, né assoggettare quest'ultimo ad esigenze di natura pubblicistica diverse ed ulteriori rispetto a quelle indicate nell'art. 32 Cost.: da questa prospettiva, anche la prevenzione primaria delle malattie deve essere orientata a «trovare una efficace sinergia tra la responsabilità degli individui per la propria salute e la responsabilità dello Stato di tutelare la salute»: così il Comitato Nazionale di Bioetica, *Stili di vita e tutela della salute*, 20 marzo 2014, 9.

<sup>17</sup> Questo aspetto è costantemente ribadito dalla giurisprudenza costituzionale: v., da ultimo, Corte cost., sent. n. 5/2018, nella quale, tra l'altro, si osserva che «l'art. 32 Cost. postula il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività»: sulla decisione cfr. A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta OnLine*, 1, 2018, 87 ss.; L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sent. n. 5 del 2018 della Corte cost.)*, in *forumcostituzionale.it*, 11 settembre 2018, e C. SALAZAR, *La Corte costituzionale immunizza l'obbligatorietà dei vaccini*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 465 ss. Più in generale, sui presupposti giustificativi delle vaccinazioni obbligatorie, cfr., se si vuole, D. MORANA, *Diritto*

tive posizioni giuridiche, in simili circostanze il sistema accorda la preferenza all'utilità preventiva generale sacrificando una "porzione" del diritto alla salute (quella, appunto, inerente alla libertà di scelta dei trattamenti, anche di tipo preventivo).

Si aggiunga che la non perfetta equivalenza tra gli interessi in gioco appare confermata anche da un ulteriore rilievo. Se le vaccinazioni obbligatorie risultano sempre finalizzate a prevenire l'insorgenza e la diffusione di determinate patologie nella comunità (e risultano immancabilmente idonee, anche di fatto, a salvaguardare il corrispettivo interesse o comunque a non pregiudicarlo), per quanto riguarda il singolo la situazione può presentare risvolti maggiormente problematici. Assodato che nessun trattamento sanitario imposto può legittimamente essere indirizzato a pregiudicare la salute dell'individuo per tutelare l'interesse sanitario generale<sup>18</sup>, ciò non toglie che, sia pure in ipotesi limitatissime e imprevedute, possa verificarsi in punto di fatto che il medesimo trattamento invece comporti a carico della salute di chi lo riceve conseguenze dannose permanenti e di entità non trascurabile. In tali evenienze (quantitativamente marginali ma non per questo meno infauste, anche per l'ordinamento) accade dunque che l'obbligatorietà finisce con il determinare, sul piano materiale, una rottura della "pari dignità" e della normale consonanza tra tutela preventiva individuale del bene salute e prevenzione collettiva.

La giurisprudenza costituzionale si è sforzata di rinvenire nel sistema una risposta riparativa al verificarsi di situazioni siffatte, trovandola nella forma dell'indennizzo. Tale risposta, sebbene insufficiente ai fini di una (in realtà non conseguibile) *restitutio in integrum*, quanto meno riafferma la necessità per l'ordinamento di farsi carico di queste eventualità. La leva utilizzata dalla Corte per giungere al risultato è stata quella della solidarietà, in ciò potendosi cogliere una simmetria tra l'origine del fatto dannoso e lo strumento per porvi parziale rimedio: è infatti la solidarietà sociale, connessa all'interesse della collettività alla salute, a giustificare l'imposizione della vaccinazione; allo stesso modo, il dovere di solidarietà sociale ex art. 2 Cost. richiede alla collettività di sostenere chi abbia ricevuto nocimento dall'adempimento dell'obbligo sanitario<sup>19</sup>.

---

*alla salute e vaccinazioni obbligatorie*, in *Diritto e Salute – Rivista di sanità e responsabilità medica*, 3, 2018, 48 ss., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>18</sup> In proposito, la Corte costituzionale ha chiarito, sin dalla sent. n. 307/1990, che «un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili». In dottrina è stato opportunamente sottolineato che, qualora il trattamento obbligatorio non sia finalizzato al miglioramento della salute individuale (e fermo restando che non può perseguire l'intento di renderla peggiore), l'interesse della collettività in ragione del quale viene imposto dovrà essere sottoposto ad un più attento accertamento, dovendo il vantaggio alla salute collettiva essere «specificamente qualificato» e sottoposto ad una «più rigorosa ponderazione»: cfr. in questo senso B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in C.E. GALLO, B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 36.

<sup>19</sup> Cfr. le sentt. nn. 307/1990 e 118/1996, riguardanti i danni alla salute derivati dalla vaccinazione obbligatoria antipoliomelittica; nella seconda di esse, in particolare, si legge: «per la collettività è in questione non soltanto il dovere di aiutare chi si trova in difficoltà per una causa qualunque, ma l'obbligo di ripagare il sacrificio che taluno si trova a subire per un beneficio atteso dall'intera collettività. Sarebbe contrario al principio di giustizia, come risultante dall'art. 32 della Costituzione, alla luce del dovere di solidarietà stabilito dall'art. 2, che il soggetto colpito venisse abbandonato alla sua sorte e alle sue sole risorse o che il danno in questione venisse con-

In seguito, la stessa giurisprudenza costituzionale ha opportunamente esteso il diritto all'indennizzo anche ai casi in cui il danno alla salute individuale derivi non dalle vaccinazioni obbligatorie ma da quelle meramente raccomandate o sollecitate dalle pubbliche autorità sanitarie. Nella valutazione della Corte, le conseguenze negative derivanti dalle prime sono ritenute equivalenti, sotto il profilo della necessità riparativa, a quelle causate dalle seconde: anche queste ultime, infatti, generano nei cittadini un "legittimo affidamento" sulla utilità e non dannosità del trattamento sanitario di volta in volta consigliato e richiedono, pertanto, un ristoro qualora lo stesso trattamento risulti inaspettatamente e concretamente lesivo della salute<sup>20</sup>.

### 5. La cura oltre "la" medicina: le medicine non convenzionali

Merita infine almeno un accenno una ulteriore variazione (speculare rispetto a quelle fin qui esaminate) del legame che ordinariamente intercorre tra il concetto di medicina e quello di cura. Ci si riferisce alle questioni che vengono poste sul tappeto dalle c.d. medicine non convenzionali. La declinazione al plurale del termine "medicina", infatti, non può che aprire un diverso scenario rispetto a quella natura tendenzialmente unitaria della scienza medica che il consueto uso al singolare della parola lascerebbe intendere.

Si tratta di un tema che intesse, com'è evidente, una pluralità di profili problematici, i quali in definitiva coinvolgono il contenuto stesso della nozione di cura e delle pratiche finalizzate a questo scopo. Tale complessità impedisce in questa sede una disamina articolata; tuttavia qualche rapida notazione al riguardo può essere svolta, quanto meno per individuare le relative coordinate di massima<sup>21</sup>.

In prima battuta può dirsi che quello delle medicine non convenzionali è di necessità un insieme definibile soltanto in via residuale, consistendo in un complesso di pratiche sanitarie non incluse tra quelle comunemente accolte dalla scienza medica internazionale. La loro natura, pertanto, è inevitabilmente disomogenea. In una risoluzione del 1997 del Parlamento europeo, ad esempio, si osserva che «l'insieme dei sistemi medici e delle discipline terapeutiche riuniti nella denominazione "medicine non convenzionali" hanno in comune il fatto che la loro validità non è riconosciuta o lo è solo parzialmente»; l'espressione viene quindi considerata riassuntiva delle «nozioni di "medicine alternative", "medicine dolci" e "medicine complementari", utilizzate indistintamente in taluni Stati membri

---

siderato come un qualsiasi evento imprevisto al quale si sopperisce con i generali strumenti della pubblica assistenza, ovvero ancora si subordinasse la soddisfazione delle pretese risarcitorie del danneggiato all'esistenza di un comportamento negligente altrui, comportamento che potrebbe mancare».

<sup>20</sup> V. sentt. nn. 27/1998 e 268/2017, la prima relativa alla vaccinazione antipoliomelitica (per il periodo in cui essa era non imposta ma soltanto pressantemente sollecitata), la seconda in tema di vaccinazione antinfluenzale; in particolare, nella sent. n. 268/2017 la Corte rileva che la collettività deve «sostenere i costi del pregiudizio individuale, anche nel caso in cui la menomazione permanente sia derivata dalla vaccinazione antinfluenzale. Sarebbe del resto irragionevole riservare a coloro che hanno aderito alle ricordate raccomandazioni delle autorità sanitarie pubbliche un trattamento peggiore rispetto a quello riconosciuto a quanti abbiano ubbidito ad un precetto».

<sup>21</sup> In argomento, v. per tutti, anche per i pertinenti riferimenti giurisprudenziali, C. PICCOCCHI, *Libertà terapeutica e "medicine non convenzionali". Definizione e confini*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *op. cit.*, 289 ss.; su alcuni profili connessi al rapporto tra medicine non convenzionali e appropriatezza delle cure, cfr. M. ADVERSI, R.M. MELOTTI, *Il principio di appropriatezza clinica quale criterio di erogazione della prestazione medica*, in M. SESTA (a cura di), *op. cit.*, 357 ss., spec. 375 ss.

per designare le discipline mediche diverse dalla medicina convenzionale»<sup>22</sup>. Tra i più diffusi metodi di questo tipo possono annoverarsi agopuntura, fitoterapia, omeopatia, omotossicologia, medicina antroposofica, ayurvedica e medicina tradizionale cinese<sup>23</sup>.

Non può peraltro essere negato che, negli ultimi decenni, le medicine non convenzionali hanno visto emergere la loro rilevanza, tanto sul piano internazionale, quanto su quello del sistema eurounitario e interno. A ciò ha indubbiamente contribuito l'Organizzazione mondiale della sanità, che in una risoluzione del 2003 è intervenuta in materia, prendendo in considerazione in particolare le medicine «tradizionale», «alternativa» e «complementare», delle quali vengono riconosciuti i possibili aspetti positivi; di conseguenza, viene raccomandato agli Stati aderenti di valutare l'opportunità di disciplinarle, tenendo conto delle condizioni proprie di ciascun Paese<sup>24</sup>.

Peraltro, la citata presa di posizione dell'OMS era stata preceduta, sul versante internazionalistico prettamente europeo, da una risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 1999<sup>25</sup>, nella quale, pur riconoscendosi la preminenza della medicina convenzionale, si ritiene che «*various forms of medicine should not compete with one another: it is possible for them to exist side by side and complement one another*» e si invitano gli Stati aderenti a farle oggetto di regolazione<sup>26</sup>.

Neanche l'Unione europea, dal canto suo, ha fatto mancare interventi al riguardo. Oltre alla già ricordata risoluzione parlamentare del 1997 – con la quale tra l'altro si richiedeva alla Commissione, «qualora i risultati dei relativi studi lo consentano, di impegnarsi in un processo di riconoscimento delle medicine non convenzionali» – di particolare rilievo è la decisione n. 1350/2007/CE del Parlamento e del Consiglio, istitutiva del «secondo programma d'azione comunitaria in materia di salute 2008-2013». In essa si legge che «il programma dovrebbe prendere atto dell'importanza di un'impostazione olistica della sanità pubblica e tenere in considerazione nelle sue azioni, ove appropriato e in presenza di prove scientifiche o cliniche di efficacia, la medicina integrativa e alternativa»<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Si tratta della risoluzione del Parlamento europeo n. 75 del 29 maggio 1997.

<sup>23</sup> I metodi menzionati sono quelli inclusi nelle *Linee guida per la formazione nelle medicine e pratiche non convenzionali riservate a medici chirurghi e odontoiatri*, approvate il 12 dicembre 2009 dal Consiglio nazionale della Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri.

<sup>24</sup> La risoluzione dell'OMS del 28 maggio 2003 (WHA56.31), dopo aver sottolineato che «*the terms "complementary", "alternative", "nonconventional" or "folk" medicine are used to cover many types of nonconventional health care which involve varying levels of training and efficacy*» e che «*the term "traditional medicine" covers a wide variety of therapies and practices which vary greatly from country to country and from region to region*», riconosce che «*traditional, complementary, or alternative medicine has many positive features, and that traditional medicine and its practitioners play an important role in treating chronic illnesses, and improving the quality of life of those suffering from minor illness or from certain incurable diseases*»; appare chiaro, dunque, che nella prospettiva della risoluzione le medicine citate possono svolgere un ruolo utile in relazione a profili connessi alla «cura» sia in senso stretto che in senso lato.

<sup>25</sup> Si tratta della risoluzione 1206(1999) del 4 novembre 1999.

<sup>26</sup> Nella risoluzione si evidenzia sia la crescente importanza assunta dalle medicine non convenzionali in Europa e nel mondo, sia la necessità di non frustrare la libertà di scelta delle cure, ma si rileva opportunamente anche che «*the limitations of non-conventional medicines must not be ignored nor underestimated. Support should not be given to dubious or intolerant practices that would deny people and, in particular, children, the medical care their state of health demands. Establishing a legal framework for nonconventional medicine is a difficult undertaking, but it is preferable to being too liberal*».

<sup>27</sup> Considerando (24).

È in questo contesto internazionale e sovranazionale che forme di disciplina delle medicine non convenzionali hanno trovato riscontro anche nell'ordinamento italiano. Una importanza peculiare, in proposito, riveste l'Accordo del 7 febbraio 2013, raggiunto in Conferenza Stato-Regioni e successivamente attuato da numerose autonomie regionali, avente ad oggetto i criteri per la specifica formazione degli iscritti all'ordine dei medici che vogliano praticare i rimedi terapeutici non convenzionali di agopuntura, fitoterapia e omeopatia.

Ancora più significativo è, inoltre, il fatto che in qualche autonomia regionale (o provinciale) si sia scelto di includere tra le prestazioni erogate dal servizio sanitario pubblico anche alcune di quelle ascrivibili alle medicine non convenzionali, essenzialmente nella loro declinazione "complementare", ossia come metodi che possono andare ad integrare le pratiche mediche convenzionali<sup>28</sup>. Più in generale, la natura complementare del ricorso a tali metodi emerge anche dal vigente Codice di deontologia medica, nel quale si ammette che «il medico può prescrivere e adottare, sotto la sua diretta responsabilità, sistemi e metodi di prevenzione, diagnosi e cura non convenzionali nel rispetto del decoro e della dignità della professione», ma si aggiunge che lo stesso medico non deve comunque «sottrarre la persona assistita a trattamenti scientificamente fondati e di comprovata efficacia»<sup>29</sup>.

Proprio le previsioni del Codice deontologico appena citate consentono di tematizzare uno degli aspetti più problematici del rapporto tra medicine non convenzionali e tutela della salute. Infatti, se il ricorso ad esse non deve in ogni caso far venir meno l'utilizzo di «trattamenti scientificamente fondati e di comprovata efficacia», ciò sta a significare che proprio dal punto di vista del fondamento scientifico e dell'efficacia terapeutica le medicine non convenzionali possono presentare risvolti opachi o comunque non sufficientemente delineati.

Non può nascondersi che quello appena evocato sia il punto focale del discorso in materia, cui qui può solo farsi cenno. Il progressivo maggiore interesse da parte di pazienti e istituzioni verso l'impiego dei mezzi offerti dalle tecniche di cui si parla sollecita più che mai una riflessione sulla necessità e sulle modalità di una loro regolazione giuridica consapevole. La finalità costituzionale di tutelare la salute, infatti, sembra debba imporre una vigilanza peculiare da parte dei soggetti pubblici cui questo compito è affidato (anzitutto sotto il profilo normativo), allo scopo di evitare che un approccio disorganico ed episodico nella considerazione delle tecniche non convenzionali e del loro utilizzo finisca paradossalmente con il distanziare od ostacolare l'obiettivo stesso di protezione costituzionalmente imposto.

---

<sup>28</sup> Si v., ad es., il testo vigente dell'art. 4, comma 1, l.r. Toscana n. 40/2005 («I servizi sanitari territoriali della zona-distretto e quelli ospedalieri in rete sono organizzati allo scopo di garantire all'assistito la fruizione di un percorso assistenziale appropriato, tempestivamente corrispondente al bisogno accertato, secondo i principi della qualificazione delle prestazioni erogate e della compatibilità con le risorse disponibili. Tali servizi erogano anche prestazioni di medicina complementare e integrata, in base alla valutazione di comprovata efficacia e nel rispetto della programmazione regionale in materia»); la D.G.R. Emilia-Romagna n. 741/2014 con cui sono state approvate le *Linee guida regionali per l'erogazione di prestazioni di medicine non convenzionali nella Regione Emilia-Romagna la cui erogabilità è a carico del fondo sanitario regionale*; la D.G.P. Bolzano n. 457/2017 che opera l'«aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza» e che conferma, con riguardo alla erogabilità di prestazioni aggiuntive di carattere non convenzionale nella Provincia di Bolzano, quanto già contenuto nella D.G.P. Bolzano n. 4939/2003 (*Definizione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) resi dal SSP ai sensi del DPCM 29.11.2001 – disposizioni applicative, primo provvedimento*).

<sup>29</sup> V., rispettivamente, i commi 1 e 2 dell'art. 15 del vigente Codice di deontologia medica.

Sembra evidente in proposito che, per quanto si possano allargare le maglie dei criteri di individuazione dei rimedi terapeutici (e della “medicina” di cui essi sono frutto), il perimetro entro cui muoversi deve in ogni caso restare quello individuato dalla Corte costituzionale, a partire dalla nota sent. n. 282/2002. Secondo questa giurisprudenza, se è vero che «non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni», essendo ciò di spettanza dell’autonomia del medico, è anche vero però che tale autonomia non è illimitata, ma deve fondarsi «sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione»; sicché ben può il legislatore elaborare «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”»<sup>30</sup>.

L’ammissibilità del ricorso alle medicine non convenzionali, dunque, non dovrebbe mai prescindere dalla valutazione della loro “scientificità”: caratteristica, quest’ultima, che rappresenta un parametro minimo comune per la definizione di qualunque arte o tecnica come “medicina”, convenzionale o non convenzionale che sia<sup>31</sup>. In questa prospettiva, non può non rimarcarsi la latitanza del legislatore nazionale. Come si è detto, il tema è stato oggetto dell’attenzione di organi internazionali, sovranazionali e regionali; spicca, pertanto, l’assenza di una presa di posizione normativa da parte dello Stato (anche alla luce del riparto delle competenze in materia): un intervento di questo tipo, che si muova in conformità con i riferiti chiarimenti operati dalla giurisprudenza costituzionale, sarebbe quanto mai utile per dotare lo statuto giuridico delle medicine non convenzionali di un riferimento unitario, superando zone grigie, ambiguità e rapsodiche differenziazioni territoriali che rispetto alla specifica questione non possono essere guardate con favore.

---

<sup>30</sup> Sulla pronuncia cfr. 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, 1450 ss., nonché B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, 2007, 211 ss., e A. D’ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all’autonomia regionale*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, 2011, 23 ss.

<sup>31</sup> Cfr. la *Mozione del Comitato nazionale per la bioetica su medicine e pratiche non convenzionali* del 23 aprile 2004, ove si rileva che «se l’autonomia del paziente nella scelta terapeutica rappresenta certamente un valore fondamentale universalmente riconosciuto dalla bioetica, e se la libertà della ricerca scientifica va in ogni caso salvaguardata, la libertà di cura tuttavia non può prescindere dalle conoscenze scientifiche acquisite e convalidate, senza le quali non è possibile tutelare adeguatamente la salute del paziente garantendone l’informazione ai fini del consenso».

## Diritti alla fine della vita e costituzione\*

Chiara Tripodina\*\*

RIGHTS AT THE END OF LIFE AND CONSTITUTION

ABSTRACT: In this paper the author reflects on the constitutional rights at the end of life, distinguishing between those who have a sure constitutional foundation, such as the right to not suffer and the right to refuse therapeutic treatments even life-saving, and the claims of dignified death like euthanasia, with respect to which the Constitution does not say in a binding way, and the choice – between right and crime – should be reserved for the democratically elected legislator.

KEYWORDS: Right to die; palliative care; informed consent; right to refuse care; euthanasia

SOMMARIO: 1. Costituzione e (fine-)vita – 2. Il “diritto” di morire dignitosamente – 3. Diritto di morire dignitosamente come diritto a non soffrire e a essere accompagnati alla morte – 4. Diritto di morire dignitosamente come diritto al rifiuto delle cure e a lasciarsi morire naturalmente – 5. Diritto di morire dignitosamente come diritto a morire con l’aiuto o per mano d’altri – 6. La circoscritta area di non punibilità dell’aiuto al suicidio: il suicidio medicalmente assistito secondo la Corte costituzionale (ord. 207/2018 e sent. 242/2019) – 7. Conclusioni: contiguità e distanze tra i diversi “diritti” di morire dignitosamente

### 1. Costituzione e (fine-)vita

La vita è il fulcro della Costituzione italiana. I diritti fondamentali, i doveri inderogabili, le briglie al potere: tutto ruota intorno a questo centro, affinché a tutti sia garantita una vita libera, dignitosa (art. 36.1), piena (art. 3.2). Ma cosa sia “vita libera, dignitosa, piena” è difficile dire. La prima ineludibile questione: in senso oggettivo o in senso soggettivo? La vita, poi, è fatta di fasi, di condizioni. La Costituzione cita espressamente, tra le fasi, l’infanzia, la gioventù (art. 31), la vecchiaia (art. 38); tra le condizioni, la maternità (art. 31), la disoccupazione, l’invalidità (art. 38), la malattia, l’indigenza (art. 32). Fasi e condizioni di particolare fragilità, in cui libertà, dignità e pienezza sono più a rischio e che perciò meritano speciale protezione. Di “fine-vita”, invece, la Costituzione non parla. Non espressamente. Il fine-vita, d’altra parte, non è un’autonoma fase della vita: si può giungere al termine della vita in qualunque sua fase. E neppure è una condizione eventuale come le altre: tocca a tutti varcare la soglia.

\* Questo scritto è destinato anche agli Studi in onore di Antonio Ruggeri.

\*\* Professoressa Ordinaria di Diritto costituzionale, Università del Piemonte Orientale. Mail: [chiara.tripodina@uniupo.it](mailto:chiara.tripodina@uniupo.it). Contributo sottoposto a referaggio.

Il fine-vita è un passaggio obbligato. Alcuni l'attraversano d'un balzo, senza quasi accorgersene. Altri, invece, indugiano a lungo sulla soglia. Altri ancora vi restano quasi impigliati, non riuscendo più né a vivere, né a morire.

Per questi si è iniziato a parlare di "diritto di morire".

## 2. Il "diritto" di morire dignitosamente

Il "diritto di morire dignitosamente" è, invero, un portato dell'età della tecnica<sup>1</sup>. Uno di quei diritti che cominciano a essere rivendicati nel momento in cui la tecnica si impossessa di territori della vita prima di esclusivo dominio della natura.

Fino alla prima metà del Novecento avrebbe destato stupore parlare della morte in termini di diritto. Quando il medico, con la sua ultima visita, scuotendo il capo decretava che non c'era "più nulla da fare", al moribondo e ai suoi familiari non rimaneva che restare in pietosa attesa dell'ultimo respiro. La morte era un accadimento naturale e lordo; e al contempo corale e solenne.

Quando l'ospedale è divenuto il luogo privilegiato della morte, i vantaggi sono stati evidenti sotto il profilo dell'organizzazione, dell'efficienza, dell'igiene. Ma innegabili anche gli svantaggi, in termini di solitudine, spersonalizzazione, reificazione del malato. La morte ha perso il suo significato solenne, ed è stata sostituita dal lungo "processo del morire", medicalizzato, frammentato, burocratizzato. E lo spettro del morente ridotto a "povera cosa irta di tubi" è entrato prepotentemente nell'immaginario collettivo a sostituire vecchi fantasmi<sup>2</sup>.

È stato proprio questo spettro a scuotere le coscienze e a portare (verso la fine degli anni Settanta del Novecento nei paesi anglosassoni, negli anni Novanta nei paesi di tradizione latina) alla ribellione contro l'eccessiva invadenza della tecnica nelle fasi ultime della vita e alla rivendicazione del "nuovo diritto"<sup>3</sup>.

Ma, affinché un diritto da pretesa morale individuale possa trasformarsi in pretesa giuridica, occorre che abbia un saldo ancoraggio nell'ordinamento giuridico: vi deve essere una legge che lo garantisca; o un principio costituzionale che gli dia fondamento e consenta di pronunciare diritto pur nel silenzio della legge.

In Italia, in carenza (fino al 2017) di una legge che disciplinasse i diritti alla fine della vita e in presenza di casi tragici che premevano sui giudici in cerca di tutela, si è preso a scrutare come aruspici la Costituzione, alla ricerca di un segno per legittimare la nuova pretesa.

Ma le viscere della Costituzione non danno una risposta univoca, non essendo univoco il senso delle parole *diritto di morire dignitosamente*.

<sup>1</sup> Sull'età della tecnica sia consentito il rinvio a C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2004. Sui nuovi diritti, per tutti, S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006.

<sup>2</sup> Sulla storia della morte, per tutti, P. ARIÈS, *Storia della morte in Occidente dal Medioevo ai giorni nostri*, Milano, 1978.

<sup>3</sup> A parlare di morte in termini di diritto, tra i primi, J. RACHELS, *La fine della vita*, Torino, 1989; R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, Milano, 1994.

Sui molteplici profili del diritto di morire dignitosamente si proverà a ragionare nelle righe che seguono, cercando nella Costituzione se vi siano i fondamenti<sup>4</sup>.

### 3. Diritto di morire dignitosamente come diritto a non soffrire e a essere accompagnati alla morte

Vi sono persone che ritengono carica di dignità una morte che si riguarda nella sofferenza, per rivivere nel corpo e nello spirito la passione di Cristo; oppure, laicamente, per affrontare senza sconti l'ultima sfida che la vita reca. Ma vi sono persone che ritengono abbruttente e disumanizzante morire avendo come pensiero unico il dolore intenso e totale e chiedono che sia fatto cessare o almeno attenuato.

A questa richiesta la Costituzione non è sorda ma, prescrivendo negli artt. 2 e 3.2 il dovere inderogabile di solidarietà verso i deboli, pone in capo alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono la libertà e il pieno sviluppo della persona umana; tra i quali il dolore totale.

È dunque compito della Repubblica eliminare – o almeno attenuare – il dolore, e includere nel fondamentale *diritto alle cure* riconosciuto dall'art. 32.1. Cost. anche il *diritto alla cura*: a quegli interventi che, pur non volti a contrastare la malattia, contribuiscono a dare sollievo al dolore e conforto alla sofferenza, assicurando alla persona malata una morte più dignitosa<sup>5</sup>.

Nell'ultimo decennio molti passi sono stati fatti in questa direzione. A partire dalla l. 38/2010, *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, finalizzata a garantire nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza «il diritto del cittadino ad accedere alle cure palliative e alla terapia del dolore» (art. 1.1). In base alle definizioni contenute nella legge, per *cure palliative* s'intende «l'insieme degli interventi terapeutici, diagnostici e assistenziali, rivolti sia alla persona malata sia al suo nucleo familiare, finalizzati alla cura attiva e totale dei pazienti la cui malattia di base, caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta, non risponde più a trattamenti specifici» (art. 2, lett. a); per *terapia del dolore* «l'insieme di interventi diagnostici e terapeutici volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi diagnostico-terapeutici per la soppressione e il controllo del dolore» (art. 2, lett. b). Mentre le prime sono specificamente dedicate al malato in fase terminale (è il c.d. "accompagnamento del morente"); la seconda può riguardare qualsiasi «persona affetta da una patologia dolorosa cronica» (art. 2, lett. c). Il fine è in ogni caso «assicurare il rispetto della dignità e dell'autonomia della persona umana» (art. 1.2), nonché promuovere e garantire «la qualità della vita fino al suo termine» (art. 1.3). Ulteriore conferma del riconoscimento e della garanzia del diritto a non soffrire si trova nella l. 219/2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di vita*, che dispone che

<sup>4</sup> *Nota metodologica*: non si affronteranno in questo scritto, per ragioni di spazio, i vincoli ex art. 117.1 Cost. In ogni caso, sul tema qui di interesse, le disposizioni sovranazionali e internazionali sono aperte e le decisioni giurisprudenziali non vincolanti, essendo riconosciuto agli Stati un "ampio margine di apprezzamento" sul fine-vita. Per questi profili, U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, Milano, 2018, 135 ss.

<sup>5</sup> Sul diritto a non soffrire, *ex multis*, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, Milano, 2012, II, 40 ss.; B. PEZZINI, *Diritto costituzionale alla salute, trattamento sanitario, cure palliative*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e diritto alla "vita buona" al confine tra il vivere e il morire*, Pisa, 2011, 171; A. D'ALOIA, "Diritto" e "diritti" di fronte alla morte, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 210.

«il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze», garantendo sempre «un'appropriate terapia del dolore» (art. 2). Al diritto della persona malata corrisponde dunque un preciso dovere del medico, il quale è altrimenti chiamato a rispondere per procurato danno da sofferenza. E il diritto a non soffrire giunge sino alle propaggini estreme della vita: la legge esplicita, infatti, che, «nei casi di pazienti con prognosi infausta a breve termine o di imminenza della morte» e «in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari», il medico può, con il consenso del paziente, «ricorrere alla *sedazione palliativa profonda continua* in associazione con la terapia del dolore» (art. 2.2). Si tratta della «somministrazione intenzionale di farmaci, alla dose necessaria richiesta, per ridurre fino ad annullare la coscienza del paziente», allo scopo di alleviarne il dolore nell'imminenza della morte<sup>6</sup>: atto terapeutico da tempo praticato, ma che mai, fino al 2017, aveva trovato esplicita legittimazione in un testo di legge.

Le citate previsioni hanno contribuito a conferire chiarezza normativa a prassi mediche e orientamenti giurisprudenziali intorno ai quali si era attestata una progressiva condivisione, e a dare così più pieno e puntuale svolgimento al dovere costituzionale di solidarietà nei confronti delle persone sofferenti. Volendo ricorrere a una consolidata categoria giuridica, si può dire che, del diritto di morire dignitosamente, il diritto a ricevere cure palliative e terapie antidolore rappresenti il “livello minimo essenziale”, che è compito della Repubblica garantire a tutti per non morire avendo in odio la vita<sup>7</sup>.

#### 4. Diritto di morire dignitosamente come diritto al rifiuto delle cure e a lasciarsi morire naturalmente

Un ulteriore profilo del diritto di morire dignitosamente trova fondamento in un articolo costituzionale di rara chiarezza, quasi una regola più che un principio: l'art. 32.2, che dispone che «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

La ragione storica di questa disposizione costituzionale risiede nella piena consapevolezza dei costituenti della necessità di evitare che potessero essere «imposte obbligatoriamente ai cittadini pratiche sanitarie» e che queste potessero essere «lesive della dignità umana»: si trattava di «un problema di libertà individuale che non poteva non essere garantito dalla Costituzione»<sup>8</sup>.

Alla luce di tale chiarezza di testo e di intenti, l'art. 32.2 – spesso letto congiuntamente con l'art. 13.1 – viene interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina dominanti nel senso che un determinato trattamento sanitario può essere imposto esclusivamente nei casi eccezionali e tassativi in cui vi sia una legge a prevederlo e ciò sia necessario «non solo a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri». È proprio tale ulteriore scopo «a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> CNB, *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, 29 gennaio 2016, 3.

<sup>7</sup> A conferma di ciò, la legge 38/2010 prevede che le cure palliative e la terapia del dolore rientrino tra i livelli essenziali di assistenza da garantire su tutto il territorio nazionale.

<sup>8</sup> Aldo Moro, *Atti dell'Assemblea Costituente*, Seduta del 28 gennaio 1947.

<sup>9</sup> Corte cost., sent. 307/1990. In dottrina, fra i molti, L. CARLASSARE, *L'art. 32 Cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, 105 ss.; L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, 1993, 149; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, 557 ss.; A.

Ogni persona ha dunque il diritto a che venga rispettato il suo rifiuto o la sua rinuncia ad atti diagnostici e terapeutici. Ciò pure se l'atto terapeutico sia diretto a evitare la morte del paziente. È questo il risvolto negativo del diritto alla salute: il diritto di non curarsi; il diritto di perdere la salute; il diritto, anche, di lasciarsi morire<sup>10</sup>.

Naturalmente, per la validità del rifiuto, è necessario che il paziente sia non solo nel pieno possesso delle sue facoltà mentali e giuridicamente capace, ma anche in grado di conoscere e comprendere pienamente le conseguenze della sua determinazione e le possibili alternative terapeutiche. È il cosiddetto *consenso/dissenso informato*: esito ultimo della scelta terapeutica che compete al paziente compiere, ma attraverso l'ineliminabile apporto di corrette informazioni e adeguate comunicazioni che è dovere del medico fornire, in quella che viene definita "alleanza terapeutica"<sup>11</sup>.

Sulla base di queste premesse, un rifiuto delle cure informato e consapevole costituisce limite inderogabile per ogni intervento del medico, il quale, essendo giuridicamente tenuto a cessare il suo agire nel rispetto della volontà del paziente, non pone in essere alcuna omissione giuridicamente rilevante. Nonostante la rara chiarezza dell'art. 32.2, il rifiuto di trattamenti sanitari, tanto più se salva-vita, è rimasto a lungo inudito, sia negli ospedali che nei tribunali, e solo la tenace battaglia giudiziaria di alcuni ha consentito di arrivare a una progressiva garanzia del diritto, prima per via giurisprudenziale, poi anche legislativa. In particolare, il 2007 è stato un anno marca-tempo per il riconoscimento del diritto in via giurisprudenziale<sup>12</sup>; mentre è di dieci anni dopo la già citata legge n. 219/2017, che ha previsto, parafrasando il testo costituzionale, che, salvi i casi previsti dalla legge, «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata» (art. 1.1).

In particolare, la legge riconosce «il diritto di rifiutare qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario» così come «il diritto di revocare [...] il consenso prestato», anche quando si tratti di «trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza», inclusi nutrizione e idratazione artificiale

D'ALOIA, *Diritto di morire?*, in *Politica del Diritto*, 4, 1998, 611; M. LUCIANI, *Diritto alla salute*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 9 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982, 303 ss.; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista infortuni e malattie professionali*, I, 1961, 1 ss.; R. ROMBOLI, *Commento all'articolo 5 del codice civile (Eutanasia)*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, 1988, 174 ss.; C. TRIPODINA, *Articolo 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. BARTOLE, R. BIN, Padova, 2008, 321 ss.

<sup>10</sup> Sul diritto al rifiuto delle cure, *ex multis*, U. ADAMO, *op. cit.*, 1 ss.; S. CANESTRARI, *Fine vita e rifiuto di cure*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, 2011, I, 1901 ss.; C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2008; A. D'ALOIA, *Eutanasia (Dir. cost.)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 2012; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita*, Milano, 2008; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, c. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, *Diritto Pubblico*, 2008, 85 ss.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, 209 ss.

<sup>11</sup> Sul consenso informato, Corte cost., sentt. 438/2008 e 253/2009, che lo riconosce come «vero e proprio diritto della persona», «sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute» (R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2008, 4953 ss.).

<sup>12</sup> Di quell'anno, Trib. Roma, Gup, sent. 2049/2007 per il caso Welby; e Cass. civ. sent. 21748 2007, per il caso Englaro. Per una ricostruzione dei noti casi, molto diversi tra loro e molto commentati, sia consentito il rinvio a C. TRIPODINA, *Il risvolto negativo del diritto alla salute*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, tutela della salute e servizi sanitari*, Bologna, 2009, 369 ss.



(art. 1.5); e impone al medico – senza possibilità di obiezione di coscienza – il dovere di «rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo», andando «esente da responsabilità civile o penale» (art. 1.6). Il medico, inoltre, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso ai trattamenti sanitari, deve in ogni caso promuovere «ogni azione di sostegno al paziente medesimo» (art. 1.5), adoperandosi «per alleviarne le sofferenze» (art. 2.1), sino alla possibilità di «ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua» con il suo consenso (art. 2.2).

La legge prevede poi che ogni persona maggiorenne capace di intendere e volere possa, «in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche», esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari «attraverso le *disposizioni anticipate di trattamento*» (art. 4.5); mentre, in caso di patologia cronica o a prognosi infausta già in atto, è possibile la *pianificazione condivisa delle cure tra medico e paziente*, per programmare le cure future tenendo conto della possibile evoluzione della malattia, delle possibilità cliniche, delle aspettative di vita del paziente (art. 5.1 e .2). In entrambi i casi, il medico e l'èquipe sanitaria «sono tenuti ad attenersi» alle manifestazioni anticipate di volontà del paziente, qualora venga a trovarsi in condizione di incapacità.

Nella legge 219/2017 vi sono, infine, anche parole di contrasto all'*ostinazione terapeutica*: il medico, «nei casi di pazienti con prognosi infausta a breve termine o di imminenza della morte», deve «astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati» (art. 2.2), da valutare sia alla luce di elementi oggettivi (rischi e benefici attesi, appropriatezza clinica), che soggettivi (miglioramento della qualità della vita del malato secondo la sua propria percezione), dando così più precisa consistenza giuridica a quei «limiti imposti dal rispetto della persona umana» che l'art. 32.2 Cost. vieta di varcare.

Benché una legge sul fine-vita sia stata in Italia molto attesa e da molti auspicata al fine di dare garanzia a diritti a lungo misconosciuti, tuttavia – è importante ribadirlo – il diritto al rifiuto delle cure e, più in generale, all'autodeterminazione terapeutica non ha la sua base legittimante in una scelta di politica legislativa, ma nella Costituzione stessa. È espressamente nel testo costituzionale che sta scolpita la dichiarazione dell'intangibilità del nucleo duro dell'esistenza umana - il corpo - senza il consenso di chi lo abita; neppure a fini di cura.

## 5. Diritto di morire dignitosamente come diritto a morire con l'aiuto o per mano d'altri

Discorso diverso va fatto per il rivendicato diritto di morire con l'aiuto o per mano d'altri.

Al riguardo la Costituzione non dice. Vi sono tuttavia principi costituzionali che, tessuti insieme in combinato disposto, dicono. O meglio, ai quali viene fatto dire da chi si impegna a interpretarli.

L'art. 2 «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», tra i quali la vita, implicito fondamento di tutti gli altri<sup>13</sup>; l'art. 13.1 afferma che «la libertà personale è inviolabile»; l'art. 32 «tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» ed esige che i trattamenti sanitari siano praticati nel «rispetto della persona umana».

Vita, libertà, dignità. Tutti concordano sulla imprescindibilità costituzionale di questi lemmi.

<sup>13</sup> Sul carattere implicito del diritto alla vita, G. GEMMA, *Vita (diritto alla)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 1999, XV, 681 ss.



Il problema sorge quando il discorso si sposta sul loro valore semantico. Si scopre allora che, a seconda di chi legge e interpreta, essi celano universi morali e giuridici antagonisti<sup>14</sup>, pronti a esplodere in tutta la loro assolutezza e inconciliabilità non appena si comincia a discutere sul fondamento costituzionale della pretesa di morire con l'aiuto o per mano d'altri: ciò che viene definito "eutanasia"<sup>15</sup>.

L'istanza eutanasiaca a oggi in Italia non integra diritto, bensì richiesta di compiere atto illecito: *omicidio del consenziente* (art. 579 c.p.<sup>16</sup>) o *aiuto al suicidio* (art. 580 c.p.), a seconda del grado di partecipazione del moriente alla propria uccisione. E la l. 219/2017 non innova sul punto, confermando che il medico non ha alcun obbligo con riguardo alla richiesta da parte del paziente di «trattamenti sanitari contrari a norme di legge» (art. 1.6).

Rispetto a questa netta chiusura del legislatore ordinario, v'è chi, dalla lettura in combinato disposto degli artt. 2 e 32, ricava l'interpretazione per cui l'attuale disciplina sia non solo legittima, ma anche costituzionalmente dovuta, giacché un'ipotetica legge che riconoscesse il diritto a morire con l'aiuto o per mano d'altri urterebbe inevitabilmente «contro la lettera e lo spirito della Costituzione italiana nel suo carattere "personalistico"»<sup>17</sup>, che mira a tutelare contro qualsiasi modalità di aggressione la vita in quanto tale, sempre degna, in qualsiasi condizione, di essere vissuta<sup>18</sup>.

Ma vi è anche chi, delle medesime disposizioni costituzionali, dà un'interpretazione diametralmente opposta e, vedendo negli artt. 2, 13.1 e 32 la base legittimante – anziché escludente – il diritto a morire con l'aiuto o per mano d'altri, ritiene costituzionalmente illegittimi gli artt. 579 e 580 c.p. Chi accede a una tale lettura della Carta costituzionale è convinto che in essa la vita sia tutelata non solo nel mero dato biologico dell'essere vivi, ma nel più pregnante dato biografico dell'aver una vita significativa per chi la vive, e che, qualora questa condizione venga meno, debba essere garantito il diritto di poter morire in modo corrispondente alla propria idea di dignità<sup>19</sup>. Altra disposizione costituzionale chiamata in causa in questo taglio ermeneutico è l'art. 3: se infatti il suicidio è un atto di libertà, allora sarebbe contrario al principio di uguaglianza negare questa libertà a qualcuno solo perché non è in grado di esercitarla da solo a causa di una sua condizione di invalidità. L'obiezione diventa ancora più stringente se il raffronto viene fatto tra l'istanza di essere lasciati morire e l'istanza di essere aiutati a morire: se la sopravvivenza di un soggetto è legata a una qualche forma di terapia salva-vita, il paziente può (anzi ha il diritto costituzionalmente garantito di) chiederne l'interruzione e lasciare così sopraggiungere la

<sup>14</sup> Sul punto, N. BOBBIO, *Vi sono diritti fondamentali?*, in N. BOBBIO, G. PONTARA, S. VECA (a cura di), *Crisi della democrazia e neo-contrattualismo*, Roma, 1984, p. 116; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 106 ss.

<sup>15</sup> Benché il termine eutanasia sia suscettibile di plurali definizioni, pare oggi superata la distinzione tra *eutanasia passiva* (coincidente con il rifiuto di trattamenti salvavita) ed *eutanasia attiva* (consistente nell'uccisione attiva e diretta con farmaco letale da parte o con l'aiuto di un medico di un paziente, afflitto da malattia incurabile e intollerabili sofferenze, che l'abbia richiesta) coincidendo l'eutanasia *tout court* con quest'ultima.

<sup>16</sup> Che può diventare *omicidio volontario comune ex art. 575 c.p.*, qualora il consenso sia giudicato invalido.

<sup>17</sup> F. MANTOVANI, *Problemi giuridici dell'eutanasia*, in *Archivio Giuridico*, 1970, 47 ss.

<sup>18</sup> I. NICOTRA GUERRERA, «Vita» e sistema dei valori nella Costituzione, Milano, 1997, 147; A. POGGI, *Eutanasia*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita*, Napoli, 2011, 65 ss.; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014; C. VENTRELLA MANCINI, *L'eutanasia tra il diritto alla vita e alla libertà di autodeterminazione in Italia e in Spagna*, in *Revista española de derecho canónico*, 142, 1997, 204.

<sup>19</sup> U. ADAMO, *op. cit.*, 173 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 200; A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3218.



morte; ma, se ha la “terribile sfortuna”<sup>20</sup> di non veder la sua vita legata ad alcuna terapia di sostegno vitale, questa possibilità gli è preclusa: persone accomunate dalla medesima condizione umana di malattia, di sofferenza e dal desiderio di porre fine alla vita in un modo ritenuto da loro dignitoso, trovano risposte giuridiche opposte alla medesima istanza.

Gli artt. 2, 3, 13.1 e 32 della Costituzione in definitiva non conducono a una soluzione ermeneutica “a rime obbligate”: restano parimenti aperte e percorribili le opposte letture dell’eutanasia, come esercabile delitto o come fondamentale diritto, a seconda dell’universo valoriale di chi si accosta alle viscere della Costituzione per interpretarla. Se a prevalere nell’ordinamento giuridico sia l’una o l’altra dipende (dovrebbe dipendere), in ultima analisi, dalla volontà del legislatore storico concreto, in rappresentanza degli interessi preminenti nella società.

## 6. La circoscritta area di non punibilità dell’aiuto al suicidio: il suicidio medicalmente assistito secondo la Corte costituzionale (ord. 207/2018 e sent. 242/2019)

Senonché è sul punto recentemente intervenuta la Corte costituzionale con una doppia pronuncia – prima l’ordinanza 207 del 2018, poi la sentenza 242 del 2019<sup>21</sup>, con la quale ha riscontrato, poi dichiarato l’illegittimità costituzionale del divieto assoluto di aiuto al suicidio ex art. 580 c.p., ricavando una “circoscritta area” di non punibilità per il c.d. “suicidio medicalmente assistito”.

In particolare, la Corte ha ritenuto non conforme a Costituzione punire l’aiuto al suicidio in quei casi in cui la richiesta di aiuto al suicidio venga da una persona «a) affetta da una patologia irreversibile e b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli»<sup>22</sup>. In tali casi, sostiene la Corte, «l’assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l’unico modo per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto»<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> S. RODOTÀ, *Il paradosso dell’uguaglianza davanti alla morte*, in S. SEMPLICI (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002, 40 s.

<sup>21</sup> La questione di legittimità costituzionale è stata decisa dalla Corte costituzionale in prima battuta con l’ordinanza n. 207 del 24 ottobre 2018, che, pur avendo riscontrato un *vulnus* nel divieto assoluto di aiuto al suicidio ex dell’art. 580 cod. pen., non ne ha dichiarato l’illegittimità costituzionale. Ciò al fine di lasciare al Parlamento la possibilità di «assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità». Non si è trattato, tuttavia, di un mero monito al legislatore: «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale», la Corte ha disposto il rinvio del giudizio a nuova udienza, fissandola undici mesi dopo il 24 settembre del 2019, per decidere in via definitiva la questione alla luce dell’«eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela». Preso atto di come «nessuna normativa in materia sia sopravvenuta nelle more della nuova udienza», la Corte ha pronunciato la sentenza di incostituzionalità n. 242 del 2019. L’ord. 207/2018 è stata commentatissima: si rinvia al sito ufficiale della Corte costituzionale (<https://www.cortecostituzionale.it/actionNoteSentenza.do>), dove si contano, ad oggi, novantasei note a sentenza. Si consenta, tra gli altri, il rinvio a C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all’istante con l’aiuto d’altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull’ord. 207/2018*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2018, 2476 ss.

<sup>22</sup> Corte Cost., sent. 242/2019, § 2.3 *Considerato in diritto e Dispositivo*, riprendendo ord. 207/2018, § 8 *Considerato in diritto*.

<sup>23</sup> *Ibidem*, § 2.3, riprendendo ord. 207/2018, § 8 *Considerato in diritto*.

Riconosce, invero, la Corte che la decisione di «accogliere la morte»<sup>24</sup> potrebbe essere già presa, dalle persone nelle condizioni da essa elencate, sulla base della legge n. 219 del 2017 e in attuazione dell'articolo 32.2. Cost. E tuttavia per la Corte l'incostituzionalità dell'art. 580 del cod. pen. sta proprio nel fatto che, vietando in modo assoluto l'aiuto al suicidio, esso impone al paziente che si trovi nelle condizioni date «un'unica modalità per congedarsi dalla vita»<sup>25</sup>. Così, non garantendo alla persona che versa nelle condizioni dalla Corte descritte la possibilità di scegliere «trattamenti diretti, non già a eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte», la si costringe «a subire un processo più lento [in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire] e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care»<sup>26</sup> (le parole tra parentesi quadre erano presenti nell'ordinanza del 2018, non più nella sentenza del 2019).

Le conclusioni sono tratte dalla Corte alla luce di un giudizio di ragionevolezza, comparando ciò che la legge n. 219 del 2017 consente e ciò che il Codice penale punisce.

Se, infatti, «il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari», «non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento [– apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa –] conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale»<sup>27</sup> (le parole tra parentesi quadre erano presenti nell'ordinanza del 2018, non più nella sentenza del 2019). Se «chi è tenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento», «non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri»<sup>28</sup>.

Ne consegue per la Corte che, «entro lo specifico ambito considerato», il divieto assoluto di aiuto al suicidio è incostituzionale in quanto «finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, compreso quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma Cost., imponendogli un'unica modalità per congedarsi dalla vita [senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio di dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: parametro, quest'ultimo, peraltro non evocato dal giudice a quo in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana)]»<sup>29</sup> (le parole tra parentesi quadre erano presenti nell'ordinanza del 2018, non più nella sentenza del 2019).

Ciò che la Corte dichiara violata è dunque la *libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie*, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze. Includendo evidentemente il suicidio

<sup>24</sup> *Ibidem.*

<sup>25</sup> Corte Cost., sent. 242/2019, § 2.3 *Considerato in diritto.*

<sup>26</sup> *Ibidem*, riprendendo ord. 207/2018, § 9 *Considerato in diritto.*

<sup>27</sup> *Ibidem.*

<sup>28</sup> *Ibidem.*

<sup>29</sup> *Ibidem.*

medicalmente assistito e la conseguente morte tra le terapie anti-dolore, che il paziente ha il diritto di scegliere e assumere.

Il fondamento costituzionale di questa libertà andrebbe rinvenuto, per la Corte, nel combinato disposto degli articoli 2, 13 e 32.2 Cost.: i primi due, invero, espressamente esclusi dalla Corte quali plausibili fondamenti di un diritto a «ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire» (art. 2) o di un generico diritto «all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene vita» (artt. 2 e 13)<sup>30</sup>; l'ultimo riconosce il diritto a non essere obbligati a un determinato trattamento sanitario, ma non il diritto a ottenere aiuto al suicidio (art. 32). E non è chiaro come, da tre parametri non conferenti, ne possa scaturire uno pertinente in virtù della sola lettura "in combinato disposto".

Non compare più, invece, nella sentenza del 2019 la lesione del principio di dignità umana e neppure l'art. 3 Cost. quale parametro rilevante, che invece erano centrali nell'ordinanza del 2018.

In particolare, la parola "dignità" non ricorre più nella parte motiva della sentenza<sup>31</sup>, particolarmente se legata alle parole morte/morire. Non ci sono più espressioni come processo «meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire»; decorso «apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa»; divieto assoluto di aiuto al suicidio come «lesione del principio di dignità umana».

Queste omissioni – opportune - non sono dettate certo dal caso o da esigenze di sintesi. La Corte, nel corso degli undici mesi, deve avere inteso tutta la fragilità e le non trascurabili conseguenze di una decisione fondata sul riconoscimento di un diritto costituzionale non semplicemente a morire dignitosamente, ma a *morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire*. "Fragilità" perché, se morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità corrisponde a un'aspirazione profondamente umana, è arduo rinvenirne un fondamento in Costituzione che consenta di elevare tale aspirazione a diritto costituzionale. "Non trascurabili conseguenze" perché, se si afferma l'esistenza di un diritto costituzionale a morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire, nessun limite può poi essere posto, né quanto ai soggetti, né quanto ai modi. E perché, se si afferma l'esistenza di un tale diritto, occorre necessariamente prevedere anche l'adempimento del corrispondente dovere di garantire a ciascuno la possibilità di morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire<sup>32</sup>.

E tuttavia, se pur le parole sono state cancellate, il diritto a morire nel modo più corrispondente alla propria visione nel morire resta il convitato di pietra di questa sentenza; solo occultato dietro altre parole. Riappare in traluce quando la Corte, per motivare la circoscritta area di non punibilità del suicidio medicalmente assistito, dice che, in tali casi, «l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unico modo per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto»<sup>33</sup>. Che è come dire che il malato ha *il diritto sottrarsi alla vita nel modo più corrispondente – nell'unico modo corrispondente – alle proprie scelte individuali*. Che è null'altro che un diverso modo di dire che ha il diritto a morire nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire.

<sup>30</sup> *Ibidem*, riprendendo ord. 207/2018, §§ 5 e 6 *Considerato in diritto*.

<sup>31</sup> Fatto salvo un richiamo, al § 5 *Considerato in diritto*, alla necessità di garantire la «dignità del paziente» quando gli verrà garantito l'aiuto al suicidio dal servizio sanitario nazionale.

<sup>32</sup> C. TRIPODINA, *Le non trascurabili conseguenze del riconoscimento del diritto a morire "nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire"*, in *Forum costituzionale*, 6, 2019.

<sup>33</sup> Corte Cost., sent. 242/2019, § 2.3 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 8 *Considerato in diritto*.

Ma – opportunamente, ma anche ambiguamente – la Corte non dice mai la parola “diritto”. Usa la parola “libertà”. Che rievoca la libertà di suicidarsi - l’ultima libertà, estrema e di fatto -, ora estesa anche al suicidio medicalmente assistito. Non dice opportunamente, perché come non esiste il diritto di suicidarsi, non esiste neppure il diritto - meno che mai costituzionale - di essere aiutati a suicidarsi, con il corredo di doveri che ne dovrebbe conseguire. Ma anche non dice ambiguamente, perché in realtà tale diritto pare sotteso a tutto il ragionamento che la Corte sviluppa nel corso della sentenza. Insieme a ogni riferimento alla visione soggettiva di dignità nel morire, scompare dalla sentenza del 2019 anche l’art. 3.1 Cost. quale parametro rilevante.

In realtà, dalle argomentazioni della Corte, esso pare l’unico articolo della Costituzione in grado di giustificare la pronuncia di illegittimità costituzionale dell’art. 580 del cod. pen.: il cuore della motivazione sta nella parte in cui la Corte, assunta a *tertium comparationis* la legge 219/2017, sostiene che «non vi è ragione» per la quale una persona, nelle condizioni date in ipotesi, possa chiedere di essere lasciata morire e non anche di essere medicalmente aiutata a suicidarsi<sup>34</sup>.

È un chiaro giudizio di ragionevolezza, che la Corte ritiene di poter condurre ormai senza neanche più la finzione retorica del suo aggancio all’art. 3.1. Cost. e senza neanche più la necessità di addurre argomenti a sostegno dell’irragionevolezza. La Corte asserisce, ma non argomenta.

Fondare l’apertura all’aiuto al suicidio sul principio di uguaglianza/ragionevolezza – pur senza citarlo – può però ingenerare la difficoltà di difendere nel tempo la “circoscritta area” di non punibilità che la Corte ha ritenuto di poter delimitare, portando a successive estensioni del riconoscimento della libertà di morire nell’unico modo corrispondente alle proprie scelte individuali anche nei confronti di coloro che non vedono la loro vita dipendere da trattamenti di sostegno vitale, o di coloro che non hanno semplicemente bisogno di essere aiutati a morire, ma di essere uccisi (omicidio del consenziente, art. 579 c.p.). Sono queste le persone oggi davvero nude di fronte a una morte che non ritengono degna. Nella sentenza 242/2019, la Corte, prendendo atto «di come nessuna normativa in materia sia sopravvenuta nelle more della nuova udienza»<sup>35</sup>, afferma di non potere «ulteriormente esimersi dal pronunciare[s] sul merito delle questioni, in guisa da rimuovere il *vulnus* costituzionale già riscontrato».

Unico freno all’intervento additivo della Corte costituzionale avrebbe potuto essere – ed era in passato – la circostanza che, per disciplinare la materia, fossero possibili plurime «risposte differenziate da parte del legislatore»<sup>36</sup> e non vi fosse alcun contenuto che discendesse in modo vincolato – “a rime obbligate” - dalla Costituzione. Ma ormai la Corte reputa da superare quel suo storico *self-restraint*. Tutto ciò «non è di ostacolo»<sup>37</sup>: ove «i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischino di risolversi a loro volta [...] in una menomata protezione di diritti fondamentali», la Corte «può e deve farsi carico dell’esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento “secco” della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento»<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*, § 3 Considerato in diritto.

<sup>36</sup> *Ibidem*, § 4 Considerato in diritto.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

L'ultima stagione di supplenza della Corte<sup>39</sup> è, dunque, quella della supplenza *sub condicione*, con sentenze *self executing*, «fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento»<sup>40</sup>.

La Corte, in particolare, ritiene di poter trarre le coordinate necessarie per la disciplina del suicidio medicalmente assistito negli artt. 1 e 2 della legge 219 del 2017<sup>41</sup>; ossia proprio in quella legge, i cui lavori preparatori narrano di una precisa volontà del legislatore concreto di *non* aprire all'aiuto al suicidio e all'aiuto a morire<sup>42</sup>. Il richiamo è alla procedura medicalizzata dell'art. 1, commi 4 e 5, della legge, da cui può ricavarsi la «modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa chiedere aiuto [al suicidio]»<sup>43</sup>. Lì si trova la necessità che la persona sia «capace di agire»; che la sua volontà sia acquisita «nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente»; che sia sempre assicurata «la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà»; che gli siano sempre prospettate «le conseguenze» della sua decisione «e le possibili alternative», tra le quali e *in primis* il coinvolgimento in un percorso di cure palliative, ex art. 2 della legge 219. Alle strutture pubbliche del Servizio sanitario nazionale la Corte riserva «la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio», e la verifica delle «relative modalità di esecuzione», che dovranno essere «tali da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze»<sup>44</sup>. La Corte richiede inoltre l'intervento di un organo collegiale terzo, che «possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità», e che, nelle more dell'intervento del legislatore, la Corte individua nei comitati etici territorialmente competenti<sup>45</sup>.

Quanto, infine, al tema dell'obiezione di coscienza del personale sanitario, la Corte dispone che «resta affidato [...] alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato», dal momento che «la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici». Questo è un passaggio cruciale della decisione, sia perché la Corte si discosta dal «preciso punto di riferimento» normativo che aveva essa stessa assunto - non prevedendo la legge 219 alcuno spazio per l'obiezione di coscienza -, sia e soprattutto perché l'«impellente esigenza di assicurare una tutela effettiva dei *diritti fondamentali*, incisi dalle scelte del legislatore»<sup>46</sup> mostra di essere solo una maschera, se i supposti «diritti fondamentali» vengono poi degradati a mere «richieste», sguarniti come sono del corrispondente dovere. È ineludibile: «un diritto non è efficace di per sé,

<sup>39</sup> L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 516 ss., individua due stagioni di supplenza della Corte costituzionale, a rimedio dell'impotenza del legislatore: la prima - la «grande supplenza» - è quella che prende avvio negli anni immediatamente successivi all'entrata in funzione della Corte costituzionale al fine di purgare dalle incostituzionalità la normativa anteriore al 1948; a partire dagli anni 1963-1965, si apre la seconda stagione di supplenza, quando la Corte inaugura una giurisdizione non più di mera amputazione, ma «di creazione».

<sup>40</sup> Corte cost., sent. 242/2019, § 4 *Considerato in diritto*.

<sup>41</sup> *Ibidem*, § 5 *Considerato in diritto*.

<sup>42</sup> Nei lavori preparatori della legge n. 219 del 2017, l'introduzione dell'aiuto al suicidio, accanto al lasciare morire, era stata oggetto di specifici emendamenti, poi rigettati. Si vedano i pareri negativi espressi dalla relatrice di maggioranza Donata Lenzi nella seduta della Camera dei Deputati di martedì 4 aprile 2017 (su [www.camera.it](http://www.camera.it)).

<sup>43</sup> Corte cost., sent. 242/2019, § 5 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 10 *Considerato in diritto*.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*, § 4 *Considerato in diritto*.

ma solo attraverso l'obbligo cui corrisponde»<sup>47</sup>; se sul medico non ricade il dovere di aiutare medicalmente il paziente a suicidarsi, questi non è titolare di alcun diritto.

Il non parlare di "obbligo" o di "dovere" corrisponde alla consapevole scelta della Corte di tacere anche la parola "diritto". Ma, parafrasando la Corte, "non si vede la ragione per la quale" la Corte abbia dovuto scrivere una sentenza sì dirompente sotto molteplici profili, valicando in modo non auspicabile il netto confine tra lasciar morire e aiutare a morire, per poi lasciare nelle mani delle persone nelle tristi condizioni dalla Corte elencate solo la libertà di esprimere una richiesta non vincolante.

Le ultime parole della sentenza sono dedicate al legislatore, giacché la Corte ritiene di non poter fare a meno di «ribadire con vigore l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati»<sup>48</sup>. Anche se, in ragione del principio del legislatore non ridondante, davvero non si vede quale significativo spazio residui alla discrezionalità del Parlamento, a fronte di sì stringenti vincoli posti dalla Corte; né facendo appello a quale dignità – certo non la sua – il Parlamento dovrebbe riscrivere sotto dettatura le parole della Corte costituzionale, traducendo in legge una sua decisione politica.

## 7. Conclusioni: contiguità e distanze tra i diversi "diritti" di morire dignitosamente

Volendo tentare l'approdo a una conclusione, si può dire che, a differenza di altri "nuovi diritti", la Costituzione parla in modo pregnante rispetto ad alcune possibili declinazioni del "diritto di morire dignitosamente"; mentre tace rispetto ad altre.

Parla senz'altro netto con riguardo alla solidarietà che si deve nei confronti delle persone malate e sofferenti: il dovere costituzionale fissato negli artt. 2 e 3.2 Cost. è salda radice per il *diritto all'alleviamento del dolore e all'accompagnamento del moriente*, che è livello minimo essenziale del diritto di morire dignitosamente, che a tutti deve essere garantito dalla Repubblica.

Pure esplicito in Costituzione è il *diritto a non essere costretti a un determinato trattamento sanitario*, con la sua chiara previsione nell'art. 32.2 e con tutto quel che ne consegue in termini di *diritto al rifiuto delle cure e diritto a lasciarsi morire*, con i relativi doveri di desistenza e non ostinazione terapeutica in capo ai medici.

La Costituzione non dice, invece, in tema di *morire secondo la propria idea di dignità* né di *essere aiutati a morire* o di *essere uccisi con il proprio consenso* a questo fine. Nessun articolo costituzionale ne parla, né in termini di diritto, né in termini di delitto. La Corte ha – opportunamente – escluso la sufficienza, come fondamento di un ipotetico diritto a morire secondo la propria idea di dignità, del parametro dell'"diritto all'autodeterminazione individuale" ex artt. 2 e 13 Cost.<sup>49</sup>, ormai facile varco d'accesso di tutti i "nuovi diritti". Ha tuttavia ritenuto contrario alla "libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie", ex artt. 2, 13 e 32 Cost., il divieto assoluto di aiuto al suicidio, nella parte in cui vi è incluso anche il suicidio medicalmente assistito<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> S. WEIL, *La prima radice. Preludio a una dichiarazione dei doveri dell'uomo* (1943), Roma-Ivrea, 2017, 9.

<sup>48</sup> Corte cost., sent. 242/2019, § 9 *Considerato in diritto*.

<sup>49</sup> *Ibidem*, § 2.2 *Considerato in diritto*, riprendendo ord. 207/2018, § 6 *Considerato in diritto*.

<sup>50</sup> *Ibidem*, riprendendo ord. 207/2018, § 9 *Considerato in diritto*.

V'è poi certo il principio di uguaglianza. Ma ricavare il diritto di morire con l'aiuto o per mano d'altri - come la Corte costituzionale ha fatto - *in via* giurisprudenziale in virtù dell'art. 3 è forzatura. Se è, infatti, intensa la contiguità umana tra persone affette da patologie irreversibili o terminali e afflitte da intollerabili sofferenze, a prescindere dal fatto che la loro vita dipenda da trattamenti di sostegno vitale, grande è la distanza giuridica tra chiedere di essere lasciati morire e chiedere di essere aiutati a morire o essere uccisi<sup>51</sup>.

Si potrebbe sostenere che sia solo un'ipocrisia in punto di diritto distinguere «in base all'omissività o alla commissività che la scelta richiede»<sup>52</sup>. Da un certo punto di vista, pratico e morale, questo potrebbe essere vero. E tuttavia vi sono ipocrisie che, pur essendo tali dal punto di vista pratico o morale, hanno senso dal punto di vista giuridico: per ricordare ai membri della comunità politica che vi sono limiti invalicabili all'agire umano. Primo fra tutti l'indisponibilità della vita altrui.

Legittimare il diritto di morire con l'aiuto o per mano altrui significa intaccare il radicato tabù del "non uccidere", pietra angolare di ogni vivere sociale e fondamento di ogni ordinamento giuridico.

Non è un tabù che non ammetta eccezioni<sup>53</sup>. Ma introdurre una nuova eccezione, in nome della libertà di morire con l'aiuto d'altri, è una *decisione politica*, che non deve - non avrebbe dovuto - essere presa per via giurisprudenziale, per scivolamento da una fattispecie all'altra, attraverso l'uso del principio di uguaglianza. Si sarebbe dovuti passare attraverso un processo di maturazione collettiva e attraverso una decisione politica democratica.

Così non si è fatto.

E desta non poca amarezza che, a settant'anni dalla sua entrata in vigore, la Costituzione sia stata trattata - e su una questione così significativa - come nulla più che un «pretesto»<sup>54</sup>, una «metafora»<sup>55</sup>, per legittimare una decisione politica del Giudice delle leggi, divenendo irrilevante - "non d'ostacolo" - il suo silenzio, storicamente preconditione di libertà politica del legislatore democraticamente eletto.

<sup>51</sup> Per tutti D'ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., p. 615.

<sup>52</sup> A. ALGOSTINO, *op. cit.*, 3219; J. RACHELS, *Uccidere, lasciar morire, e il valore della vita*, in *Bioetica*, 2, 1993, 279 ss.

<sup>53</sup> Si pensi all'uccisione per legittima difesa; o alla pena di morte, negli ordinamenti in cui è ammessa.

<sup>54</sup> Così, tra gli altri, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 148 ss.; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2006, 1664; F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Diritto ecclesiastico*, 1, 1995, 89.

<sup>55</sup> V. ANGIOLINI, *op. cit.*, 20.

## Il “concepito”: questo sconosciuto...

Antonino Spadaro\*

THE “CONCEIVED”: THIS UNKNOWN...

ABSTRACT: The “conceived” does not enjoy a clear legal status yet. In theory, human life deserves protection in every single step of its development: before-and-after birth and near-to-death. Practically, the condition of the ‘conceived’ ought to be ‘balanced’ with other constitutional relevant individual or general interests. While the evaluation of statute no. 194/1978, notwithstanding its flaws, is overall positive, many doubts and questions arise from the amazing genetic techniques known as CRISPR-Cas9, whose developments for the future generations have still to be certified.

KEYWORDS: Conceived; fetus; abortion; unusable cryo-preserved embryos; political question; constitutional balance; genetic modifications

SOMMARIO: 1. Introduzione: indeterminatezza/equivocità del termine “concepito” – 2. Che ci dice la scienza? Poco... o molto? – 3. Che dice la Costituzione? Niente... o tutto? – 4. Cenni sulla disciplina sub-costituzionale a favore del “concepito” – 5. Chi stabilisce *quando* è dignitosa, e dunque meritevole di protezione, la vita umana pre-natale? – 5.1. Il legislatore – 5.2. I giudici comuni – 5.3. La Corte costituzionale – 6. Che “uso” possiamo fare del concepito? A) La questione dei c.d. embrioni soprannumerari criocongelati... – 7. (segue): B) la questione delle modificazioni genetiche (CRISPR-Cas9): non “se”, ma “quando” – 8. Conclusioni: riconoscimento degli aspetti positivi dell’IVG e perplessità, invece, di fronte al mito del “superuomo”

### 1. Introduzione: indeterminatezza/equivocità del termine “concepito”

**A**lcuni decenni fa, in alcuni ambienti della cultura francese, soprattutto cattolica, era molto in uso la formula: «*l’esprit: cet inconnu!*» (lo spirito: questo sconosciuto!)<sup>1</sup>. Dunque, viene spontaneo, per chi ha dimestichezza con quel contesto, riprenderla ora in relazione al tema oggetto di queste brevi riflessioni. Potremmo dunque dire: il concepito, questo sconosciuto... In effetti, il termine – ed il concetto – di “concepito” sono sconosciuti perché restano tuttora indeterminati, equivoci e controversi. In assenza di un’univoca e precisa definizione giuridica, la parola “concepito” – usata di rado in biologia, embriologia, medicina e più frequente in filosofia e nelle scienze sociali (diritto, sociologia, scienze politiche) – viene considerata sinonimo ora di *zigote*, ora di *blastocisti*, ora di *embrione*, ora di *feto*, ora addirittura di *nato*. Per converso, e per necessaria convenzione

\* Professore Ordinario di Diritto costituzionale, Università Mediterranea di Reggio Calabria. Mail: [spadaro@unirc.it](mailto:spadaro@unirc.it). Contributo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> L’origine, probabilmente, è un titolo di A. CARREL, *L’homme, cet inconnu*, Paris, 1935, riformulato più tardi da J.-É. CHARON, *Lo spirito, questo sconosciuto* (1987), Milano, 1979, e da R. LAURENTIN, *Lo spirito santo, questo sconosciuto*, Brescia, 1998. Ma cfr. anche lo stesso J. BERGOGLIO, *Lo Spirito Santo: questo sconosciuto*, omelia tenuta a S. Marta, lunedì 13 maggio 2013, in *L’Osservatore romano*, 14-05-2013. In inglese si preferisce usare la formula neutra *the great mystery*.

linguistica, in questa sede al “concepito” si farà riferimento non come al “prodotto” del concepimento in senso stretto e attuale (nato), ma a tutto ciò che invece – dal momento dell’incontro fra cellule maschili e femminili – *precede* il momento della nascita.

Ciò detto, proprio nella disciplina di questo lungo periodo *pre-natale* (com’è noto, nella specie umana di circa nove mesi) – nonostante l’ausilio della scienza – il diritto “balbetta” e procede “a tentoni”. Infatti, ordinariamente esso si occupa solo dell’arco temporale che va dalla nascita alla morte, fermo restando che persino nascita e morte sono concetti “convenzionali”, il primo abbastanza scontato, il secondo, come si sa, meno (arresto cardiaco, morte cerebrale...)². In ogni caso, ciò che accade *prima* della nascita (zigote, blastocisti, embrione, feto...) e *dopo* la morte («diritti» del *de cuius*, rispetto per il cadavere, culto dei morti e speranza religiosa...) – pur essendo di grande rilievo per la vita quotidiana dei consociati e non essendo del tutto ignorato dal diritto – purtroppo ed emblematicamente costituisce, in termini scientifici, un campo oltremodo controverso e, per questo, sostanzialmente trascurato negli ordinamenti giuridici. La difficoltà a definire «cosa» c’è *prima* della nascita e *dopo* la morte porta il diritto ad essere restio a disciplinare questi campi, lasciando che se ne occupino altri: l’etica, la religione, ecc.³.

In particolare, resta “sconosciuta” (in quanto controversa) la natura – in senso ontologico e di conseguenza giuridico – del “terreno” che precede la nascita: il *concepito*, appunto.

## 2. Che ci dice la scienza? Poco... o molto?

La scienza contemporanea – che in questi campi (citologia, embriologia) fa progressi continui e sorprendenti – aiuta non poco e dice molte cose, anche se non può dare tutte le risposte, stabili e definitive, che i giuristi vorrebbero. Non si tratta dunque di “credere” alla scienza – approccio fideistico: c.d. scientismo⁴ – ma di tenere ben in conto i risultati, per certi versi straordinari, che la scienza ha fatto in questo campo.

Bisognerebbe pure, forse, distinguere fra ricerca scientifica *teorica*, del tutto libera *ex art.* 33 Cost., e ricerca scientifica *applicata*, da bilanciare con altri fini-valori costituzionali, per es. *ex art.* 41 Cost. (limiti d’impresa, quando si tratta di biotecnologie). Ma in realtà, nella bioetica, non si sa più dove finisce la ricerca teorico-speculativa e incomincia l’applicazione e/o sperimentazione pratica: piaccia o no, quasi sempre le due cose vanno insieme (si parla ormai di *tecnoscienza*). Inoltre, il rilievo delle ricerche scien-

<sup>2</sup> Sul punto la “normativa”, infatti, non è la stessa in tutti i Paesi. Per l’Italia, com’è noto, cfr. L. n. 578/1993 e decreto min. n. 582/1994, aggiornato l’11-04-2008.

<sup>3</sup> Sottolineavo questa problematica in *l’“due” volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Politica del diritto*, 3, 2014, 403 ss., spec. 410, nt. 8.

<sup>4</sup> Sul carattere fortemente incerto delle conquiste scientifiche, subito rimesse in discussione dalla stessa scienza in una fase storica successiva, è ancora godibile il *pamphlet* di P.K. FEYERABEND, *Dialogo sul metodo*, Roma-Bari, 1989, dove, per esempio, si afferma: «la scienza non è l’unica via per acquisire la conoscenza, che ci sono alternative e che le alternative possono riuscire laddove la scienza ha fallito [...] la scienza non ha l’esclusiva della conoscenza» (89 e 92).

tifiche trascende la dimensione nazionale, che il diritto statale – oggi sempre più *sovranista* – pretenderebbe di disciplinare<sup>5</sup>. Né può ignorarsi che tutte, o quasi, le tematiche bioetiche sono ormai sottoposte a vincoli giuridici sovranazionali, in particolare euro-unitari<sup>6</sup>.

Ad ogni modo, che ci dice la scienza sul “concepito” o, altrimenti detto, di che stiamo parlando – per la scienza – quando facciamo riferimento al “concepito”?

Ovviamente in forma oltremodo sintetica, direi che più o meno sappiamo quanto segue:

- con la *fecondazione*, si fondono due cellule specializzate: i gameti maschile (spermatozoo) e femminile (ovulo);
- l'*embrione* derivante dalla cellula-uovo fecondata, che eredita il materiale genetico proveniente metà da un gamete e metà dall'altro, si forma in circa 24 ore e si chiama *zigote* (il genoma è completo: v'è la totalità del DNA);
- segmentandosi, lo zigote forma un primo aggregato di cellule detto *morula*;
- dal quarto/sesto fino al quattordicesimo giorno dalla fecondazione lo zigote si segmenta ulteriormente e sviluppa fino a 64 cellule, dando vita alla *blastocisti*, che – se l'embrione è in vivo (e non in vitro) – si impianta nel rivestimento dell'utero della donna, di cui si nutre crescendo. Tali cellule staminali – all'inizio totipotenti, poi dal 3° all'8° giorno pluripotenti e infine multipotenti – sono primitive, ossia non specializzate, e possono trasformarsi in diversi altri tipi di cellule umane;
- intorno al quattordicesimo giorno compare la *stria primitiva* e la blastocisti diventa *gastrula*. Solo a partire da questo momento l'embrione si auto-differenzia *come soggetto unico*, per esempio distinguendosi, sul piano cellulare, da un altro soggetto, altrettanto unico: il gemello<sup>7</sup>;
- fino all'ottava settimana si può ancora parlare di *embrione*: v'è “tutto” il DNA, ma lo sviluppo degli organi umani è ancora incompleto;
- dall'ottava settimana (quasi due mesi) dalla fecondazione si forma il *feto*, che ha la “forma” tipica della specie *umana*: in questo caso, gli organi non subiscono particolari modificazioni nel tempo, ma si limitano a svilupparsi fino al parto.

<sup>5</sup> D. NERI, *La ricerca sulle cellule staminali: questioni filosofiche e di politica pubblica in prospettiva europea*, in C. BERNASCONI, S. GARAGNA, G. MILANO, C.A. REDI, M. ZUCCOTTI (a cura di), *Cellule e genomi*, Pavia, 2004, 264 e 286 sottolineava: «è paradossale [...] il fatto che nell'epoca della libera circolazione di cose, idee e persone e della creazione dello “spazio europeo della ricerca” [...] le frontiere nazionali si alzino ferree proprio ad ostacolare la libertà di ricerca scientifica». Molti, in particolare, mettono in evidenza che – per esempio in materia di fecondazione eterologa e dei c.d. uteri in affitto – la legge italiana sulla PMA, la n. 40/2004, era facilmente aggirabile, almeno per chi poteva permetterselo, semplicemente andando all'estero. Com'è noto, si parla di «turismo riproduttivo» e «paradisi procreativi».

<sup>6</sup> Cfr. S. PENASA, *Biodiritto e Unione Europea: primi spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 73 ss.

<sup>7</sup> Nell'embriologia, infatti, si parla di un *auto-differenziamento*, spontaneo o indipendente, che (contrapponendosi a un differenziamento correlativo o dipendente) si realizza durante lo sviluppo dell'embrione, il quale – potendo dar vita a un individuo o a una coppia di gemelli o anche a più soggetti – inizialmente nemmeno ha individualità/unicità, la quale emerge solo a partire a un certo punto, per azione di fattori intrinseci alle singole cellule o ai singoli abbozzi di organi. Cfr. già E.G. CONKLIN, *Cellular Differentiation*, in E. COWDRY (a cura di) *General Cytology*, Chicago, 1924, 537 ss.

In breve e conclusivamente la scienza ci dice che, in questo *tempo pre-natale*, siamo di fronte a “materiale umano” vivo. Più precisamente, mi sembra che – per il giurista – emergano tre dati di particolare rilievo:

- 1) si può parlare, senza forzature, di “vita umana” prenatale, sia pure in stadi molto diversi, perché dal punto di vista scientifico non si tratta di cellule morte, inerti, ma – secondo la scienza – il materiale umano di cui qui si parla è, appunto, “vivo” (*embryo life, vida de l’embrion*, ecc.). Nulla di più, ma anche nulla di meno;
- 2) le cellule staminali embrionali, coltivate, hanno la straordinaria capacità di differenziarsi negli altri tipi cellulari (a fini di medicina rigenerativa dei tessuti e degli organi). Anche questo dato non mi sembra di poco momento;
- 3) può dirsi che esiste un “individuo” umano ben preciso – come tale, per corteccia cerebrale, ecc., unico e irripetibile – solo a partire dal quattordicesimo giorno.

Ovviamente la scienza ci dà, poi, un mucchio di *altre* informazioni, strettamente connesse al concepito, di cui però credo qui si possa fare a meno. Per esempio – e sono casi ormai solo in parte fantascientifici – sembra che sarà possibile, quanto prima:

- a) dar vita a *uteri artificiali* (c.d. ectogenesi) ciò che risolverebbe per alcuni (o darebbe vita, per altri) a molti problemi legati alla c.d. fecondazione assistita;
- b) operare una *commistione genetica* (attraverso tecniche di *editing* del genoma: Crispr), ossia la manipolazione di embrioni, con finalità procreative, di cellule umane ed animali: le c.d. *chimere* uomo-animali [animali dotati di gameti umani in grado di riprodursi e, un domani, forse persino involontariamente con capacità cognitive proprie della nostra specie umana]. La cosa è, al momento, vietata dall’art. 13, n. 3, lett. d) della l. n. 40/2004. In ogni caso tale tecnica – che, in futuro, permetterebbe all’umanità di disporre di organi (pancreas, fegato...) fatti di cellule umane che crescono nel corpo dell’animale, in funzione di uso sanitario – risolverebbe per alcuni (o darebbe vita, per altri, a) molti problemi medici.

Entrambi questi temi – riguardando aspetti relativi alla fase prenatale della vita umana – ovviamente sono connessi al concetto di concepito, ma esulano dal tema in senso stretto del presente studio, non tanto per la loro evidente complessità e per gli enormi risvolti etici che pongono, quanto perché lo stesso cammino della scienza sui punti indicati è controverso e ancora assai incerto.

### 3. Che dice la Costituzione? Niente... o tutto?

Com’è noto, la Costituzione italiana – come quasi tutte quelle postbelliche del secolo scorso e a differenza di alcune Carte recenti (per es: Cost. Ungheria 2011, art. II: «la vita del feto va protetta fin dal concepimento») – nulla dice sulla “vita prenatale”, né per altro sul c.d. “fine vita”. Ciò non significa che la Carta italiana, in materia di bioetica, sia *datata*: basti pensare alla felice, e per molti versi lungimirante, formulazione dell’art. 32 sulla salute e i trattamenti sanitari.

Semplicemente il costituente ha scelto di non disciplinare *espressamente* questi temi, per comprensibili ragioni di contesto storico. È appena il caso di ricordare che, nel 1946-48, la cultura politica dell’epoca era alle prese con ben altri problemi (le epurazioni dell’amministrazione dagli esponenti del

vecchio regime, la ricostruzione economica, la guerra fredda est/ovest, ecc.). Sui temi bioetici, per altro, non emergevano particolari differenze fra i padri costituenti, quale che ne fossero il colore e la cultura politica d'origine<sup>8</sup>. Infine, e soprattutto, a quel tempo (sono passati più di 70 anni) il grado di conoscenze scientifiche in materia era relativamente limitato: l'attuale progresso della bioetica era, all'epoca, semplicemente impensabile.

Ma, come il silenzio della Costituzione non equivale automaticamente e semplicisticamente ad obsolescenza di quel testo, così pure il fatto che nulla *espressamente* la Carta dica in materia di vita prenatale non significa certo che, in merito, sia possibile “fare” tutto quel che si vuole o, se si preferisce, che si possa “far dire” al testo costituzionale qualunque cosa. Né, parimenti, significa che è preclusa qualunque cosa.

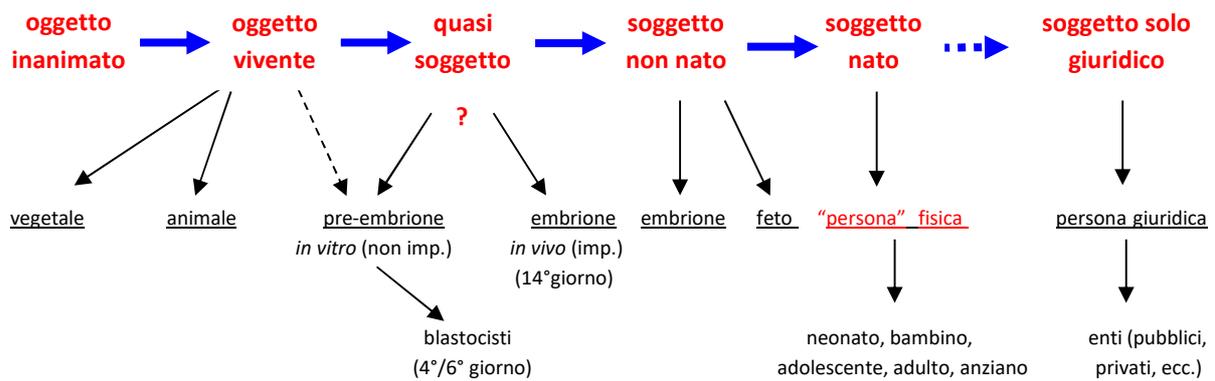
Ciò per varie ragioni, che qui non è possibile approfondire, ma soprattutto in virtù dell'esistenza del ben noto principio universale, super- e meta-costituzionale di *dignità umana* (*human dignity, dignité humaine, menschenwürde*), che naturalmente non si pretende in questa sede di ricordare *funditus*<sup>9</sup>.

Parlo di “dignità umana” *tout court* – piuttosto che, come talvolta si dice, di dignità della “persona umana” – proprio perché, senza negare la dignità del non nato, non credo sia possibile attribuire la qualità di “persona” al *concepito*, in quanto questi non è ancora capace di significative “relazioni” esterne (diverse da quelle con la madre). In passato ho tentato una ricostruzione “gradualistica” che riconosce all'embrione (a differenza di quello *in vitro*, sicuramente almeno a quello *in vivo*, ossia impiantato in utero) la natura di “soggetto giuridico”<sup>10</sup>. Richiamo qui soltanto lo schema, molto approssimativo, all'epoca proposto.

<sup>8</sup> In particolare, più vicine di quanto si pensi – n.b.: *all'epoca* – erano la cultura cattolica e comunista, le cui etiche erano piuttosto rigorose, se non intransigenti. Basti pensare, nel mondo comunista del tempo, alle forti perplessità sull'aborto e verso il divorzio: rimangono emblematici, per esempio, le reazioni e i problemi suscitati nel partito dalla relazione fra Nilde Iotti e Palmiro Togliatti (sposato, con un figlio e più grande di 27 anni).

<sup>9</sup> La dottrina sul punto, anche in lingua italiana, è ormai cospicua. Per il punto di vista di chi scrive, cfr. *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni “geometriche” dell’“albero” della Costituzione e un'unica, identica “clausola d'Ulisse”*, in F. FERNÁNDEZ SEGADO (a cura di), *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism Context*, Madrid, 2003, 169 ss. e in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 6, 2005, 119 ss. Alcuni spunti *in nuce* già in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 3, 1991, 343 ss.

<sup>10</sup> Cfr. *Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2005, 71 ss. Ivi le motivazioni di tale approccio gradualistico. Parla ora di «un'alba della vita» che «continua a rappresentare una sorta di sequenza: una specie di irripetibile e ininterrotto *continuum*» S. AGOSTA, *Prove di cross-talk tra giurisprudenza convenzionale, eurounitaria, interamericana ed italiana in tema di diritto alla vita che comincia (prime notazioni)*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 179.



Tuttora penso che limitare alle persone, ossia ai soggetti nati, la qualificazione giuridica della *dignità* sia una chiave di lettura molto angusta, connessa forse all'interpretazione, più che letterale semmai "letteralistica", di alcuni documenti ove si parla genericamente di dignità della persona umana<sup>11</sup>. Per converso, «la dignità dell'uomo [...] spetta all'uomo indipendentemente da caratteristiche determinate, da segni distintivi o da capacità in atto»<sup>12</sup>.

È ragionevole ritenere che proprio il principio in esame ("dignità umana" *tout court*), in quanto classico concetto indeterminato, permette agli interpreti della Carta, e segnatamente alla Corte costituzionale, di colmare abbastanza creativamente le lacune del testo: per questo, in passato l'ho definito un vero e proprio "*passepertout* ermeneutico". Tale principio – che, con ogni evidenza, non può essere usato "strumentalmente" a sostegno esclusivo di una particolare *weltanschauung* (religiosa-cattolica, ateo-nichilista, ecc.) – costituisce tuttavia il presupposto *antropologico* imprescindibile entro cui immaginare qualunque disciplina giuridica in materia di bioetica che pretenda di essere *costituzionalmente compatibile*.

In questo quadro, potremmo dire che la Carta, sì, non dice nulla di specifico ed esplicito sul tema della "vita prenatale", ma anche che – grazie al richiamo (che informa di sé tutto il testo) alla dignità umana – in fondo... dice tutto.

Insomma, la Costituzione – proprio perché non prevede e non esclude espressamente alcunché, ma mira a valorizzare l'uomo, sempre e comunque – costituisce un monito alla massima prudenza verso la vita umana, indistintamente considerata: *pre-natale* (concepito), *post-natale* (nato) e *nello stadio finale* (pre-morte). In particolare, dovrebbe presupporre il massimo rispetto verso la *dignità* della vita umana, quale che ne sia lo stadio e lo stato. L'indicazione è deliberatamente e terribilmente vaga, certo, ma ciò non ne riduce il grande impatto giuridico, che l'esperienza pratica, non solo nazionale, conferma.

<sup>11</sup> Su tale problematica ermeneutica rinvio alle considerazioni presenti *passim* in alcune opere del compianto filosofo del diritto D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, 1981; ID., *Interpretazione e logica*, Milano, 1990; ID., *L'ermeneutica dell'ovvio*, I, Milano, 1990.

<sup>12</sup> E. W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, Brescia, 2009, 50.

#### 4. Cenni sulla disciplina sub-costituzionale a favore del “concepito”

Dovendomi occupare del “concepito”, sorvolo qui sulle molte e ben note disposizioni a favore della libertà di scelta della donna e di procreazione della coppia. Ora, benché non esista un vero e proprio “statuto del concepito” – che quindi, per potersi difendere, deve *prima* nascere (art. 1 c.c.: «I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita») – la “vita prenatale” è comunque protetta anche sul piano sub-costituzionale.

In breve, ricordo soltanto – senza pretesa di esaustività – fra l'altro, *a favore del concepito*:

- l'art. 254 c.c. (possibilità di riconoscere il figlio non ancora nato);
- l'art. 715 c.c. (cautele in caso di chiamata all'eredità di nascituri);
- l'art. 784 c.c. (diritto di donazione in favore dei nascituri);
- l'art. 1 della l. n. 194/1978 («lo Stato tutela la vita umana dal suo inizio [...] l'interruzione della gravidanza non è mezzo per il controllo delle nascite»);
- l'art. 6 della l. n. 194/1978 (eventuali «rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro» non sono, in sé, cause giustificative dell'interruzione volontaria della gravidanza, IVG, possibile invece solo se esse determinano un «grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna»<sup>13</sup>);
- l'art. 7 della l. n. 194/1978 (salvo il caso precedente, indipendentemente da eventuali malformazioni del nascituro, quando questi sia in grado di sopravvivere, il medico «deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto»);
- l'art. 1 della l. n. 40/2004 («assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito»);
- l'art. 13, n. 2, della l. n. 40/2004 (la «ricerca clinica e sperimentale» sull'embrione è possibile solo per «finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso»);
- l'art. 13, n. 3, della l. n. 40/2004 (divieto di: «selezione eugenetica», «manipolazione», «alterazione del patrimonio genetico» di embrioni e gameti, nonché «clonazione», «ectogenesi», «produzioni di ibridi o chimere»);
- l'art. 14 della l. n. 40/2004 («È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194»).

Mi fermo qui: si tratta di un complesso di disposizioni, ciascuna delle quali è comprensibile alla luce del contesto storico-culturale in cui si è formata, ma proprio per questo – nell'insieme – talvolta *contraddittorio* (cfr. § 5) e, in qualche caso, a parere di chi scrive forse persino *eccessivo* (cfr. § 6).

#### 5. Chi stabilisce *quando* è dignitosa, e dunque meritevole di protezione, la vita umana prenatale?

È vero che il ricordato principio super- e meta-costituzionale di dignità umana è il “perno” (se si preferisce, come ricordavo: il *passepertout* ermeneutico) di ogni bilanciamento, ma è ancor più vero che – nella prospettiva non *relativista* (nichilismo), ma *relazionista* (bilanciamento), l'unica compatibile con il pluralismo del costituzionalismo liberaldemocratico – non ci sono concetti/valori, e dunque forme di

<sup>13</sup> Colpisce, per esempio, Cass. civ., sez. III, 11.04.2017, n. 9251: «la mancanza della mano sinistra del nascituro non è una malformazione idonea a determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

protezione “assoluti”, almeno sul piano strettamente giuridico-costituzionale<sup>14</sup>. Parafrasando un ex Presidente della Consulta (secondo cui tutto “va” motivato, ma tutto è anche... *motivabile*), così potrebbe dirsi che, salvo la dignità ricordata, tutto va bilanciato, ma tutto, proprio tutto, è anche... *bilanciabile*. Persino la vita, bene primario per definizione, eccezionalmente può retrocedere di fronte, per esempio, alla c.d. legittima difesa (che – oggi va ricordato – non coincide con l’auto-difesa).

La questione, semmai, è un'altra: quando e a chi spetta il “bilanciamento” sullo *status* del concepito? Posto che il bilanciamento non opera mai in astratto, ma avviene sempre *in concreto*<sup>15</sup>, saranno gli operatori pratici del diritto a determinarlo, secondo il seguente ordine, che è, *contestualmente*, logico, cronologico e assiologico:

- a) (prima) il legislatore;
- b) (poi) i giudici comuni;
- c) (infine) la Corte costituzionale.

Naturalmente non dimentico che esistono significative indicazioni e bilanciamenti forniti pure da altri soggetti, *esterni*, in particolare le Corti di Strasburgo e del Lussemburgo, su cui non ci si può qui soffermare, anche perché talvolta, invece di aiutare, hanno complicato il dibattito fra gli studiosi: segnalo soltanto la ben nota sentenza *Brüstle* della Corte di giustizia europea, inverosimilmente estensiva del concetto di “embrione umano”, fino addirittura a ricomprendervi «ovuli umani non fecondati»<sup>16</sup>.

Mi limito, dunque, a una breve analisi del comportamento dei tre soggetti istituzionali *interni* ricordati, da cui credo possa facilmente dedursi il relativo disordine in cui si trova la disciplina, e dunque il concetto, di “concepito”. Seguo l’ordine indicato.

### 5.1. Il legislatore

Sul trattamento del “concepito”, il legislatore italiano si è rivelato, per usare un aggettivo forte, almeno apparentemente schizofrenico: prima ha ammesso, fino al 90° giorno (dunque, anche di fronte ad un “feto” ben formato), l’interruzione volontaria della gravidanza (IGV), sia pure alle condizioni poste dalla legge: n. 194/1978. Poi, in modo sorprendente e parrebbe contraddittorio, ha cercato di iper-tutelare il semplice “embrione”, attraverso una controversa legge sulla fecondazione artificiale (l. n. 40/2004). L’applicazione della stessa legge 194, che saggiamente prevedeva la possibilità dell’obiezione di coscienza per il personale medico e paramedico, non è stata priva di inconvenienti, che ricordo solo per cenni. Mi riferisco alle difficoltà pratiche incontrate nell’IVG dovute all’alto numero di obiettori di coscienza che – per quanto significativo (media nazionale 70,5 %, dei ginecologi, con la punta del 96,9 %

<sup>14</sup> Per un’argomentazione più diffusa della tesi accennata, mi permetto di rinviare a *Dall’indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l’individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Politica del diritto*, 1, 2006, 167 ss. Ma v. pure, se si vuole, le voci *Costituzionalismo* e *Bilanciamento* in *Enciclopedia filosofica Bompiani*, II-III, Milano, 2006, rispettz. 1261 ss. 2369 ss.

<sup>15</sup> Sul carattere concreto, e non astrattamente predeterminabile, di “ogni” forma di bilanciamento – come confermato dalla giurisprudenza di tutte le Corti europee – cfr. S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli, 2018, 53 ss. ma v. *passim* (ivi bibl. di riferimento).

<sup>16</sup> Sul punto rinvio, per una precisa critica, al mio *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2012, 438 ss. Per aggiornamenti sulla giurisprudenza delle Corti, cfr. S. AGOSTA, *op. cit.*, 171 ss.

in Molise) – tuttavia non rende ancora inattuabile la legge: ricordo, per altro, che non c’è obiezione che tenga di fronte all’imminente pericolo per la vita della donna. Ricordo pure le raccomandazioni del CEDS (Comitato europeo dei diritti sociali) fatte all’Italia, insieme alla Polonia e la Slovacchia, affinché forniscano adeguate informazioni di rinvio delle donne a medici non obiettori (*duty to refer*)<sup>17</sup>.

Né può ignorarsi la delicatissima e attualissima questione, nel caso di aborto terapeutico, dei *feti pre-maturi* – visti i progressi della neonatologia, oggi *in teoria* rianimabili dopo 22 settimane, nonostante il rifiuto della madre – né la stessa destinazione finale dei *feti abortiti*: semplice spazzatura (“rifiuti ospedalieri”) o oggetto di disciplina cimiteriale (“prodotti del concepimento”)<sup>18</sup>?

Ma penso anche alle delicatissime problematiche – derivanti dall’introduzione dell’IGV e cui qui si può solo accennare – del danno risarcibile per “gravidanza indesiderata” (*wrongful pregnancy*), “nascita indesiderata” (*wrongful birth*) o “vita indesiderata/menomata” (*wrongful life*). Con l’eccezione di Belgio e Olanda, più flessibili verso i minori (che possono anche ricorrere al suicidio assistito), di solito negli ordinamenti europei è negato il “diritto di non nascere se non sano” e, a maggior ragione, il “diritto a non nascere” *tout court (droit à ne pas naître)*, perché, ovviamente, incompatibile in particolare con il diritto alla procreazione dei genitori e, più in generale, con l’autodeterminazione degli stessi nelle scelte riproduttive (non potendosi escludere la nascita indesiderata di un figlio sano ma non voluto, magari per aborto non riuscito). In Italia – essendo escluso l’aborto eugenetico, espressamente vietato – nell’interpretazione che la giurisprudenza ha fatto della legge, è risarcibile il danno da *wrongful birth* ma non da *wrongful life*, anche se rimangono incertezze su chi può chiedere il risarcimento di fronte a eventuali negligenze del personale medico in ordine alla preventiva segnalazione della malformazione del “concepito”: la madre, il padre, i fratelli, pare non sempre lo stesso diretto interessato, il figlio portatore di handicap<sup>19</sup>. In ogni caso, è escluso che il minore possa agire contro i genitori per “danno da nascita”: si rischierebbe di «far nascere una pratica *self-difensive* di natura strettamente eugenetica [volta a] selezionare sulla base di criteri normalità-anomalia genetica ogni potenziale nascituro»<sup>20</sup>.

In conclusione, al di là degli sviluppi giurisprudenziali, il “bilanciamento” operato del legislatore sulla condizione giuridica del “concepito” non solo appare sempre in affanno, ossia all’inseguimento del progresso scientifico in continua evoluzione (tecniche diagnostiche prenatali, amniocentesi, *screening*

<sup>17</sup> Sul punto, per tutti: 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*, Napoli, 2016, 165 ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 607 ss.; I. DOMENICI, *Obiezione di coscienza e aborto: prospettive comparate*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 19 ss. Utile pure A. BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda: la regolamentazione dell’aborto in due esperienze paradigmatiche*, Torino, 2018.

<sup>18</sup> Su tutti questi aspetti, v. ora M. D’AMICO, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 92 ss. ma v. *passim*. (*infra* ult. bibl)

<sup>19</sup> Fra le altre, cfr. spec. le seguenti sentt.: oltre Cass. Civ., SS.UU., 22.12.2015, n. 25767, Cass. civ., sez. III: 03.05.2011, n. 9700; 02.10.2012, n. 16754; 17 luglio 2014, n. 16401; 05/02/2018, n. 2675; 19.07.2018, n. 19151. Sul punto, fra gli altri, cfr. M. POLI, *Birth-related torts e libertà della donna di interrompere la gravidanza nell’esperienza italiana* e B. SGORBATI, *Wrongful birth e wrongful life: delicati equilibri. Tra autodeterminazione della donna e dignità del figlio malato*, entrambi in *BioLaw Journal*, 3, 2018, rispettivamente 33 ss. e 49 ss. *Ivi* ulteriore bibl.

<sup>20</sup> Così C. CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica. Prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, 841, 2004, 10.

genetico, accresciute capacità di rianimazione del feto prematuro, ecc.), ma anche caratterizzato negli anni da una certa mutevolezza, se non contraddittorietà. Ed è plausibile che anche in futuro il legislatore si confermerà ondivago e incerto (in ragione delle diverse maggioranze politiche che si avvicendano in Parlamento), quando non iper-prudente, fino alla reticenza (mi riferisco al trattamento degli embrioni soprannumerari criocongelati, su cui cfr. § 6).

### 5.2. I giudici comuni

I giudici, come sempre alle prese con la *concreta* realtà della vita, hanno cercato di individuare le soluzioni più giuste, caso per caso, rispetto alle previsioni, talora generiche, fatte dal Parlamento. L'interpretazione ed applicazione giurisprudenziale, relative agli aspetti più delicati e controversi della normativa (feto malformato, ecc.), sono state decisive: sarebbe impossibile studiare *funditus* lo status del "concepito" senza un approfondimento del *diritto vivente* giurisprudenziale, cui infatti – pur brevemente – prima si è accennato. In particolare, i giudici hanno sollevato un'infinità di legittime obiezioni sui bilanciamenti operati, piuttosto in *astratto*, dal legislatore. Infatti, com'è noto, ripetutamente hanno tentato – attraverso il procedimento in via incidentale – di ottenere l'invalidazione costituzionale di parti significative delle due leggi prima ricordate. Tuttavia – nonostante entrambe le leggi avessero suscitato un vespaio di polemiche (incrementate da connessi referendum abrogativi, comunque senza esito) e un fiume di ricorsi alla Corte costituzionale – mentre la l. n. 194/1978 praticamente è uscita indenne dal sindacato della Consulta, resistendo così ai ripetuti "assalti" della magistratura, la l. n. 40/2004, per converso, è stata nel corso del tempo, gradualmente e parzialmente, "smantellata" dalla Corte costituzionale (e su questo lavoro della Consulta non indugio).

Ovviamente non esiste un punto di vista "unitario" dei giudici italiani sulla natura giuridica del "concepito": la tutela ad esso apprestata oscilla dal riconoscimento diretto, pieno ed espresso della sua "soggettività" alla più cauta assunzione della necessità di protezione, slegata da un riconoscimento di soggettività espresso. Infatti: «per proteggere una certa entità [non] occorre necessariamente qualificarla come soggetto di diritto» (Cassazione, sez. unite, 22 dicembre 2015, n. 25767).

In ogni caso, che si guardi alla prima (piena soggettività) o la seconda linea (quasi-soggettività) indicata, il "bilanciamento" tentato dai giudici comuni è stato comunque importante, anche se solo in parte efficace e determinante.

### 5.3. La Corte costituzionale

Quanto alla Corte costituzionale, cui prima o poi pervengono tutte le istanze, si è rivelata, com'era prevedibile, l'organo decisivo – anche se purtroppo non sempre risolutivo – per definire, almeno per grandi linee, lo *status* del "concepito".

Va ricordato che, all'inizio, è stata proprio la Corte a "preparare" il terreno per l'avvento della legge sull'interruzione della gravidanza, dichiarando, da un lato, che la Costituzione «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito» e, dall'altro, però, indicando anche la necessità di un bilanciamento: «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare» (sent. n. 27/1975).

Poi, nel corso del tempo, stimolata dai giudici, la Corte ha cercato di perfezionare/correggere il bilanciamento del legislatore. Con un florilegio necessariamente lacunoso, ricordo soltanto che essa – al fine di garantire il miglior equilibrio possibile – ha precisato che «è obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l’aborto venga praticato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre nel proseguire nella gestazione» e che «perciò la liceità dell’aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla» (sent. n. 35/1997, dove reiteratamente è presente l’espressione «diritti del concepito»). Queste precisazioni dei giudici costituzionali non rimettono però in discussione la legge n. 194/1978, costantemente difesa dalla Corte, la quale per esempio sottolinea sempre come la valutazione delle conseguenze che le circostanze determinano sulla sua salute e la decisione di abortire sono «rimesse soltanto alla responsabilità della donna» (*ex multis*, sentt. nn. 514/2002 e 196/2012). Sorvolando, come si diceva, sul parziale smantellamento fatto dalla Consulta della l. n. 40/2004 – testo in parte irragionevole per eccessi precauzionali e inadeguati bilanciamenti – mi soffermo ora, nel § successivo, semplicemente sul caso che mi sembra più interessante, ossia sul “mancato bilanciamento” della Consulta sullo statuto del “concepito”, quando invece un bilanciamento non solo sembrava possibile, ma addirittura doveroso riguardando beni/interessi tutti costituzionalmente protetti.

## 6. Che “uso” possiamo fare del concepito? A) La questione dei c.d. embrioni soprannumerari criocongelati...

In questo lavoro si sono deliberatamente ignorate le posizioni teoriche più estreme, di tipo rigidamente ideologico: a) *immobilismo naturalistico*: il concepito, in ogni suo stadio, è sacro e intangibile; b) *scientismo irresponsabile*: del concepito si può far tutto, poiché la scienza non incontra limiti. Entrambi sono approcci intrinsecamente incompatibili, nel *merito*, con il pluralismo del “costituzionalismo” liberaldemocratico e, nel *metodo*, con la connessa tecnica del “bilanciamento”.

Giunti a questo punto – per quanto la parola “uso”, non sia delle più felici – senza ipocrisie è indispensabile chiedersi: che uso possiamo fare del concepito?

A riguardo – fra le molte possibili (penso all’involontario scambio di embrioni, talora avvenuto nel caso di fecondazione assistita) – emergono almeno due questioni: quella a) dei c.d. embrioni soprannumerari criocongelati, e quella b) delle c.d. modificazioni genetiche (CRISPR-Cas9).

Quanto al primo punto, conosciamo la posizione molto rigida, se non intransigente, espressa dal legislatore nella l. n. 40/2004: in breve, gli embrioni soprannumerari criocongelati (non impiantabili in utero e/o malformati) non si toccano, anche se sono destinati a divenire “rifiuti ospedalieri”. Si tratta di una posizione, ad avviso di chi scrive, irragionevole vista la possibile destinazione degli stessi ad uso di ricerca scientifica a fini sanitari<sup>21</sup>. Com’è noto, appositamente adita in merito dal Tribunale di Firenze, la Corte si è espressa con la sent. n. 84/2016 dichiarando l’inammissibilità della q.l.c. che, per la sua «elevata discrezionalità, [era] da sottrarsi, perciò stesso, al sindacato di questa Corte».

Le argomentazioni addotte dai giudici costituzionali sono però singolari.

<sup>21</sup> Per approfondimenti rinvio ai miei *Cellule staminali e fecondazione assistita: i dubbi di un giurista*, cit., 71 ss. e *La sentenza Brüstle sugli embrioni*, cit., 438 ss.

Per un verso, si riconosce alla «tutela della dignità dell’embrione (ancorché malato)» un «valore di rilievo costituzionale, riconducibile al precetto generale dell’art. 2 Cost.», per cui «la dignità dell’embrione [...] non è suscettibile di affievolimento per la sola circostanza di risultare affetto da malformazioni genetiche», fino addirittura ad arrivare alla pericolosa – perché escludente altri interessi in gioco – affermazione incidentale secondo cui «il vulnus alla tutela della dignità dell’embrione (ancorché malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova [...] giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista» (così n. 8.2.1 cons. in dir., ma v. pure sent. cost. n. 229/2015).

Per un altro verso, la Corte scrive invece una specie di “decalogo” in cui “non esclude” proprio l’ipotesi di bilanciamento prospettata dal tribunale di Firenze, con ciò stesso legittimandola fra quelle possibili: infatti, spetta al «legislatore» – anche alla luce della «coscienza sociale» – la «selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell’embrione». Questi dovrà guardare: «all’utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell’embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crio-conservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e della sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui» (n. 11 cons. in dir.).

La Consulta aveva tutti i margini per adottare una sentenza *additiva di principio*. Lasciando al legislatore la disciplina del dettaglio (nel rispetto del ricordato “decalogo”), poteva riconoscere l’incostituzionalità della legge nella parte in cui esclude il “bilanciamento” fra *a)* gli embrioni soprannumerari criocongelati, ovviamente non creati *ad hoc* ma destinati a morte certa (in quanto non impiantati e non impiantabili, sono soggetti a malformazione genetica e sempre, e inevitabilmente, destinati a morire), e *b)* tutti gli altri consociati, nati e viventi, che sperano, grazie alla ricerca scientifica, di poter vivere o comunque vivere con una salute meno precaria, grazie al ricorso alla ricerca scientifica su tali embrioni.

La Corte, invece, escludendo una sentenza additiva per carenza di “rime obbligate” e pronunciandosi per l'*inammissibilità*, ha deciso di non decidere, lasciando campo libero al legislatore, cui pure consegna... il ricordato “decalogo”<sup>22</sup>. Si tratta, dunque, di una decisione che, nell'icastico gergo degli assistenti dei giudici, si chiama di “inammissibilità vestita”<sup>23</sup>. Insomma, la soluzione è indicata “fra le righe”: il bilanciamento *pro* salute e ricerca scientifica non è escluso, dunque è “possibile”, però lo deve fare il legislatore, nonostante la Corte riconoscesse che, in questo caso, occorresse proprio «un bilanciamento fra valori fondamentali» e gli interessi in ballo, dunque, fossero “tutti” di rilievo costituzionale. La Consulta ha preferito usare pavidamente la discutibile tecnica della *de-costituzionalizzazione del bilanciamento*. Ma, in tal modo, ha dimenticato (o volutamente ignorato) che: *a*) il bilanciamento si fa proprio quando “non” ci sono le c.d. *rime obbligate*; *b*) non tutti i bilanciamenti sono *costituzionalmente ragionevoli*; *c*) forse solo lei, nelle fattispecie considerate, dispone dell'armamentario tecnico, dell'esperienza e della naturale competenza per operare un “bilanciamento costituzionale”, proprio *ratione materiae*<sup>24</sup>.

### 7. (segue): B) la questione delle modificazioni genetiche (CRISPR-Cas9): non “se”, ma “quando”

Quanto al secondo punto segnalato nel § precedente, ricordo l'esistenza di una recente (2015) e sorprendente tecnica di *genome editing* (CRISPR-Cas9) che sembra aprire straordinari orizzonti per difenderci in radice, parrebbe definitivamente, dai virus.

È noto che – già dal 2016 in Messico, prima nel Regno Unito e ora in Grecia – per superare problemi di infertilità ed evitare trasmissioni di malattie genetiche della madre, si è dato vita a un “concepito” con tre genitori, con un DNA risultante dal mix del patrimonio genetico di tre persone: per esempio, il nucleo dell'ovulo della madre malata trasferito nel citoplasma dell'ovulo di donatrice sana, poi inseminato dal padre. Mentre scrivo, un team di ricercatori della *University of California* di San Francisco, guidati da Tobias Deuse, avrebbe ottenuto le prime cellule staminali anti-rigetto: rese «invisibili» al

<sup>22</sup> Si scontrano così due approcci diversi: l'impostazione generale di S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 48 e 54, per il quale «un giudice costituzionale ha, in sostanza, una funzione legislativa [...] in teoria nulla è fuori di una Costituzione interpretata con intelligenza», e quella, apparentemente diversa, di A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana, Annali Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano, 2015, 336 ss., che – proprio parlando dei giudizi di costituzionalità sulle questioni eticamente sensibili (fra i quali anche i “diritti dell'embrione”) – sembra essere favorevole, se non ho inteso male, al *self restraint* della Corte e all'intervento del legislatore, riprendendo un adagio usato per la Corte Suprema, secondo cui in questi casi «interpretare equivale a legiferare». L'opinione di chi scrive è che se, in prima battuta, spetta certamente al legislatore la disciplina di questi temi sensibili, in un secondo tempo i tribunali costituzionali non potranno comunque sottrarsi al giudizio. Nel nostro caso, la legge “c'è” ed evidentemente è carente: purtroppo qui siamo già al “secondo tempo”.

<sup>23</sup> Cfr. M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3427. A giudizio di S. CASSESE (*op. cit.*, 246) è «inammissibilità vestita» quella «motivata in modo che appaiano chiari i profili di merito della questione e la relativa (possibile) soluzione».

<sup>24</sup> Approfondimenti sul tema nel mio *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a sent. cost. n. 84/2016)*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 253 ss. V. pure, fra i tanti, S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, 2017.

sistema immunitario. Sappiamo pure che, per esempio in Italia e Germania, alle condizioni previste dalla legge, è già possibile modificare il genoma di un embrione destinato all'impianto in utero<sup>25</sup>.

Oggi, però, si prevede, in estrema sintesi, la ricerca di base che perfeziona la tecnica prima ricordata (CRISPR-Cas9) su embrioni umani, purché *non* destinati all'impianto in utero, e se ne ammette l'applicazione clinica nelle terapie geniche somatiche (TGS). Se ne esclude, invece, l'applicazione clinica sulle cellule germinali o embrioni precoci (TGLG) destinati all'impianto in utero ai fini della gravidanza. La TGS, infatti, colpisce solo le cellule somatiche e non quelle germinali, limitando eventuali danni/fallimenti al solo individuo trattato, mentre gli effetti della TGLG ricadono sui discendenti dell'embrione trattato, ossia sulle generazioni future.

La questione non è di poco momento perché proprio una delle caratteristiche tipiche del costituzionalismo cosmopolita, non solo contemporaneo, è appunto la solidarietà o "eterocentrismo", rivolto ai lontani nello spazio (non cittadini) e nel tempo (generazioni future)<sup>26</sup>.

A sostegno di tale linea prudenziale molto netta sono stati prodotti diversi documenti. Fra questi, vanno ricordati specialmente, sul piano giuridico: in modo chiaro ed esplicito l'art. 13 della Convenzione di Oviedo (1997)<sup>27</sup> e, sia pure indirettamente, l'art. 3, n. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000-2007)<sup>28</sup>.

Del resto, i rischi, giuridici ed etico-politici, dell'ingegneria genetica sono molti e noti<sup>29</sup>. Tuttavia, ho l'impressione che l'argomento dei rischi connessi all'eliminazione delle malattie trasmesse geneticamente – anche per la difficoltà a definire esattamente cosa sia "malattia" – non è sempre e del tutto irresistibile: forse si potrebbe permettere l'intervento terapeutico TGLG a condizione, al momento non

<sup>25</sup> Sul punto cfr. spec. D. NERI, *La sperimentazione sugli embrioni umani alla luce della ricerca biomedica avanzata* (Genome editing), in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, XXIV, 2016, 363 ss. e soprattutto ID., *CRISPR-Cas9, la Convenzione di Oviedo e le generazioni future*, in *Scienza e filosofia*, 18, 2017, 197 ss., da cui abbiamo tratto gran parte delle informazioni qui riportate.

<sup>26</sup> Sul punto, fra i tanti, sia consentito rinviare al mio *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 71 ss., nonché in *Diritto e società*, 2, 2008, 23 ss.

<sup>27</sup> Che, per comodità, riporto: «Un intervento diretto a modificare il genoma umano può essere intrapreso solo per scopi preventivi, diagnostici o terapeutici e solo se la sua finalità non è quella di introdurre modificazioni nel genoma dei discendenti».

<sup>28</sup> Che recita (nostro il c.vo): «Diritto all'integrità della persona. 1. Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. 2. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani».

<sup>29</sup> Così J. RIFKIN, *Dall'alchimia all'algenia. Le premesse della manipolazione genetica sull'uomo* (1983), S. Martino di Sarsina, 1994: «perché non dovremmo procedere così anche per altri disordini, per la miopia, il daltonismo o il mancinismo? Che cosa precluderebbe ad una società di decidere che un certo colore della pelle è un disordine?».

presente, di assoluta certezza di effetti non voluti/negativi per tutti i fruitori, presenti e futuri<sup>30</sup> e solo di fronte a malattie certe (fibrosi cistica, talassemia...)<sup>31</sup>.

L'aspetto inquietante, però, è che l'impetuoso sviluppo della scienza, ed in particolare delle biotecnologie, non sembra più politicamente e giuridicamente “controllabile”, anche perché l'acquisizione di nuove tecnologie – dovute anche a forti pressioni di ricchi investitori – coinvolge più di 7 milioni di ricercatori, diffusi in tutto il mondo, in modo non trascurabile in Paesi non democratici. È noto, in particolare, che in Cina la tecnica di editing genetico CRISPR-Cas9 – già usata nel 2015 contro il gene dell'anemia mediterranea – nel 2018 ha consentito allo scienziato He Jiankui della *Southern University of Science and Technology* di Shenzhen, ora licenziato, il clamoroso annuncio della nascita di due “Crispr babies”, due gemelle derivanti da embrioni geneticamente modificati per resistere alle infezioni da Hiv, modifica *ereditabile* dalle generazioni future.

Il problema, quindi, non è “dove”, né “se”, ma solo “quando” questa nuova tecnica sarà sviluppata e applicata... senza regole e con grandi rischi<sup>32</sup>.

Insomma, è più che ragionevole il richiamo alla massima prudenza: almeno su questo piano, il futuro sembra prospettarsi, forse ben prima di quanto non ce lo si aspetti, foriero di non trascurabili novità, non è detto tutte positive, per lo statuto del “concepito”.

## 8. Conclusioni: riconoscimento degli aspetti positivi dell'IVG e perplessità, invece, di fronte al mito del “superuomo”

Confesso una certa reticenza all'uso della formula *tranchant* “diritto all'aborto”. Configuro, infatti, tale situazione piuttosto come una facoltà della donna, contemplata dall'ordinamento, che affievolisce lo *status* del “concepito” nei soli casi e modi previsti dalla legge. In particolare, sarò franco, mi inquieta molto – proprio perché cerco di tener in conto i progressi della scienza – la situazione dei “feti prematuri”. Dunque, non è in discussione il termine per l'IVG dei 90 giorni, ma il fatto che dopo 154 giorni, ossia 22 settimane, (non degli esagitati con pregiudizi ideologici, ma) molti medici, proprio perché consapevoli dei progressi della scienza, ritengono che dovrebbe prevalere comunque il diritto alla rianimazione, dunque alla vita, del feto, indipendentemente della volontà della madre. Su questo punto, sollevato da medici, i giuristi hanno il dovere di interrogarsi e valutare se l'attuale “bilanciamento” è ancora costituzionalmente adeguato.

<sup>30</sup> Secondo la *Dichiarazione di Inuyama* (1991) del CIOMS (*Council for International Organisations of Medical Sciences*), la eventuale TGLG è subordinata ad ardui requisiti: a) il gene inserito non deve causare effetti evolutivi avversi; b) il gene deve essere incorporato in modo da non causare aberrazioni cromosomiche nelle successive generazioni; c) deve essere possibile mirare a specifici siti cromosomici in modo da assicurare il controllo delle modifiche genetiche.

<sup>31</sup> Per un puntuale approfondimento di tutta questa materia e l'esposizione di serie critiche agli attuali divieti, cfr. ancora D. NERI, *CRISPR-Cas9*, cit., 211, che – fra l'altro – osserva: «a me sembra che vietare la TGLG anche se diretta a scopi chiaramente terapeutici è difficilmente concepibile in termini di benefici per qualcuno: non lo è per gli individui di questa generazione, che il divieto – qualora la tecnologia fosse sicura e efficace – condannerebbe a nascere con gravi difetti genetici; non lo è per gli individui delle generazioni future, che invece trarrebbero beneficio proprio da un intervento capace di sradicare la causa delle malattie genetiche».

<sup>32</sup> Cfr. M. BUCCHI, *Le non-democrazie e il lato oscuro della scienza*, in *Corriere innovazione*, 21.12.2108, 14.

Ciò detto, e nonostante diversi problemi non risolti cui si è accennato, guardo con sereno realismo all'attuale disciplina italiana del "concepito" siccome delineata nella l. n. 194/1978, certo migliorabile ma tuttora utile compromesso politico che, accanto all'autodeterminazione della donna – non va dimenticato – riconosce il diritto all'obiezione di coscienza. A ben poco serve l'implicita aggressività delle battaglie ideologiche, di puro principio, sicché immaginare di contestare tale normativa è, oggi, semplicemente impensabile: sono praticamente spariti gli aborti clandestini e, nello spirito della legge (che non considera l'IVG un mezzo contraccettivo), si è ridotto il numero degli aborti. Per questo ha perfettamente ragione M. D'Amico quando osserva: «La minaccia della pena, come è ampiamente dimostrato, non è di alcuna utilità [...] la "possibile vita" del concepito non si difende contro la donna, ma solo offrendole aiuto e sostegno e, alla fine, rispettando la sua scelta»<sup>33</sup>.

Rimango ben più perplesso, invece, di fronte alle possibilità – per fortuna ancora più teoriche che pratiche, ma non si sa per quanto – di un "uso", più o meno manipolatorio, del "concepito". Non mi riferisco, ovviamente, all'inutile immobilizzazione dei c.d. embrioni criocongelati soprannumerari su cui ho già detto (cfr. § 6), ma a tutte le "ulteriori" ipotesi che restano – almeno per me, giurista senza adeguate competenze scientifiche – piuttosto oscure.

Da quando, più di trent'anni fa (1978), nacque Louis Brown, prima bimba "concepita" con le tecniche di fecondazione assistita, molta acqua è passata sotto i ponti. La scienza apre continuamente nuove porte e il futuro prossimo venturo è davvero un mistero in costante evoluzione. Possiamo solo immaginare, con timore e tremore, qualche scampolo che sfiora la fantascienza.

Guardando agli anni che verranno, l'attuale e tradizionale concetto di "concepito" – sebbene già ora sia oscuro, *sconosciuto* – rischia persino di sembrare anacronistico.

Per quanto, finora, nessuna "intelligenza artificiale" abbia superato il noto test di Turing, e dunque nessuna macchina artificiale sia comparabile all'uomo, oggi si fanno strada varie idee. Come si sa, in particolare l'idea, sempre più diffusa, di "dar vita" a *umanoidi*, ossia ad *androidi* (robot con apporti biologici, dunque aspetto, umano: al femminile *ginoidi*) o addirittura a *cyborg* (organismi cibernetici o bionici: esseri umani innestati da protesi artificiali meccaniche ed elettroniche che ne potenziano le capacità e la sopravvivenza)<sup>34</sup>.

Naturalmente ciò non equivale ancora al delirio di "concepire" o "dar vita" all'uomo *tout court*. Ma certo si comincia a parlare di *post-umanesimo* e *trans-umanesimo*. Emerge, insomma, l'idea di un uomo che può diventare "superuomo", ossia una sorta di uomo perfetto, fatto per vivere senza malattie, pronto a cambiare parti del corpo come fossero pezzi di ricambio e, forse, presuntuosamente destinato/programmato a *nascere* e *vivere* – non come oggi accade, tutt'al più, cent'anni, ma – molto più a lungo: centocinquanta, duecento...anni? Di più?

Insomma, dietro quest'approccio – nonostante le migliori *intenzioni*, almeno dichiarate – è lecito domandarsi se si stia facendo strada l'idea di un uomo che non solo legittimamente lotta per migliorare

<sup>33</sup> Così M. D'AMICO, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche*, cit., 109.

<sup>34</sup> Gli esempi più recenti (*microchip* impiantati sottopelle che permettono un'infinità di operazioni e relazioni: si pensi alla comunicazione di malati coscienti ma senza parola o gestualità), oltre a indubbi vantaggi, presentano sempre notevoli rischi: basti pensare, in alcuni casi, a quelli legati alla *privacy*. Sul punto, fra gli altri, v. ora M.R. PAVIA, *Mr. Biohacker*, in *Corriere innovazione*, 21.12.2108, 17.

la salute, limitandosi ad “aspirare” all’immortalità, ma comincia davvero a “costruirsi” e coltivare il sogno dell’eternità.

Se, sotto traccia, si celasse quest’approccio, qualcuno potrebbe dire che le buone *intenzioni* ricordate non riescono a nascondere la perenne *tentazione* dell’uomo di farsi Dio ed in particolare Dio creatore. Naturalmente – nel caso del concepito creato dall’uomo – non si tratterebbe di una “creazione” in senso stretto, ossia dal nulla (*ex nihilo*): ma tali disquisizioni, con connesse preoccupazioni, spetterebbero ai teologi.

Resta il fatto che, oggi, quando i giuristi rinviando al principio super- e meta-giuridico di dignità umana, laicamente considerano impliciti – in quanto scontati – due caratteri da sempre intrinseci alla condizione umana: “fragilità” e “mortalità”, dati *ontologici* incontrovertibili ed elementi descrittivi presupposti nella stessa idea di dignità dell’uomo<sup>35</sup>. Invece, ove realmente si intendesse percorrere la strada (al momento quasi fantascientifica) indicata, ai molti significati legati al termine “concepito”, che lo rendono ancora sconosciuto, dovremmo aggiungere anche quello di “creato” non in senso teologico (*ex nihilo*), ma in senso bio-tecnologico (da materiale biologico).

La prospettiva è inquietante e gli scienziati sociali – in particolare filosofi e giuristi – hanno il diritto di domandarsi se la condizione umana, nei suoi tratti ontologici, non verrebbe definitivamente stravolta dalla tentazione del “superomismo” umanoide, che paradossalmente potrebbe rilevarsi (se non un’esperienza frustrante, perché forse impossibile), alla fine, comunque profondamente *disumanizzante*.

Nel quadro (ricordo: pressoché fantascientifico) testé delineato, la tradizionale accusa che i giuristi muovono ai teologi – da Alberico Gentili (1552-1608) a Carl Schmitt (1888-1985): «*silete theologi in munere alieno!*» – forse non regge più. Non regge, soprattutto, di fronte ad un uomo che – giocando creativamente con la vita prenatale – pretendesse pateticamente di scimmiettare Dio. Infatti, nell’ipotesi estrema e improbabile qui considerata, il *munere* non sarebbe più *alieno* (la distanza fra Dio e l’uomo riducendosi, fin quasi a sparire), sicché paradossalmente non solo ai teologi dovrebbe essere riconosciuto il diritto di parlare, ma anche – a mio parere – di essere ascoltati.

Ora, mettendo da parte i teologi, che le scoperte “scientifiche” condizionino il “diritto” è indubbio<sup>36</sup>. Ma a tutto c’è, o dovrebbe esserci, un *limite*. È stato, a mio avviso giustamente, rilevato che «il condizionamento tra le “altre” scienze e il diritto costituzionale è reciproco, ma non *simmetrico* [...non a caso...] il diritto costituzionale vivente ha elaborato i punti da considerare “fermi” sui concetti di

<sup>35</sup> La questione accennata è di rilevanza, oltre che giuridica, letteraria e filosofica immane. Segnalo solo due classici, in cui il punto indicato mi pare emerga maggiormente: A. MALRAUX, *La condizione umana* (1933), Milano-Roma, 2017, e H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana* (1958), Milano, 2001. La vulnerabilità è il dato caratteristico della condizione umana: per questo segnalo l’intero numero 2/2018 di *Ars Interpretandi*, dedicato all’affascinante tema “Vulnerabilità e interpretazione giudiziale”.

<sup>36</sup> Sia consentito rinviare al mio *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. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 569 ss. Sul punto v. ora A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, con la bella recensione di A. MORELLI in *diritticomparati.it*, 1, 2019, 3 ss.

“corpo”, “identità personale” e di “integrità fisica e psichica” quali primi, basilari contrafforti della dignità umana»<sup>37</sup>. Tuttavia, *retro* si ricordava pure – di fronte a una ricerca avanzata ormai globale e non più appannaggio delle sole liberal-democrazie – le difficoltà ad effettuare idonei “controlli” e la naturale tendenza propria della scienza e della tecno-scienza a superare ogni “limite” (non “se”, ma “quando”: cfr. § 7). Questi rischi esistono e non vanno sottovalutati, ma nemmeno vanno sopravvalutati: per esempio, chi scrive riconosce senz’altro l’infondatezza del discutibile automatismo legato alla teoria del “piano inclinato” secondo cui, se semplicemente è “possibile” uno *sviluppo negativo*, o *involuzione*, della ricerca scientifica bioetica, vuol dire che “necessariamente” succederà. Quest’approccio teorico – sia consentita l’ironia – è una mera variante della legge di Murphy: “se qualcosa può andar male, andrà male”. Non è così: non sta scritto da nessuna parte, per intenderci, che il destino del “concepito” – in conseguenza dell’evoluzione/involuzione della scienza – è solo quello di diventare, da solo o con altre creature, un “serbatoio” per pezzi di ricambio dell’uomo.

È vero, invece, che tutto è affidato, come sempre, al buon senso e che, alla fine, tutto dipende da un esercizio *responsabile* della libertà umana.

Per questo, le scelte – e dunque i bilanciamenti sul piano *giuridico-costituzionale* – operate prima dal legislatore, poi dai giudici comuni e infine dalla Corte costituzionale sul “concepito” mai dovrebbero avallare giuridicamente un (presunto) progresso scientifico, quale che sia, se non si fosse del tutto “sicuri” che non ne discendano danni – per lui e per altri – non solo bio-etici, ma anche psicologici e sociali. In ciò, in fondo, risiede la necessità logica, prima che assiologica, del “principio di precauzione” (*primum: non nocere*), che – si riconoscerà – in fondo non è molto lontano da quello di “prudenza” (da cui *iuris-prudentia*).

<sup>37</sup> Così, saggiamente: C. SALAZAR, *Umano, troppo umano o no? Robot, androidi e cyborg nel mondo del diritto*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014, 255 ss.

## Costituzione e interpretazione nella disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza fra progresso scientifico ed evoluzione della coscienza sociale

*Benedetta Liberali\**

CONSTITUTION AND INTERPRETATION IN THE LAW RELATING TO VOLUNTARY TERMINATION OF PREGNANCY BETWEEN SCIENTIFIC PROGRESS AND EVOLUTION OF SOCIAL AWARENESS

ABSTRACT: The essay aims to analyse the role of the Constitution and the constitutional principles in determining the regulations of the voluntary termination of pregnancy. For this purpose, the essential role played by the Constitutional Court will be taken into account, also in the light of the scientific progress and the evolution of social awareness.

KEYWORDS: Voluntary termination of pregnancy; health; self-determination; scientific progress; Constitutional Court

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive – 2. L'interruzione volontaria di gravidanza quale trattamento sanitario posto a tutela della vita e della salute sia fisica sia psichica della donna nella giurisprudenza della Corte costituzionale... – 3. ... e nella legge n. 194 del 1978 – 4. L'interruzione volontaria di gravidanza quale trattamento (anche) lesivo del diritto alla salute della donna – 5. L'interruzione volontaria di gravidanza e la tutela della salute della donna alla luce dell'evoluzione scientifica – 6. Osservazioni conclusive

### 1. Osservazioni introduttive

**R**iflettere sul ruolo della Costituzione e dei suoi principi nella determinazione in particolare della disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza, anche tenendo conto del progresso scientifico e dell'evoluzione della coscienza sociale, impone di soffermarsi sugli interventi della Corte costituzionale che, nella stessa materia, hanno contribuito in misura determinante a disegnarne il perimetro.

La Corte costituzionale, infatti, ha definito in diverse occasioni la specifica portata dei principi costituzionali desumibili innanzitutto dall'art. 32 Cost., in questa peculiare materia, suscettibile di evoluzione non solo dal punto di vista della coscienza sociale<sup>1</sup> (in quanto settore che può essere definito «eti-

\* *Ricercatrice di diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano. Mail: [benedetta.liberali@unimi.it](mailto:benedetta.liberali@unimi.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

<sup>1</sup> A questo proposito si veda N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti*, IV, 2017, 11 ss., laddove si sofferma sul ruolo dei mutamenti della coscienza sociale nell'interpretazione evolutiva dei parametri costituzionali e sullo stesso significato dell'espressione di «coscienza sociale», con specifico riferimento all'interpretazione costituzionale. Sui caratteri dell'interpretazione costituzionale e sul rapporto fra questa e l'interpretazione della legge si rinvia a M. LUCIANI,

camente sensibile»<sup>2</sup>), ma anche da quello tecnico e scientifico (alla luce delle più ampie e diverse modalità applicative che proprio la tecnica e la sua evoluzione sono in grado di garantire)<sup>3</sup>.

Le decisioni della Corte costituzionale e, in particolare, l'interpretazione dei sottesi principi costituzionali offerta in tali diverse occasioni riflettono l'influenza esercitata da questi mutamenti sociali e scientifici, consentendo di delineare una precisa linea evolutiva nell'orientamento della Corte, a partire dall'interpretazione del diritto alla salute e dalla stessa qualificazione del trattamento interruttivo della gravidanza.

Quest'ultimo, come si vedrà, anche tenendo conto dell'evoluzione sociale, da trattamento penalmente rilevante diviene un trattamento sanitario posto a tutela della vita e della salute della donna

---

*Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 45 ss., che si interroga, inoltre, sulla «collocazione del testo nel processo dell'interpretazione costituzionale», richiamando anche le tesi relative all'art. 2 Cost. (e, dunque, al riferimento ai diritti inviolabili) quale fattispecie aperta o chiusa. Ancora, sul ruolo «preponderante» della Corte costituzionale nell'interpretazione costituzionale, proprio perché da essa provengono i «maggiori contributi all'intendimento del ruolo pervasivo dei diritti fondamentali», anche considerando che il suo orientamento «rappresenta quello che è il diritto costituzionale vigente ed effettivo», si veda F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., 60, oltre che C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, 1665 ss., e A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2001, 35 ss. Con specifico riguardo al diritto alla salute, F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 40, sottolinea come «spesso, nella giurisprudenza costituzionale, i diritti della persona, specie per quanto riguarda l'integrità, ma anche l'identità [...], sono stati collegati al diritto enumerato alla salute, che è l'unico anzi che la Costituzione espressamente definisce “fondamentale”». Il diritto alla salute «non è un nuovo diritto [...] e tuttavia, [...] in virtù della sua *evoluzione giurisprudenziale*, esso è venuto assumendo un significato tale e conquistandosi una sfera talmente ampia ed effettiva di tutela [...] da farlo considerare “nuovo” sotto questo profilo, nuovo cioè quanto alla sua emersione nella considerazione giuridico sociale come diritto effettivamente tutelato». Si vedano, inoltre, B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1, 1983, 21 ss., e le considerazioni di L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, che indaga le problematiche centrali relative al diritto alla salute.

<sup>2</sup> Si sofferma specificamente, in relazione alle cd. materie eticamente sensibili, sulle problematiche sottese al rapporto fra scienza e diritto e anche a quello fra legislatore e giudici da una parte e progresso scientifico e tecnologico dall'altra M. D'AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 5 novembre 2015.

<sup>3</sup> Rispetto al rapporto fra evoluzione scientifica e diritto si vedano innanzitutto C. CASONATO, *Introduzione al bio-diritto*, Torino, 2012; L. VIOLINI, *Biodiritto e Costituzione italiana*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 65 ss.; A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008; 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; G. RAGONE, *Scienza e diritto nell'argomentazione della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2015, e, ancora, C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2, 15 maggio 2016, e M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 171 ss. Si veda, ancora, A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, cit., 44 ss., laddove sottolinea come a fronte di «un catalogo» di diritti, «quale è quello del 1947, certamente “datato”», sia «condivisibile la tesi dell'opportunità dell'aggiornamento di esso mediante leggi costituzionali che, con riferimento alle nuove tecnologie, predispongano diversificate misure di tutela della persona umana nella sua complessiva dimensione psico-fisica», senza che si possa invece giungere a «forzature interpretative» o a una «“falsa” applicazione delle norme vigenti ad ipotesi strutturalmente incompatibili con la disciplina da esse prevista».

(sentenza n. 27 del 1975) e, alla luce dell'evoluzione tecnico-scientifica, viene successivamente considerato un intervento da evitare laddove possibile, proprio (e ancora una volta) a tutela della stessa salute (sentenza n. 96 del 2015).

## 2. L'interruzione volontaria di gravidanza quale trattamento sanitario posto a tutela della vita e della salute sia fisica sia psichica della donna nella giurisprudenza della Corte costituzionale...

La prima decisiva occasione in cui la Corte costituzionale si pronuncia in materia di interruzione volontaria di gravidanza è costituita dalla nota sentenza n. 27 del 1975, con cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p., nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse essere interrotta quando l'ulteriore gestazione determinasse un danno o un pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile per la salute della donna.

Senza potersi soffermare in questa sede sulle argomentazioni che hanno condotto la Corte a ritenere non equiparabili la posizione di chi è già persona e quella di chi persona deve ancora diventare e a individuare i principi cui il legislatore avrebbe dovuto attenersi nella definizione della futura disciplina (ossia la legge n. 194 del 1978), risulta particolarmente importante la riflessione che la Corte dedica alla storia del fenomeno dell'interruzione di gravidanza<sup>4</sup>.

E, infatti, appare significativo che la Corte costituzionale abbia inteso sottolineare come il delitto di procurato aborto e il suo inquadramento siano stati legati allo «sviluppo del sentimento religioso» e all'«evolversi della filosofia morale, delle dottrine sociali, giuridiche, politiche e demografiche». In questo contesto evolutivo, l'interruzione di gravidanza, punita o non punita a seconda delle epoche storiche considerate, è stata ritenuta lesiva di «interessi disparati, quali la vita, l'ordine delle famiglie, il buon costume, l'accrescimento della popolazione», fino a giungere all'inquadramento previsto nel previgente codice penale, quale delitto contro la «persona», e a quello previsto nell'attuale codice penale, che lo inquadra fra i delitti contro «l'integrità della stirpe», al fine di tutelare il bene dell'«interesse demografico dello Stato»<sup>5</sup>.

La Corte ha cura di precisare che anche rispetto al «prodotto del concepimento» l'evoluzione del comune sentire ha influenzato la sua qualificazione, ritenendolo alternativamente quale «semplice

<sup>4</sup> Corte cost., sentenza 18 febbraio 1975, n. 27. In relazione alle tipologie di regolamentazione che possono essere adottate in relazione all'interruzione volontaria di gravidanza si veda innanzitutto M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994.

<sup>5</sup> Corte cost., sentenza 18 febbraio 1975, n. 27. Si vedano le osservazioni svolte in G. MARINI, M. LA MONICA, L. MAZZA (diretto da), *Commentario al codice penale*, Torino, 2002, 2590, laddove si sottolinea che dalla relazione illustrativa del codice del 1889 emerge come «allora il "diritto leso prevalente" fosse proprio il "diritto della vita spettante al nascituro", in quanto la "protezione" accordata dalla legge al feto doveva essere orientata alla difesa della "vita dell'uomo fin dal momento della fecondazione"». E, ancora, si ricorda come il codice Zanardelli mirasse a «rigettare l'esclusiva rilevanza dell'"offesa" verso la donna», mentre nel codice Rocco «in una sistematica volta ad altri e differenti ambiti di tutela» si poneva «"accanto" all'interesse prevalente della "continuità della stirpe", non disgiunto dall'"interesse demografico dello Stato e della nazione", l'interesse alla "vita del nascituro", pur concepito quale *spes vitae*».

parte dei visceri della donna, speranza d'uomo, soggetto animato fin dall'inizio, o dopo un periodo più o meno lungo di gestazione»<sup>6</sup>.

Tenendo conto di questo contesto evolutivo, la Corte costituzionale, sulla base della ritenuta non equivalenza fra il diritto alla vita e alla salute della donna e la salvaguardia dell'embrione, giunge a qualificare l'intervento interruttivo quale vero e proprio trattamento sanitario, che può essere applicato a fronte del riscontro di una serie di requisiti connessi a specifiche e accertate condizioni di salute della donna.

Questa pronuncia risulta particolarmente significativa, dunque, non solo per l'indubbio punto di approdo che conduce a espungere dall'ordinamento la figura di reato dell'interruzione di gravidanza (entro i precisi limiti stabiliti), a individuare per la tutela del concepito un «fondamento costituzionale» (in particolare, negli artt. 31, secondo comma, e 2 Cost.) e a ritenere non equivalenti le posizioni della donna e del concepito, ma anche (e soprattutto per i fini che qui interessano) perché correla la stessa possibilità di accedere a questo trattamento alle condizioni di salute della donna.

La ritenuta mancata equivalenza fra la posizione della madre e quella dell'embrione non risulta assoluta, ma subordinata precisamente all'accertamento medico di una serie di requisiti.

La Corte, infatti, àncora la dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie penale e, dunque, rende possibile l'interruzione volontaria di gravidanza solo laddove venga accertato un danno o anche un pericolo per la salute della donna, che deve essere grave e non diversamente evitabile.

Il legislatore del 1978 ha avuto cura di trasfondere tali requisiti in modo specifico nella legge n. 194 (in particolare, agli artt. 4 e 6, a seconda del periodo di gestazione considerato), tenendo conto dei diversi principi (im)posti dalla Corte costituzionale relativi alla tipologia di danno o pericolo per la salute della donna, unitamente a quello fondamentale della necessità (laddove possibile) di salvaguardare la vita del feto.

Proprio la possibilità di vita autonoma del feto (su cui si tornerà oltre, poiché tale nozione determina una ulteriore serie di profili problematici circa la sua esatta individuazione) concorre a delimitare la stessa applicabilità del trattamento interruttivo e, dunque, anche la tutela della salute della donna. Solo in caso di grave pericolo per la sua vita, a fronte della possibilità di vita autonoma del feto, infatti, sarà possibile interrompere la gravidanza, senza che abbia rilievo l'eventuale pregiudizio per la (sola) salute della donna.

In questi casi, quindi, il legislatore, discostandosi forse dalle indicazioni della Corte costituzionale (che nella sentenza n. 27 aveva fatto espresso riferimento alla salute e non solo alla vita della donna, nello stabilirne la mancata equivalenza con la posizione del nascituro), assegna rilievo solo al pericolo per la vita della donna e non anche alla sua salute. L'art. 7, infatti, nel bilanciamento con la posizione del nascituro, assegna prevalenza a chi persona deve ancora diventare per garantirne la prosecuzione della possibilità di vita autonoma (laddove non sia in pericolo la vita della donna).

<sup>6</sup> Rispetto alle difficoltà definitorie da parte del legislatore in materie tecniche e scientifiche si vedano F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto*, Napoli, 2016, e, volendo, con specifico riferimento al ricorso spesso impreciso e non puntuale ai termini quali embrione, concepito, nascituro e feto, oltre che all'inizio della vita umana, B. LIBERALI, *Scelte definitorie fra scienza e diritto: una questione non solo terminologica*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 241 ss.

Si può immaginare, quindi, che il medico – chiamato a «salvaguardare la vita del feto», in assenza di pericolo grave per la vita della donna e una volta raggiunta la soglia di gestazione oltre la quale sia possibile la vita autonoma del feto – debba effettuare un parto prematuro (con ciò assicurandosi la sua possibilità di sopravvivenza)<sup>7</sup>.

Come si è anticipato e come si vedrà oltre, la Corte, proprio grazie all'evoluzione scientifica e tecnica, giungerà nel 2015 a qualificare in modo parzialmente diverso questo medesimo trattamento interruttivo, indubbiamente idoneo a tutelare la vita o la salute della donna, definendolo quale modalità certamente più traumatica e lesiva per la stessa salute della donna rispetto all'alternativa (ugualmente resa possibile dall'avanzamento della scienza e della tecnica) di conoscere prima dell'impianto in utero la salute dell'embrione (evitando di dover successivamente ricorrere all'interruzione di gravidanza).

La centralità della posizione della donna e, quindi, della sua salute sia fisica sia psichica – sulla quale peraltro incide in via «se non esclusiva sicuramente prevalente»<sup>8</sup> lo stato gravidico – viene confermata anche in successive decisioni, laddove la Corte è stata chiamata a giudicare l'ammissibilità di una serie di quesiti referendari relativi alla legge n. 194 del 1978.

Con la sentenza n. 26 del 1981 viene dichiarato inammissibile il cd. quesito referendario massimale, considerando quale suo principale oggetto l'art. 6 della legge n. 194 del 1978. Questa disposizione prevede che si possa interrompere la gravidanza dopo i primi novanta giorni quando la gravidanza o il parto determinino un grave pericolo per la vita della donna oppure quando vengano accertati processi patologici (fra cui anche rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro), che comportino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna. Secondo la Corte costituzionale la tutela posta da tale previsione alla salute della donna è necessaria e non può essere ricondotta a una scelta discrezionale del legislatore ordinario, rappresentando «nel suo contenuto essenziale una norma costituzionalmente imposta dall'art. 32» Cost.: in particolare, da tale disposizione costituzionale deriva «un obbligo così stringente, da rendere indispensabile» la decisione di accoglimento di cui alla precedente sentenza n. 27 del 1975<sup>9</sup>.

In modo molto chiaro ed esplicito, la Corte ricorda come l'art. 6 abbia dato attuazione all'art. 32, primo comma, Cost. in tema di interruzione di gravidanza, «dettando una disciplina che fondamentalmente si adegua, per ciò che riguarda la tutela del diritto alla salute della gestante, a quella risultante dal dispositivo della sentenza n. 27 del 1975»<sup>10</sup>. L'abrogazione integrale dell'art. 6, dunque, ol-

<sup>7</sup> Sia consentito il rinvio alle più approfondite riflessioni su tali profili svolte in B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 522 ss.

Si vedano, inoltre, M. ZANCHETTI, *Il dovere di soccorso nel parto prematuro e nell'interruzione di gravidanza*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, e, per considerazioni specifiche che riguardano la decisione di proseguire o interrompere la prosecuzione di trattamenti intensivi o di sostegno vitale per donne in stato di gravidanza, in relazione alla possibilità di far crescere il feto fino al raggiungimento della capacità di vita autonoma, L. BUSATTA, *Scelte di fine vita in gravidanza. Incontri e scontri tra diritto e medicina*, in L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina nei tribunali*, Bari, 2016, 103 ss.

<sup>8</sup> Corte cost., ordinanza 31 marzo 1988, n. 389.

<sup>9</sup> Corte cost., sentenza 10 febbraio 1981, n. 26.

<sup>10</sup> *Ibid.*

tre a eliminare la tutela della salute ivi prevista, avrebbe anche reintrodotta una disciplina penale identica a quella già censurata dalla stessa Corte.

Nella medesima decisione al contrario la richiesta referendaria avente a oggetto la parte dell'art. 6 che menziona la salute psichica della donna viene dichiarata ammissibile. Secondo la Corte, in particolare, non ha contenuto costituzionalmente vincolato «alla stregua della sentenza n. 27 del 1975» «quel passo dell'art. 6, lettera b), in cui si menzionano e si tutelano distintamente salute "fisica" e salute "psichica" della gestante»<sup>11</sup>.

Richiamando ancora la sentenza n. 27 del 1975, il Giudice delle Leggi sottolinea che in quella occasione (in cui veniva sollevata la questione con duplice riferimento al «benessere fisico» e all'«equilibrio psichico» della gestante) non era stato preso in «specificata e separata considerazione» il «fattore dell'«equilibrio psichico»»<sup>12</sup>. E, infatti, nello stesso dispositivo della decisione, era stato inserito l'esclusivo riferimento alla salute, comprensivo sia della dimensione fisica sia di quella psichica. È in questa prospettiva che non risulta inammissibile la cd. richiesta referendaria minimale, dovendosi intendere la tutela della salute «complessivamente» e restando fermo sul piano costituzionale, come la Corte ha cura di precisare da ultimo, che la stessa salute della donna deve essere «compiutamente» garantita dai gravi pericoli che ogni «effettiva malattia, di qualsiasi natura», possa determinare nel corso della gestazione<sup>13</sup>.

Facendo riferimento ancora una volta alla salute (ma non solo), la Corte costituzionale in un successivo giudizio sulla ammissibilità di un quesito referendario avente a oggetto una serie di previsioni della legge n. 194 ritiene che alcune di queste abbiano un «contenuto normativo costituzionalmente vincolato sotto più aspetti», la cui abrogazione annullerebbe il livello minimo di tutela necessaria anche del diritto alla salute (oltre che del diritto alla vita, della tutela della maternità, dell'infanzia e della gioventù)<sup>14</sup>.

Si trattava in particolare degli artt. 4, 5, 12 e 13. Le prime due disposizioni disciplinano rispettivamente i requisiti di accesso dell'interruzione di gravidanza entro i primi tre mesi di gestazione, ancorandoli alle condizioni di salute fisica e psichica della donna, e l'attività dei consultori, delle strutture socio-sanitarie e dei medici di fiducia con riguardo ai necessari accertamenti e alle relative valutazioni da compiere insieme alla donna. La Corte sottolinea come l'abrogazione di tali previsioni farebbe «scompare del tutto» «l'assistenza e la consulenza di un medico, ovviamente prevista dalla legge a tutela minima della salute della gestante»<sup>15</sup>.

Gli artt. 12 e 13, invece, determinano le condizioni di applicabilità delle precedenti disposizioni anche ai casi in cui la donna sia minorenni o interdotta, prevedendo una ulteriore serie di condizioni per l'accesso al trattamento. In caso di interdizione della gestante, l'art. 13 disciplina le modalità di pre-

<sup>11</sup> Corte cost., sentenza 10 febbraio 1981, n. 26.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Corte cost., sentenza 10 febbraio 1997, n. 35, su cui si vedano le osservazioni di M. D'AMICO, *Una lettura della disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza in una problematica decisione di inammissibilità del referendum*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1997, 1139 ss.

<sup>15</sup> Corte cost., sentenza 10 febbraio 1997, n. 35. Sulla centralità della preliminare consulenza offerta alla donna, con specifico riferimento al c.d. modello discorsivo tedesco, si vedano le ampie considerazioni svolte da M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, cit., 80 ss. e 97 ss.

sentazione della relativa richiesta e l'intervento del giudice tutelare, che «decide [...], con atto non soggetto a reclamo». In caso di minore di età, invece, la prima disposizione richiede il consenso di coloro che esercitano la responsabilità genitoriale o la tutela, tranne laddove vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino di consultare questi soggetti oppure quando essi rifiutino il consenso o esprimano pareri difformi. Ragioni connesse all'urgenza dell'intervento accertata dal medico a causa di un grave pericolo per la salute della donna minorenni consentono di procedere indipendentemente dall'assenso di chi esercita la responsabilità genitoriale o la tutela (e senza nemmeno il coinvolgimento del giudice tutelare), così come anche il superamento dei primi tre mesi di gestazione. In questo caso, infatti, anche alla donna gestante minorenne si applicano le procedure di cui all'art. 7 (attinenti agli accertamenti dei processi patologici che possono determinare un grave pericolo per la sua salute fisica o psichica e relative ai limiti di accesso al trattamento in caso di possibilità di vita autonoma del feto)<sup>16</sup>.

La Corte, con specifico riferimento alla posizione della donna minorenne, sottolinea la natura di «valori costituzionali fondamentali» dell'infanzia e della gioventù<sup>17</sup>.

Sebbene non venga reso esplicito il riferimento alla salute, risulta chiaro il profondo e ineliminabile collegamento fra l'intensità della protezione che deve essere garantita in generale ai minorenni e la peculiare e specifica condizione in cui si trova la donna minorenne in stato di gravidanza. L'abrogazione dell'art. 12, in particolare, regolando la procedura di accesso all'interruzione di gravidanza, sempre con riguardo alla condizione di salute della gestante, non può che incidere precisamente su quella stessa sfera di garanzia che deve essere assicurata in modo ancora più imprescindibile in caso di minore età.

A partire dalla sentenza n. 27 del 1978, fino ad arrivare – dopo l'approvazione della legge n. 194 del 1978, che come si vedrà oltre procedimentalizza l'accesso al trattamento interrutivo imponendo specifici obblighi informativi e di consultazione, oltre che di accertamento delle condizioni di salute della donna – alle decisioni della Corte in punto di ammissibilità di alcuni quesiti referendari, la tutela della salute della donna sia psichica sia fisica viene declinata con specifico riferimento alla materia dell'interruzione volontaria di gravidanza. Questo trattamento viene qualificato, nella decisione della Corte che dichiara l'incostituzionalità della fattispecie penale, quale intervento sanitario posto a tutela della donna (della sua salute e in alcuni casi anche della sua vita). Come tale, esso è reso possibile dall'evoluzione scientifica e tecnica che, come si vedrà anche oltre, ne consente sempre più ampie e

<sup>16</sup> Sulla portata dell'intervento del giudice tutelare nella procedura che può condurre la donna gestante minore di età a interrompere la gravidanza, si vedano Corte cost., sentenza 25 maggio 1987, n. 196, e, da ultimo, sentenza 19 luglio 2012, n. 196. Per i profili sottesi, si rinvia a E. ROSSI, *L'obiezione di coscienza del giudice*, in *Il Foro italiano*, 3, 1988, 759 ss., e S. MANGIAMELI, *La «libertà di coscienza» di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche (A proposito dell'autorizzazione del giudice tutelare all'interruzione della gravidanza della minore)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 1988, 523 ss.

<sup>17</sup> Corte cost., sentenza 10 febbraio 1997, n. 35. È interessante il passaggio della motivazione, con cui la Corte costituzionale, nel definire l'art. 12 quale forma di protezione dell'infanzia e della gioventù (art. 31, secondo comma, Cost.) fa riferimento alla Convenzione sui diritti del fanciullo. La Corte, in particolare, ne richiama alcune previsioni, per «corroborare questa interpretazione», ossia quella relativa alla necessità di garantire ai soggetti minorenni protezione e assistenza nelle forme più ampie.

diverse, ma anche meno invasive per la stessa salute della donna, applicazioni, introducendo ulteriori profili di complicazione<sup>18</sup>.

Proprio il rilievo dell'evoluzione scientifica, che ha permesso di sviluppare diverse tecniche, quali quelle in materia di fecondazione medicalmente assistita, condurrà la Corte a riqualificare lo stesso intervento interruttivo, ancora una volta in relazione all'obiettivo (costituzionalmente imposto) di tutelare la salute della donna.

### 3. ... e nella legge n. 194 del 1978

Come si è già ricordato, il legislatore del 1978 ha recepito le specifiche indicazioni contenute nella sentenza n. 27 del 1975, con cui la Corte costituzionale, oltre a delimitare la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p. ai casi in cui l'ulteriore gestazione determini un danno o un pericolo gravi, medicalmente accertati e non altrimenti evitabili per la salute della donna, aveva espressamente riconosciuto sia la possibilità che «già *de jure condito* [...] l'intervento debba essere operato in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto», sia la necessità di impedire che il trattamento interruttivo fosse applicato senza «seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo» per la donna<sup>19</sup>.

La legge n. 194, infatti, provvede a subordinare l'accesso al trattamento interruttivo alla certificazione di specifiche condizioni legate alla condizione di salute della donna (ossia «circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito»; «un grave pericolo per la vita della donna» o «processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna»: artt. 4 e 6), a seconda del periodo di gestazione considerato (ossia i primi tre mesi o i mesi successivi ai primi tre fino ad arrivare al momento in cui il feto abbia possibilità di vita autonoma: rispettivamente artt. 4, 6 e 7)<sup>20</sup>.

Questo ultimo riferimento risulta particolarmente importante, perché come si è anticipato la Corte costituzionale aveva già fatto riferimento, nella sentenza n. 27 del 1975, alla necessità di salvare laddove possibile la vita del feto.

La legge n. 194 all'art. 7 riconosce la possibilità di interrompere la gravidanza oltre i primi tre mesi solo in caso di pericolo grave per la vita della donna laddove sia possibile la vita autonoma del feto. In

<sup>18</sup> Rispetto alla qualificazione dell'interruzione di gravidanza quale trattamento sanitario in ragione dei requisiti richiesti per la sua applicazione, sia consentito il rinvio alle più ampie considerazioni svolte in B. LIBERALI, *Problematrice costituzionali*, cit., 455 ss.

<sup>19</sup> Corte cost., sentenza 18 febbraio 1975, n. 27.

<sup>20</sup> In generale sulla legge n. 194 del 1978 si vedano G. GALLI, V. ITALIA, F. REALMONTE, M. SPINA, C.E. TRAVERSO, *L'interruzione volontaria della gravidanza (Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)*, Milano, 1978, anche per i lavori preparatori della stessa disciplina, e C. CASINI, F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto (Commento alla legge 22 maggio 1978 n. 194)*, Padova, 1978, oltre che M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematrice attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016, 32 ss., e B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 1655 ss.

questi casi, si prevede che il medico debba adottare ogni misura idonea a salvaguardarla, con ciò aderendo all'indicazione della sentenza n. 27. Recependola forse solo parzialmente e conseguentemente declinando in modo diverso la tutela della salute della donna (e, dunque, dando una differente attuazione all'art. 32 Cost., rispetto a quanto indicato dalla Corte), il legislatore limita l'applicazione del trattamento al solo grave pericolo per la vita della donna, senza assegnare rilievo alla sua salute nel bilanciamento con la tutela della possibilità di vita autonoma del feto.

Nonostante quest'ultima previsione, che sembra discostarsi dalle indicazioni della sentenza n. 27, l'impianto della legge n. 194 complessivamente conferma e aderisce all'impostazione disegnata dalla Corte, individuando nel trattamento interruttivo un intervento sanitario che, ancorato a specifiche condizioni della donna, mira precisamente a garantirne la salute, sia fisica sia psichica (e, in alcuni casi, anche la vita).

A questo proposito vengono in rilievo non solo le disposizioni che direttamente dettano tali requisiti (in particolare, gli artt. 4, 6 e 7), ma anche le preliminari previsioni che attengono ai compiti dei consultori e delle strutture socio-sanitarie, così come anche del medico di fiducia. Questi soggetti, infatti, nei confronti della donna sono chiamati a esaminare «le possibili soluzioni dei problemi proposti, [...] aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, [...] metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, [...] promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto» (art. 5, primo comma), oltre che a valutare «le circostanze che la determinano a chiedere l'interruzione della gravidanza», dando le necessarie informazioni sui «diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie» (art. 5, secondo comma).

È la stessa Corte costituzionale, in fondo, a definire, nella già citata sentenza n. 35 del 1997, fra gli altri, l'art. 5 quale disposizione che assicura il livello minimo di tutela necessaria anche del diritto alla salute della donna. In questo passaggio, è forse possibile intravedere il fondamento della (o comunque una linea di continuità con la) successiva statuizione con cui la Corte riterrà preferibile evitare l'interruzione di gravidanza, laddove sia possibile fare ricorso alle tecniche di fecondazione assistita (sentenza n. 96 del 2015).

Le previsioni di cui all'art. 5, infatti, prevedono un corredo di garanzie antecedenti all'intervento che mirano, nel pieno rispetto della donna, a verificare la possibilità di superare le condizioni economiche, sociali e familiari che pure incidono sulla sua salute e che la inducono a interrompere la gravidanza.

Emerge, dunque, se pure non in modo esplicito fin dalle stesse previsioni della legge n. 194 una sorta di natura "ambivalente" del trattamento sanitario interruttivo della gravidanza, che rappresenta certamente uno strumento per tutelare la salute (e la vita) della donna (tanto da indurre la Corte ha dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p.), ma che può costituire anche un intervento lesivo, da evitare laddove sia possibile superare eventuali circostanze esterne suscettibili di incidere negativamente (ancora una volta) sulla condizione della donna.

#### 4. L'interruzione volontaria di gravidanza quale trattamento (anche) lesivo del diritto alla salute della donna

L'evoluzione delle conoscenze e tecniche scientifiche assume un rilievo peculiare, con riguardo alla materia dell'interruzione volontaria di gravidanza, non solo in relazione alle più ampie e diverse modalità della sua concreta applicazione (che conducono, come si vedrà oltre, a diversi e ulteriori profili di complicazione, con specifico riguardo al riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza), ma anche con riferimento alla qualificazione che la Corte costituzionale riserva allo stesso trattamento interruttivo, in rapporto alla diversa materia della fecondazione medicalmente assistita. Le tecniche di fecondazione assistita, infatti, sono state sperimentate e rese possibili proprio grazie all'evoluzione tecnico-scientifica.

Senza poter in questa sede ripercorrere le note vicende problematiche sottese alla disciplina<sup>21</sup>, occorre ricordare come attraverso l'applicazione di queste tecniche, regolate dalla legge n. 40 del 2004, è possibile, per le coppie sposate o conviventi, eterosessuali, maggiorenni, viventi e in età potenzialmente fertile, accedere a diverse procedure che consentono di avviare la gravidanza.

Anche in questa materia è stato decisivo il contributo della Corte costituzionale, che ha ridisegnato l'impianto della normativa, ampliando sia le tipologie di tecniche consentite (si pensi per esempio alla fecondazione omologa, in relazione alla quale è possibile a seguito della sentenza n. 151 del 2009 creare il numero di embrioni strettamente necessario per i diversi casi concreti e non più un numero massimo fino a tre embrioni e non procedere all'immediato e contestuale impianto di tutti gli embrioni creati; oppure alla fecondazione con donazione di gameti esterni alla coppia, resa possibile a seguito dell'illegittimità costituzionale del divieto posto dalla legge n. 40 dichiarata con la sentenza n. 162 del 2014), sia la platea dei destinatari delle tecniche (a seguito rispettivamente delle sentenze n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015 comprensiva anche delle coppie sterili e infertili in grado assoluto, tanto da richiedere la donazione di uno o di entrambi i gameti esterni, e delle coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili)<sup>22</sup>.

Proprio in relazione a tale ultimo profilo è possibile verificare come la Corte, tenendo conto dell'evoluzione scientifica e incentrando la sua decisione, ancora una volta, sulla tutela della salute della donna e, dunque, sull'art. 32 Cost., abbia contribuito a ridefinire lo stesso perimetro applicativo del trattamento interruttivo.

<sup>21</sup> Sulle problematiche sottese alla disciplina si vedano, fra i molti, M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit.; E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008; G. FERRANDO, *Riproduzione assistita: principi e regole*, in M. AZZALINI (a cura di), *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Ariccia, 2015, 133 ss.; C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita, Fertilità e sterilità tra medicina e considerazioni bioetiche*, Bologna, 2011; 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, B. LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte Costituzionale*, Milano, 2012, e S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, 2017.

<sup>22</sup> Nelle more della pubblicazione del presente contributo sono state depositate le motivazioni della sentenza n. 221 del 2019 della Corte costituzionale (23 ottobre 2019), che ha dichiarato infondate le questioni sollevate sulla legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consente l'accesso alle tecniche, in particolare alla tecnica di fecondazione di tipo eterologo, anche alle coppie dello stesso sesso femminili.

Quest'ultimo, in particolare, non risulta più solo qualificato come strumento per tutelare la salute della donna (laddove a determinate condizioni consente di interrompere la gravidanza la cui prosecuzione è suscettibile di comprometterne la posizione), bensì anche come «modalità» «innegabilmente più traumatica» per «perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria» di cui sono portatori i genitori<sup>23</sup>.

Le questioni sollevate in quella occasione alla Corte costituzionale riguardavano le previsioni della legge n. 40 che non consentivano l'accesso alle tecniche di procreazione assistita anche alle coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche. La Corte accoglie le questioni in relazione agli artt. 3 e 32 Cost.

Rispetto al primo parametro, infatti, viene ravvisato un «insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto [...] all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto» per questa categoria di coppie<sup>24</sup>. Tale irragionevolezza si apprezza, in particolare, se si considera che il nostro ordinamento già permette in ogni caso di non avere un figlio affetto dalla specifica patologia ereditaria, attraverso l'espletamento, preliminare, di esami diagnostici prenatali e, successivamente, l'applicazione del trattamento interruttivo (alle condizioni previste dalla legge n. 194, che fa riferimento, fra gli altri requisiti, anche alle rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro).

Se l'evoluzione tecnica e scientifica consente sia la diagnosi prenatale (attraverso cui possono essere accertate patologie del feto, che possono condurre all'intervento interruttivo), sia la diagnosi preimpianto (che permette di conoscere lo stato di salute dell'embrione prima dell'impianto in utero a seguito di accesso alle tecniche assistite), il divieto di accesso per la sola categoria di coppie malate a questo secondo ordine di esami impedisce di «far acquisire "prima" alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere "dopo" una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute»<sup>25</sup>.

Tale profilo di irragionevolezza conduce all'accertamento della violazione anche dell'art. 32 Cost., poiché la mancata previa acquisizione dell'informazione relativa alla trasmissione della malattia genetica (che sarebbe possibile con la diagnosi preimpianto) è suscettibile di incidere negativamente sulla salute della donna. Per quest'ultima, infatti, è necessario attendere l'instaurazione della gravidanza, per poter accedere all'esame diagnostico prenatale (effettuato evidentemente in una fase successiva anche dello stesso sviluppo dell'embrione, rispetto alla diagnosi preimpianto).

Anche in questo caso, sebbene la Corte non lo espliciti, la tutela della salute comprende sia la sua accezione psichica (laddove il divieto di accesso alle tecniche di fecondazione e, dunque, all'esame diagnostico preimpianto impone alla donna di avviare una gravidanza naturalmente e di proseguire con la gestazione, con la prospettiva di un successivo accertamento attraverso la diagnosi prenatale della patologia genetica e, dunque, di un possibile intervento interruttivo), sia quella fisica (laddove, a se-

---

<sup>23</sup> Corte cost., sentenza 5 giugno 2015, n. 96. Sulla decisione della Corte costituzionale e, in particolare, sui requisiti posti rispetto all'accesso alle tecniche assistite delle coppie portatrici di gravi malattie genetiche, si vedano le osservazioni di 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.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 4 novembre 2015, e, volendo, B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali*, cit., 170 ss.

<sup>24</sup> Corte cost., sentenza 5 giugno 2015, n. 96.

<sup>25</sup> *Ibid.*

guito dell'esame diagnostico prenatale, la donna decida effettivamente di sottoporsi all'intervento interruttivo, che rappresenta in ogni caso un trattamento invasivo).

Con la sentenza n. 96 del 2015, quindi, la Corte giunge a riqualificare in modo espresso il trattamento interruttivo della gravidanza, con specifico riferimento alla possibilità di ottenere informazioni circa lo stato di salute dell'embrione, e, solo sotto tale profilo, lo definisce come intervento pregiudizievole (o, in ogni caso, maggiormente lesivo) per la salute della donna.

Un trattamento, quindi, che ben può essere evitato, ricorrendo ad altri strumenti offerti dalla scienza e dalla tecnica, ossia l'accesso alle tecniche di procreazione assistita per la stessa formazione degli embrioni e, di conseguenza, alla diagnosi preimpianto per conoscerne lo stato di salute e permettere l'impianto solo di quelli sani<sup>26</sup>.

## 5. L'interruzione volontaria di gravidanza e la tutela della salute della donna alla luce dell'evoluzione scientifica

Il ruolo dei principi costituzionali e dell'interpretazione che di essi ha fornito la Corte costituzionale nelle decisioni che si sono richiamate in materia si arricchisce ulteriormente se si considera non solo l'evoluzione sociale, culturale e giuridica, che conduce alla trasformazione del modo di intendere il trattamento interruttivo della gravidanza (da condotta penalmente rilevante, la cui relativa fattispecie veniva inquadrata dapprima fra i delitti contro la persona e poi fra quelli contro l'integrità della stirpe, a intervento che, a determinate condizioni, consente di tutelare la salute e la vita della donna, sottraendola alle pratiche clandestine e, dunque, ai connessi rischi della sua stessa applicazione), ma anche l'evoluzione tecnica e scientifica.

Quest'ultima, ampliando le possibilità di applicazione del trattamento interruttivo della gravidanza, conduce inevitabilmente a riflettere su ulteriori profili problematici.

Si pensi, innanzitutto, alla stessa possibilità di svolgere sempre più numerosi e diversi esami diagnostici prenatali, che consentono alla donna, sia entro i primi tre mesi, sia nel periodo successivo, di ottenere informazioni circa lo stato di salute del feto e di determinarsi, pur sempre nei limiti e alle condizioni previste dagli artt. 4 e 6 della legge n. 194, nel senso di interrompere la gravidanza. Sono espressamente queste disposizioni, peraltro, che fanno riferimento alle condizioni di salute del feto, laddove entro i primi tre mesi l'intervento può essere determinato dalle «previsioni di anomalie o malformazioni del concepito», mentre oltre i primi tre mesi devono essere «accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

La stessa diagnosi prenatale, come si è visto, ha costituito il perno della dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consentiva l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita anche alle coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie geneti-

<sup>26</sup> A questo proposito si veda anche Corte cost., sentenza 11 novembre 2015, n. 229, che, richiamando la sentenza n. 96, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, terzo comma, lettera b), e quarto comma, della legge n. 40, nella parte in cui contemplava come reato la condotta di selezione degli embrioni anche quando fosse esclusivamente finalizzata a evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili.

che. La circostanza per cui l'ordinamento – attraverso la legge n. 194 – consente già alla donna di evitare di portare a termine una gravidanza laddove (fra le altre e diverse circostanze) siano diagnosticate determinate patologie nel feto conduce la Corte costituzionale ad allargare la platea di coppie destinatarie delle tecniche riproduttive assistite e, in particolare, della diagnosi genetica preimpianto (sentenza n. 96 del 2015).

Proprio attraverso il riferimento a queste due tipologie di esami diagnostici (entrambi frutto della tecnica e della sua continua evoluzione<sup>27</sup>) è possibile ancora una volta cogliere e sottolineare il profondo legame fra diritto alla salute della donna in stato di gravidanza ed evoluzione delle tecniche scientifiche che divengono funzionali alla sua tutela.

Si pensi, in secondo luogo, alle modalità con cui, sempre attraverso gli accertamenti medici e tecnici, si può individuare il momento oltre il quale ritenere possibile la vita autonoma del feto. Questa valutazione rappresenta un profilo estremamente delicato e importante, se si considera che, oltre i primi tre mesi di gravidanza, è possibile interromperla solo laddove vi sia un grave pericolo per la vita della donna, se vi è possibilità di vita autonoma del feto (art. 7 della legge n. 194 del 1978). Anche nel caso in cui si ritenesse di poter individuare con certezza questo momento temporale, permane in ogni caso un certo margine di flessibilità, dovuto specificamente al grado di evoluzione delle tecniche. Queste, infatti, possono permettere di valutare diversamente (in particolare, di anticipare) la fase in cui è possibile, per il feto, godere di vita autonoma fuori dall'utero materno.

Sebbene la Corte costituzionale non si sia pronunciata in modo specifico sul tema<sup>28</sup>, è significativa la giurisprudenza amministrativa che ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento della Regione Lombardia con il quale si era cristallizzato il termine oltre il quale si sarebbe dovuta presumere la possibilità di vita autonoma del feto.

Con l'atto di indirizzo regionale per l'attuazione della legge n. 194 del 1978<sup>29</sup>, in particolare, si era previsto – fra le altre disposizioni – che non si sarebbe potuta interrompere la gravidanza in caso di possibilità di vita autonoma del feto, fissata rigidamente alla ventiduesima settimana più tre giorni e, quindi, impedendo sia una valutazione da parte del medico dei singoli casi concreti, sia un adeguamento di questa medesima valutazione allo stato di evoluzione della tecnica.

Il TAR della Lombardia riconosce l'illegittimità del provvedimento non solo considerando il rapporto fra le fonti (e rilevando di conseguenza che un atto secondario non può prevedere un termine tem-

---

<sup>27</sup> Si rinvia, in merito a questi due tipi di esami diagnostici, a A. FORABOSCO, *Le diagnosi prenatali e preimpianto*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 1461 ss.; M. D'AMICO, *La legge italiana e la diagnosi delle malattie genetiche*, in G. RAGNI (coordinato da), *Diagnosi genetica pre-fecondazione sul primo globulo polare dell'ovocita*, Cento, 2011, 1 ss., e Comitato Nazionale per la Bioetica, *Diagnosi prenatali*, in [http://bioetica.governo.it/media/1920/p9\\_1992\\_diagnosi-prenatali\\_it.pdf](http://bioetica.governo.it/media/1920/p9_1992_diagnosi-prenatali_it.pdf), 18 luglio 1992.

<sup>28</sup> Come si è già sottolineato, il riferimento contenuto nell'art. 7 della legge n. 194 alla possibilità di vita autonoma del feto sembra corrispondere a quanto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 27 del 1975, aveva sottolineato rilevando come l'interruzione di gravidanza potesse già essere praticata in modo che fosse salvata laddove possibile la vita del feto.

<sup>29</sup> Decreto della Direzione generale della Sanità della Regione Lombardia, 22 gennaio 2008, n. 327.

porale che la fonte primaria non ha voluto individuare<sup>30</sup>), ma anche il rapporto fra evoluzione scientifica e diritto.

Con specifico riguardo a questo secondo profilo, la mancata indicazione da parte della legge n. 194 impedisce di imbrigliare in modo rigido i parametri che guidano il medico nella valutazione del caso concreto. Secondo il giudice amministrativo, «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»<sup>31</sup>.

Ancora, in modo particolarmente incisivo, il TAR della Lombardia afferma come si tratti di un giudizio riservato agli operatori, che «debbono poter effettuare le proprie valutazioni esclusivamente sulla base delle risultanze degli accertamenti svolti caso per caso e sulla base del livello delle acquisizioni scientifiche e sperimentali raggiunto nel momento in cui vengono formulate le valutazioni stesse»<sup>32</sup>.

Tale orientamento, peraltro, risulta perfettamente aderente alla (e consente, quindi, di richiamare, per i fini che in questa sede interessano, la) consolidata giurisprudenza costituzionale che, a partire dalla ben nota sentenza n. 282 del 2002, ha ritenuto che «poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo [...] è costituita 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»<sup>33</sup>, non potendo quindi le «decisioni sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza», nascere da «valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore»<sup>34</sup>, bensì dall'elaborazione di «indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali e sovra-nazionali – a ciò deputati, dato l'«essenziale rilievo» che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici”»<sup>35</sup>.

In terzo luogo, si consideri l'evoluzione tecnica e scientifica che, forse, più di ogni altra ha inciso sulla concreta applicazione dell'interruzione di gravidanza, consentendo in alcuni casi di evitare l'intervento chirurgico<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> TAR Lombardia, sentenza 29 dicembre 2010, n. 7735, che espressamente sottolinea come tale mancata indicazione non è frutto di una dimenticanza o di una svista, neppure è sintomo di incapacità del legislatore: essa rappresenta, al contrario, una «scelta precisa, consapevole e ponderata».

<sup>31</sup> TAR Lombardia, sentenza 29 dicembre 2010, n. 7735.

<sup>32</sup> *Ibid.*

Si vedano le osservazioni svolte al riguardo da A. APRILE, *Interruzione volontaria della gravidanza: casistica medico-legale*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., 1728, secondo cui il medico opera le sue valutazioni individuando sempre più precisamente l'epoca della gestazione e apprezzando lo sviluppo del feto attraverso le «sempre più accurate tecniche ecografiche, continuamente poste a confronto con i risultati e i progressi della scienza sulla materia». Si vedano, volendo, le più ampie considerazioni svolte in B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali*, cit., 687 ss.

<sup>33</sup> Corte cost., sentenza 26 giugno 2002, n. 282. Si vedano, inoltre, Corte cost., sentenza 14 novembre 2003, n. 338, e sentenza 8 maggio 2009, n. 151.

<sup>34</sup> Corte cost., sentenza 5 dicembre 2014, n. 274.

<sup>35</sup> Corte cost., sentenza 26 giugno 2002, n. 282, e, da ultimo, sentenza 18 gennaio 2018, n. 5.

<sup>36</sup> In relazione alla diversa modalità di applicazione del trattamento interruttorio della gravidanza (ossia l'interruzione di gravidanza c.d. farmacologica) si rinvia a F. GRANDI, *Aborto farmacologico e attività di secon-*

In particolare, è possibile, a seconda dell'epoca gestazionale, interrompere la gravidanza per via farmacologica. Questa possibilità, peraltro, è espressamente prevista dalla stessa legge n. 194 del 1978, che impone il necessario aggiornamento non solo sui metodi anticoncezionali, ma anche sull'uso delle «tecniche più moderne, più rispettose dell'integrità fisica e psichica della donna e meno rischiose per l'interruzione della gravidanza» (art. 15)<sup>37</sup>, in tal modo inserendo una clausola generale che consente, attraverso l'evoluzione delle tecniche di applicazione del trattamento, di aggiornare le relative modalità di intervento.

Sempre tenendo conto delle specifiche circostanze del caso concreto, il medico potrà valutare la stessa opportunità di procedere in questa direzione, evidentemente incidendo sulla stessa salute della donna (sia fisica sia psichica) in modo meno invasivo rispetto al trattamento chirurgico.

I maggiori profili di complicazione introdotti da questa nuova modalità, però, restano connessi all'art. 9 della legge n. 194 del 1978 e, quindi, ai tentativi di estendere la portata applicativa del riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza oltre i precisi limiti indicati nella stessa disposizione<sup>38</sup>.

## 6. Osservazioni conclusive

Le considerazioni che si sono svolte rispetto alla disciplina del trattamento interruttivo di gravidanza consentono di individuare nella Costituzione (in particolare nell'art. 32 Cost.) e, quindi, nell'interpretazione della Corte costituzionale un ruolo essenziale per la sua stessa definizione, a partire dalla dichiarazione di incostituzionalità della punizione penale dell'interruzione di gravidanza.

Le peculiarità della materia derivano dai profili problematici non solo giuridici, ma ancor prima etici e morali, che essa pone, in ragione delle posizioni che vengono in rilievo (della donna e della persona che deve ancora diventare) e degli interrogativi intorno alla possibilità di individuare il momento di inizio della vita umana, anche alla luce del progresso scientifico, che ne condiziona le concrete modalità applicative e, soprattutto, il ricorso ai relativi termini tecnici.

Come si è già in altra sede sottolineato, le specifiche modalità di utilizzo spesso non sempre precise di determinate definizioni scientifiche da parte innanzitutto del legislatore, ma anche della Corte costituzionale, hanno talvolta introdotto e introducono ulteriori elementi di complicazione nel rapporto fra scienza e diritto (e anche, spesso, di incomprensione fra opinione pubblica e categorie normative), con inevitabili ricadute sul piano applicativo<sup>39</sup>.

Il percorso interpretativo che ha guidato la Corte costituzionale sembra segnare una coerente linea evolutiva nell'inquadramento dello stesso trattamento sanitario di interruzione volontaria di gravidanza, ponendo come fondamentale punto di riferimento la tutela della salute della donna.

---

*damento: la disobbedienza intermittente nella dimensione dei doveri, in Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 4, 20 dicembre 2013, e ancora a B. LIBERALI, Problematiche costituzionali, cit., 480 ss. e 651 ss.*

<sup>37</sup> In modo significativo 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*, Napoli, 2009, 853, ritiene tale disposizione della legge n. 194 lungimirante.

<sup>38</sup> Sulle sottese problematiche sia consentito, ancora, il rinvio a B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali*, cit., 651 ss.

<sup>39</sup> Si rinvia specificamente a B. LIBERALI, *Scelte definitorie fra scienza e diritto: una questione non solo terminologica*, cit.

Gli ulteriori progressi scientifici non solo nella stessa materia, ma anche in altri e diversi settori, potrebbero condurre a ulteriori e diverse prospettive, anche considerando la recente (e forse problematica) individuazione da parte della Corte costituzionale della «dignità antropologica dell'embrione» (sentenze n. 229 del 2015 e 84 del 2016).

Questo riferimento, se pure è stato reso nella diversa materia della fecondazione medicalmente assistita e con riguardo alla possibile soppressione e al possibile utilizzo a fini di ricerca scientifica di embrioni malati sovrannumerari creati *in vitro* (senza, quindi, che venisse in diretto rilievo la posizione della donna e, in particolare, la tutela della sua salute), introduce una nozione giuridica che già di per sé è di incerto inquadramento e che potrebbe essere ulteriormente declinata in occasione di ancora diverse e future questioni.

# La tutela della salute nella procreazione medicalmente assistita fra progresso scientifico e interpretazione della Corte costituzionale

Marilisa D'Amico\*

THE PROTECTION OF HEALTH IN MEDICALLY ASSISTED PROCREATION BETWEEN SCIENTIFIC PROGRESS AND INTERPRETATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: The following essay focuses on the role of the Constitutional Court in the matter of medically assisted procreation, highlighting the role of constitutional principles in the light of scientific progress.

KEYWORDS: Medically assisted procreation; Constitutional Court; health; scientific progress; judiciary power

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le «esigenze di procreazione» – e non solo la salute della donna – devono essere bilanciate con la tutela dell’embrione, che non risulta assoluta – 3. La salute della donna nella diagnosi genetica preimpianto: problemi interpretativi e prospettive alla luce della sentenza n. 96 del 2015 – 4. La salute “psichica” della donna (e della coppia) nella fecondazione eterologa: il rilievo della scelta “incoercibile” di formare una famiglia anche con figli non genetici – 5. La possibilità di ricerca e sperimentazione scientifica sugli embrioni malati – 6. Conclusioni: legge 40, laicità dello Stato e principi costituzionali

## 1. Introduzione

La disciplina della fecondazione medicalmente assistita rappresenta un settore particolarmente emblematico del rapporto fra diritto ed evoluzione tecnico-scientifica<sup>1</sup>, in ragione dei rilevanti profili problematici emersi a partire dall’entrata in vigore della legge n. 40 del 2004 e attraverso la sua concreta prassi applicativa, coinvolgendo non solo le coppie direttamente destinatarie delle tecniche assistite, ma anche i giudici comuni fino ad arrivare alla Corte costituzionale.

L’impianto complessivo e originario della legge n. 40 del 2004, che costituisce la prima normativa organica in materia, infatti, si fondava essenzialmente sull’affermazione della tutela prevalente della posizione dell’embrione creato attraverso le stesse tecniche riproduttive assistite. Proprio questa impostazione è stata oggetto di numerose decisioni dei giudici ordinari e amministrativi, fino ad arrivare alle note pronunce della Corte costituzionale, che ne ha ricondotto a ragionevolezza i profili maggiormente problematici.

Se, pur a fronte degli interventi della Corte, permane ancora oggi il riconoscimento di una specifica tutela riservata all’embrione (si pensi all’art. 1 della legge che intende tutelare i «diritti di tutti i sog-

\* *Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano. Mail: [marilisa.damico@unimi.it](mailto:marilisa.damico@unimi.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

<sup>1</sup> Sul rapporto fra evoluzione scientifica e diritto si vedano C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012; A. D’ALLOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, e G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008.

Special Issue



getti coinvolti, compreso il concepito»), questa connotazione è andata trasformandosi e ridisegnandosi alla luce di una serie di principi costituzionali che il Giudice delle Leggi ha interpretato con specifico riguardo a tale materia e tenendo sempre conto dell'evoluzione scientifica e tecnica che ne segna, inevitabilmente, la concreta applicazione.

Già nel corso dei lavori preparatori, durante i quali era stata attivata un'istruttoria molto approfondita, con audizione di autorevoli scienziati, erano emersi alcuni punti controversi, ossia, in particolare, quello relativo all'individuazione del momento di inizio della vita umana; quello riguardante le tecniche migliori per ottenere e portare a termine una gravidanza; infine, quello relativo alle potenzialità e anche ai limiti della ricerca scientifica sulle cellule staminali embrionali e adulte.

Durante i lavori di approvazione della legge, era emerso molto chiaramente come gli scienziati non fossero unanimemente concordi sulle soluzioni da predisporre in relazione a tali profili problematici. In particolare, la maggioranza degli scienziati concordava sul fatto che la vita umana prendesse avvio con la creazione di una cellula unica, dopo il procedimento di fusione tra ovulo e spermatozoo; vi era poi chi, invece, riteneva che già con il primo contatto avesse inizio un processo irreversibile che avrebbe condotto alla nascita di una persona.

Ancora, la maggior parte degli scienziati riteneva preferibile il protocollo di creazione di nove embrioni, dei quali alcuni avrebbero potuto essere utilizzati subito e altri, invece, crioconservati, per impedire che la donna si sottoponesse a ripetute stimolazioni ormonali, che sono dannose per la salute; una minoranza di scienziati, invece, preferiva sottoporre la donna a stimolazioni più ravvicinate, ma meno pesanti, evitando la crioconservazione degli embrioni<sup>2</sup>.

Infine, si affermava che le cellule staminali embrionali, essendo totipotenti, possedessero caratteristiche molto più adatte per la ricerca scientifica rispetto a quelle adulte e che permettessero di curare alcuni tipi di malattie<sup>3</sup>; al contrario, vi era chi riteneva che le caratteristiche delle cellule adulte, essendo più stabili, avrebbero condotto a risultati migliori.

Come è noto, durante i lavori parlamentari si era creata una maggioranza trasversale rispetto alle formazioni politiche, che univa rispettivamente laici e cattolici. Quest'ultima componente, come è altrettanto noto, ha ottenuto l'approvazione di un testo che, come si è sottolineato, è orientato (o, almeno, lo era in modo particolarmente evidente prima delle decisioni della Corte costituzionale) ad assicurare in via prevalente la tutela dell'embrione e assume il punto di vista scientifico di una minoranza di scienziati<sup>4</sup>.

Come si vedrà successivamente questa impostazione, che in materie caratterizzate dall'evoluzione e dal progresso scientifico irrigidisce la normativa di riferimento con indubbie (e negative) conseguenze in punto di garanzia dei diritti soggettivi, è stata sotto diversi aspetti ridisegnata dalla Corte costituzionale, facendo riferimento, innanzitutto, alla tutela del diritto alla salute della donna e, di conseguenza, ai margini di autonomia e anche di responsabilità che devono essere riconosciuti al medico,

<sup>2</sup> Si rinvia, volendo, per questi profili a M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016.

<sup>3</sup> Si veda al riguardo in particolare la Relazione Dulbecco del 28 dicembre 2000, risultato dei lavori della Commissione ministeriale indetta con Decreto del Ministro della Salute del 6 settembre 2000, in [www.ipocm.ministerosalute.it/ims/C\\_17\\_bacheca](http://www.ipocm.ministerosalute.it/ims/C_17_bacheca) (24 giugno 2008).

<sup>4</sup> Si vedano ancora le più ampie considerazioni svolte in M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit.

unico soggetto in grado di valutare caso per caso il più idoneo protocollo medico e sanitario da applicare<sup>5</sup>.

La misura del contributo che la Corte costituzionale ha offerto nel ricondurre a ragionevolezza – e dunque nel garantire effettiva tutela alla posizione della donna, con specifico riferimento al suo diritto alla salute – è apprezzabile, in modo significativo, considerando alcuni specifici settori di intervento in questa materia, dove vengono in rilievo da un lato il progresso scientifico che consente di ottenere risultati fino a qualche tempo fa nemmeno immaginabili (si pensi alla stessa possibilità di creare embrioni in vitro; oppure all'applicazione di esami diagnostici preimpianto; o ancora alla possibilità tecnica di svolgere attività di ricerca e di sperimentazione sugli embrioni in vitro) e dall'altro lato la necessità di predisporre una disciplina che bilanci le posizioni dei diversi soggetti coinvolti (non solo la coppia e, innanzitutto, la donna, ma anche il medico che applica i trattamenti e lo scienziato che può svolgere attività di ricerca sulle cellule staminali e sugli embrioni; certamente l'embrione creato in vitro o in vivo).

Il profilo della materia in cui risulta particolarmente emblematico il rapporto fra evoluzione della coscienza sociale, sviluppo delle tecniche, attività normativa e ruolo della Corte costituzionale riguarda innanzitutto le concrete modalità di applicazione della tecnica di fecondazione di tipo omologo, ossia con il ricorso ai gameti interni alla coppia, in relazione alla quale la legge prevedeva originariamente l'obbligo di creare fino a un massimo di tre embrioni per ogni ciclo di stimolazione con successivo unico e contemporaneo impianto. Vengono inoltre in rilievo la diagnosi genetica preimpianto, che pur consentendo di ottenere informazioni sullo stato di salute dell'embrione creato in vitro era un esame diagnostico originariamente vietato alla luce dell'interpretazione di una serie di disposizioni della legge n. 40 e anche delle prime linee guida ministeriali del 2004; l'applicazione della specifica tecnica riproduttiva assistita cd. eterologa, ossia con il ricorso alla donazione di gameti esterni alla coppia, che ora è possibile applicare a seguito dell'intervento della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del relativo divieto assoluto; infine la (eventuale) regolamentazione dell'attività di ricerca e sperimentazione su una specifica categoria di embrioni (quelli prodotti in sovrannumero e malati, dunque non destinati all'impianto in utero, ma alla crioconservazione).

Tutti questi ambiti di riflessione sono caratterizzati dai profili che si sono sottolineati, ossia dall'influenza che su di essi inevitabilmente dispiega lo sviluppo delle conoscenze e delle tecniche scientifiche e dalle conseguenze che, in termini di tutela effettiva dei diritti dei soggetti coinvolti, dispiega l'intervento normativo del legislatore, laddove decida di aderire o discostarsi dall'impostazione scientifica maggioritaria.

Inoltre, le riflessioni su tali specifici settori, che mirano a far emergere dalle decisioni della Corte la portata della sua stessa attività interpretativa dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali sottesi, devono necessariamente tenere conto, in generale, del contesto sociale e culturale in cui sia il progresso scientifico che caratterizza l'applicazione delle tecniche riproduttive assistite, sia le scelte del legislatore inevitabilmente si inseriscono.

---

<sup>5</sup> Al riguardo, viene innanzitutto in rilievo la ormai costante giurisprudenza costituzionale che, a partire dalle sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002, riconosce che, «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentenza n. 151 del 2009).

La possibilità di creare un numero di embrioni adatto per il singolo caso concreto senza obbligo di procedere con un unico e contemporaneo impianto, quella di svolgere esami diagnostici preimpianto sugli embrioni (con evidenti ricadute in termini di scelta sulla prosecuzione della procedura di fecondazione assistita), il ricorso a uno o a entrambi i gameti esterni alla coppia, così come pure la possibilità di utilizzare gli embrioni (pure sovrannumerari e malati) ai fini della ricerca e sperimentazione scientifica pongono indubbiamente, infatti, notevoli problemi di ordine etico e morale e sono suscettibili di confrontarsi con la stessa evoluzione della coscienza sociale.

Proprio a quest'ultima, peraltro, la stessa Corte costituzionale ha fatto espresso riferimento in numerose occasioni e, con particolare riferimento alla legge n. 40, nella sentenza n. 84 del 2016, laddove ha sottolineato come la composizione dei «valori fondamentali» è demandata al legislatore «quale interprete della volontà della collettività, [...] tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»<sup>6</sup>.

## 2. Le «esigenze di procreazione» – e non solo la salute della donna – devono essere bilanciate con la tutela dell'embrione, che non risulta assoluta

La prima decisiva occasione in cui la Corte costituzionale sviluppa un percorso interpretativo sui parametri costituzionali evocati – in particolare, sull'art. 32 Cost. – in materia di procreazione assistita è costituita dalla nota sentenza n. 151 del 2009. La Corte, come si è ricordato, dichiara incostituzionali i limiti posti alla creazione degli embrioni, consentendo al medico di individuare il numero strettamente necessario per il singolo caso concreto, e l'obbligo di unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni creati per ogni ciclo di stimolazione, con possibilità di differimento per ogni causa connessa alla salute della donna<sup>7</sup>.

Con questa decisione la Corte, oltre a riconsegnare al medico il suo ruolo essenziale nella valutazione del concreto protocollo da applicare, tenendo conto delle effettive condizioni di salute della donna, individua per la prima volta un nuovo principio costituzionale, le cd. esigenze di procreazione, ricavato da un'interpretazione evolutiva degli artt. 30 e 31 Cost.

Queste ultime consistono, in particolare, nella possibilità di instaurare una gravidanza e, a questo fine, si rivela necessario un bilanciamento fra le diverse posizioni giuridiche diverso da quello individuato nell'originario impianto della legge n. 40.

Secondo la Corte, peraltro, la stessa disciplina già prevedeva un limite alla tutela dell'embrione perché la stessa limitazione al numero massimo di tre embrioni da produrre per ogni ciclo di stimolazione ammetteva che alcuni di essi potessero non proseguire nello sviluppo e dunque potessero non dare avvio alla gravidanza. In tal modo quindi, si affievoliva la tutela del singolo embrione, per assicurare un (pur limitato) margine di successo quanto ad aspettative di gravidanza.

<sup>6</sup> In senso critico, rispetto al ricorso ai «valori» e, in particolare nelle sentenze nn. 84 del 2016 e 229 del 2015, alla nozione di «dignità» anche antropologica dell'embrione, si veda B. LIBERALI, *Scelte definitive fra scienza e diritto: una questione non solo terminologica*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 241 ss.

<sup>7</sup> Sia consentito il rinvio alle più ampie considerazioni svolte in M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, 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, 214 ss.

La Corte dunque nel dichiarare l'incostituzionalità di quei limiti sottolinea come «la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione».

Le esigenze di procreazione, dunque, limitano la tutela dell'embrione, unitamente alla salute della donna, e fondano le ragioni della caducazione delle previsioni della legge n. 40 che non permettevano una valutazione concreta delle specifiche condizioni di salute della donna e affievolivano la stessa possibilità di garantire concrete aspettative di gravidanza. Queste ultime, peraltro, costituiscono lo stesso obiettivo dichiarato della stessa legge n. 40, ossia quello di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1).

Questa decisione rappresenta una delle grandi decisioni di principio sui temi dell'inizio della vita, come in materia di aborto in particolare la sentenza n. 27 del 1975. Anche in quella occasione la Corte costituzionale, modificando l'impostazione della repressione penale dell'interruzione volontaria di gravidanza, ha offerto all'ordinamento il bilanciamento costituzionalmente corretto: quello tra la salute della donna e la vita del nascituro, fra cui non vi è equivalenza fra chi è già persona e chi persona deve ancora diventare.

La valorizzazione delle aspettative di gravidanza e dunque la definizione delle esigenze di procreazione sebbene non possano condurre all'individuazione di un vero e proprio diritto alla procreazione mostrano l'avvio di un rilevante percorso argomentativo e interpretativo dei parametri costituzionali evocati (in particolare, gli artt. 2, 3 e 32 Cost.), che condurrà la Corte, sempre in materia di procreazione assistita, a enucleare il diritto di scegliere di formare una famiglia anche con figli e anche non genetici (sentenza n. 162 del 2014, che rende legittima la fecondazione eterologa) e il diritto di perseguire l'obiettivo (già peraltro garantito dall'ordinamento con la legge n. 194 del 1978) di procreare un figlio sano e non affetto dalla malattia genetica di cui sono portatori i genitori (sentenza n. 96 del 2015, che rende legittimo l'accesso alle tecniche e dunque anche alla diagnosi preimpianto anche alle coppie né sterili né infertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili)<sup>8</sup>. Un percorso che sembra ricevere un ulteriore decisivo contributo, grazie alla sentenza n. 221 del 2019, che dichiara infondate le ben diverse questioni relative al divieto di accesso alle tecniche (in particolare quella eterologa) per le coppie omosessuali femminili<sup>9</sup>.

### 3. La salute della donna nella diagnosi genetica preimpianto: problemi interpretativi e prospettive alla luce della sentenza n. 96 del 2015

Come è noto, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 40 la legittimità dell'esame diagnostico preimpianto è stata messa in discussione, a partire da alcune disposizioni che, in modo non univoco,

<sup>8</sup> Sulla possibilità di ricostruire un vero e proprio diritto alla procreazione si vedano F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti 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*, Milano, 2011, 1341 ss., e B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 699 ss.

<sup>9</sup> Le motivazioni della sentenza n. 221 del 2019 sono state depositate nelle more della pubblicazione del presente contributo, il 23 ottobre 2019.

sembravano impedire di utilizzare le informazioni ottenibili al fine di decidere sul successivo impianto degli embrioni.

La diagnosi genetica preimpianto costituisce infatti un esame che permette di conoscere lo stato di salute degli embrioni prima dell'impianto in utero. A partire da questo momento, invece, è possibile svolgere solo gli esami diagnostici prenatali, che sono parimenti funzionali a fornire informazioni sullo stato di salute del feto.

La diagnosi genetica preimpianto, tecnica resa possibile dall'evoluzione scientifica, poneva notevoli problematiche di ordine anche etico e morale, poiché le informazioni assunte sulle eventuali malattie dell'embrione avrebbero potuto essere utilizzate per evitare il tentativo di avvio della gravidanza. Una volta assunta l'informazione circa la salute dell'embrione, infatti, si sarebbe potuta arrestare la procedura, non proseguendo con l'impianto in utero. L'art. 14 (prima della sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale), invece, imponeva che l'impianto avrebbe dovuto essere immediatamente eseguito.

A questo proposito, l'art. 13 vieta ogni tipo di sperimentazione sugli embrioni umani, consentendo solo la ricerca clinica e sperimentale «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». Restava in ogni caso preclusa la produzione di embrioni umani esclusivamente per fini di ricerca o di sperimentazione (o comunque a fini diversi da quelli previsti dalla legge), oltre che ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi diretti ad alterare il patrimonio genetico o a predeterminarne caratteristiche genetiche (sempre facendo salvi interventi con finalità diagnostiche e terapeutiche). E così sono vietati anche interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca, come anche le procedure di fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa o la produzione di ibridi o di chimere.

Le finalità diagnostiche connesse allo sviluppo e alla cura dell'embrione che rendevano legittima la diagnosi preimpianto non potevano dunque essere utilizzate per evitare il successivo impianto, in considerazione delle ulteriori previsioni della legge n. 40 che imponevano la creazione di un massimo di tre embrioni per ogni ciclo di stimolazione ovarica con obbligo di contestuale e immediato impianto in utero (art. 14, poi dichiarato parzialmente incostituzionale con la sentenza n. 151 del 2009, con cui la Corte costituzionale ha reso possibile non solo la creazione del numero strettamente necessario di embrioni per i diversi casi concreti, eliminando il numero massimo prima previsto, ma anche il differimento dell'impianto per ogni tipo di pregiudizio per la salute della donna).

Tale aspetto della disciplina è stato oggetto della prima questione di legittimità sollevata dinanzi a un giudice, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 40: questione dichiarata manifestamente infondata dal Tribunale di Catania, con una complessa e discutibile ordinanza nella quale, condividendo lo spirito della legge, il giudice *a quo* entrava nel merito di un giudizio spettante alla Corte costituzionale e rifiutava il rinvio soprattutto per il motivo che si trattava di una legge "nuova"<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Tribunale di Catania, ordinanza 3 maggio 2004, sulla quale sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? In margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004*,



Come è altrettanto noto, si sono succedute nel corso degli anni numerose vicende giudiziarie aventi a oggetto la diagnosi preimpianto, che hanno successivamente condotto alcuni giudici a individuare una interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni della legge n. 40, nel senso di permettere l'esecuzione dell'esame diagnostico, ovviamente entro i limiti soggettivi e oggettivi posti in generale dalla disciplina<sup>11</sup>. In particolare, per i fini che qui interessano, la diagnosi preimpianto avrebbe potuto essere eseguita solo nei confronti delle coppie sterili e infertili (con esclusione, almeno fino alla sentenza n. 96 del 2015 su cui si tornerà oltre, delle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili).

Il riconoscimento diretto del diritto, da parte del giudice comune, soggetto inevitabilmente alle incertezze dovute alla natura individuale della decisione e alla possibilità che, invece, altri giudici non seguissero questa stessa interpretazione, è certamente un punto di arrivo importante, che ha evitato l'applicazione di un divieto del tutto irragionevole e profondamente lesivo della dignità, oltre che della salute, della donna.

Non bisogna peraltro dimenticare che tali decisioni intervengono dopo che la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 369 del 2006 non era entrata nel merito, dichiarando la medesima questione manifestamente inammissibile in ragione della contraddizione in cui era incorso il giudice rimettente che, pur traendo il divieto della diagnosi preimpianto non soltanto dalla norma censurata ma anche dall'interpretazione della legge alla luce dei suoi criteri ispiratori e dalla disciplina complessiva delle procedure di fecondazione assistita (che comprendono l'irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo, il divieto di creare embrioni in numero superiore a tre, il divieto di crioconservazione e di soppressione), aveva sollevato la questione solo sulla prima previsione.

Il giudice comune, quindi, superando il dato letterale delle disposizioni da cui veniva tratto il divieto di diagnosi preimpianto, riconosce direttamente questo tipo di prestazione, solo in capo ai soggetti legittimati ad accedere alle tecniche di fecondazione assistita (ossia coppie eterosessuali, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile e maggiorenni, viventi) e allo scopo di accertare eventuali malattie degli embrioni, con ciò assicurandosi una adeguata informazione sul loro stato di salute nella prospettiva del futuro impianto.

Benché questo percorso interpretativo sia stato confermato anche in altre occasioni<sup>12</sup>, non si possono non porre in luce i profili problematici connessi alla necessità di garantire un'applicazione omogenea delle disposizioni della legge n. 40 connesse alla diagnosi preimpianto.

Ha assunto quindi un rilievo decisivo in questa direzione la sentenza del TAR del Lazio, che ha dichiarato illegittime per violazione del principio di legalità le linee guida ministeriali del 2004, nella parte in cui limitavano al solo tipo osservazionale la diagnosi preimpianto<sup>13</sup>.

---

in A. CELOTTO, N. ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004.

<sup>11</sup> Tribunale di Cagliari, sentenza 22 settembre 2007, a commento della quale sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, *Il divieto di diagnosi "preimpianto". Fra Corte Costituzionale e giudici comuni sul problema postosi a Cagliari*, in *Bioetica*, IV, 2007, 147 ss., e a I. PELLIZZONE, *Fecondazione assistita e interpretazione conforme. Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 594 ss.

<sup>12</sup> Tribunale di Firenze, sentenza 17 dicembre 2007.

Se, quindi, alla luce dell'interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni della legge n. 40 e a fronte della dichiarazione di illegittimità delle linee guida con specifico riguardo al limite della diagnosi solo osservazionale, poteva già considerarsi pienamente legittima la diagnosi preimpianto sugli embrioni al fine di decidere se proseguire o meno con la procedura di fecondazione assistita (soprattutto tenendo conto della sentenza n. 151 del 2009, che ha eliminato la previsione dell'obbligo dell'immediato, unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni creati), occorre attendere la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale per ritenere definitivamente superato ogni dubbio interpretativo<sup>14</sup>.

Con questa decisione infatti la Corte giunge a riconoscere la possibilità di svolgere la diagnosi preimpianto anche per le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche. Ampliando la platea delle coppie destinatarie delle tecniche assistite, con specifico riguardo alla diagnosi preimpianto, si riconosce espressamente la piena legittimità di questo tipo di esame.

Di questi medesimi profili, peraltro, si era direttamente occupata anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nella decisione Costa e Pavan contro Italia (2012), riconoscendo la violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea, ossia del diritto al rispetto alla vita privata e familiare, in ragione del fatto che il nostro ordinamento da un lato riconosce la diagnosi prenatale e il conseguente accesso all'interruzione di gravidanza (legge n. 194 del 1978), mentre dall'altro preclude (prima del successivo intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 96 del 2015) l'esecuzione dell'esame diagnostico preimpianto, a fronte delle stesse condizioni, con ciò impedendo la possibilità di rifiutare l'impianto degli embrioni malati<sup>15</sup>.

Il riconoscimento operato con la sentenza n. 96 si fonda, in particolare, sulla necessità di garantire la salute della donna (sulla quale inevitabilmente le tecniche di fecondazione assistita si riverberano con un maggior grado di invasività, rispetto al componente maschile della coppia).

La diagnosi genetica preimpianto infatti lungi dal poter risolvere le eventuali patologie di cui uno o entrambi i componenti della coppia sono portatori consente di raggiungere un altrettanto fondamentale risultato: quello di far ottenere alla coppia (o meglio alla donna) una informazione (quella sullo stato di salute dell'embrione creato in vitro) che consente di autodeterminarsi nelle scelte pro-

<sup>13</sup> TAR Lazio, sez. III *quater*, sentenza 21 gennaio 2008, n. 398, su cui si vedano R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La nuova legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Milano, 2008.

<sup>14</sup> A commento della decisione n. 96 si vedano G. FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, X, 2015, 582 ss.; A. IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2015, 805 ss.; 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.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, 755 ss., e 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](http://www.costituzionalismo.it), 2016.

<sup>15</sup> A commento della decisione della Corte Europea si vedano le considerazioni 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 [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1, 2013.

creative (ossia nella decisione se proseguire o meno con la procedura, scegliendo se procedere con l'impianto in utero dell'embrione).

Poiché nel nostro ordinamento già la legge n. 194 del 1978 consente di interrompere la gravidanza a determinate condizioni anche in presenza di anomalie o malformazioni del nascituro (art. 6), risulta irragionevole non consentire alla donna di ottenere prima le medesime informazioni sullo stato di salute dell'embrione che consentono addirittura a uno stadio di sviluppo più avanzato di interrompere la gravidanza.

Il diritto alla salute della donna, quindi, risulta centrale nelle motivazioni che conducono la Corte a riconoscere l'accesso all'esame diagnostico preimpianto, in ragione delle conseguenze negative per la stessa salute che si potrebbero determinare in caso di instaurazione della gravidanza, cui dovesse seguire una diagnosi (prenatale) di trasmissione di quella stessa malattia di cui sono portatori i componenti della coppia, con successiva (pur eventuale) decisione di interrompere la gravidanza.

Risulta particolarmente significativo anche il passaggio in cui la Corte, nel ribadire questi profili, richiama anche il ruolo del progresso scientifico in materia.

Infatti, nel censurare il divieto di accesso alla diagnosi per questa particolare categoria di coppie, nella sentenza n. 96 si sottolinea che esso «non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute».

Da un lato quindi il progresso scientifico ha reso ormai possibile non solo creare in vitro gli embrioni e poi impiantarli in utero dando avvio a una gravidanza (al pari di una procreazione naturale), ma anche svolgere esami diagnostici prima dello stesso impianto; dall'altro lato proprio il progresso scientifico che ha reso possibile questo strumentario tecnico rende «più pregiudizievole» per la salute della donna il ricorso al trattamento interruttivo della gravidanza<sup>16</sup>.

L'interpretazione dello stesso art. 32 Cost., dunque, si evolve e si adatta alla luce del progresso scientifico, che, consentendo di ricorrere a un nuovo esame diagnostico, è in grado di eliminare le conseguenze negative che possono determinarsi nei confronti della donna che decida di interrompere la gravidanza, in ragione di patologie geneticamente trasmesse.

Occorre da ultimo sottolineare che la Corte nella sua decisione richiama il necessario intervento del legislatore, sia con riguardo alla «auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA», sia rispetto alla «opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle».

Alla luce delle argomentazioni che sorreggono la decisione, si può rilevare il carattere fortemente problematico di queste ulteriori indicazioni, in ragione, in particolare, della perdurante inerzia del legislatore.

---

<sup>16</sup> Sul mutamento di prospettiva della Corte costituzionale che giunge a qualificare l'interruzione di gravidanza quale modalità più traumatica per la salute della donna per raggiungere l'obiettivo di non trasmettere patologie genetiche, mentre con la sentenza n. 27 del 1975 l'aveva ritenuta un intervento teso a garantire la salute o la vita della donna si vedano le più ampie considerazioni svolte da B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 165 ss.

Pur dovendosi considerare infatti che non vi è ancora un elenco di patologie cui fare riferimento né vi sono le condizioni per l'autorizzazione e il controllo delle strutture (qualificate espressamente dalla Corte come «apposite strutture pubbliche»), si deve ritenere che alla sentenza n. 96 si possa e si debba dare effettiva e immediata applicazione, in ragione del richiamo ai «criteri di gravità» di cui all'art. 6, comma primo, lett. b, della legge n. 194 del 1978 (che disciplina l'accesso al trattamento ininterrottivo di gravidanza oltre i primi tre mesi).

A questo proposito si consideri anche che con la successiva sentenza n. 229 del 2015 la Corte ha ulteriormente chiarito i confini penali della condotta dei medici che, applicando le tecniche assistite e anche la diagnosi preimpianto, sono legittimati a individuare gli embrioni a cui non è stata trasmessa la malattia genetica della coppia, in relazione al successivo impianto in utero. entro dunque i limiti disegnati dalla sentenza n. 96, la condotta selettiva degli embrioni diviene lecita, laddove cioè essa sia «volta esclusivamente ad evitare il trasferimento nell'utero della donna di embrioni che, dalla diagnosi preimpianto, siano risultati affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978, accertate da apposite strutture pubbliche» (sentenza n. 229 del 2015).

Ancora una volta, dunque, la Corte fa riferimento alla necessità di tutelare la salute della donna e, richiamando il proprio precedente (sentenza n. 96), riconduce a ragionevolezza anche le previsioni di cui all'art. 13 della legge n. 40, dichiarandone di conseguenza l'incostituzionalità<sup>17</sup>.

#### 4. La salute “psichica” della donna (e della coppia) nella fecondazione eterologa: il rilievo della scelta “incoercibile” di formare una famiglia anche con figli non genetici

Come è noto il divieto assoluto di donazione dei gameti esterni alla coppia è stato al centro di un lungo percorso giurisprudenziale che ha poi condotto alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, comma terzo, della legge n. 40 del 2004, intervenuta con la sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Sulla sentenza n. 229 del 2015 si vedano le osservazioni di I. PELLIZZONE, *Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e della soppressione degli embrioni malati*, in *Studium Iuris*, VII-VIII, 2016, 826 ss.

<sup>18</sup> Si vedano sulla prima decisione in materia della Corte costituzionale (ordinanza n. 150 del 2012) E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, *ivi*; I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perchè la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3, 2012, e R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2013. Sulla sentenza n. 162 del 2014, si rinvia a C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in [www.confronticostituzionali.eu](http://www.confronticostituzionali.eu), 2014; A. COSSIRI, *Il limite degli obblighi internazionali tra funzione ermeneutica e residualità a margine della sentenza del 10 giugno 2014, n. 162*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2014, 631 ss.; G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione “eterologa”: il peccato di Ulisse*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2014, 663 ss.; L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2014, 1005 ss.; G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in

Ciò che interessa particolarmente in questa sede porre in evidenza è il percorso con cui la Corte giunge a interpretare l'art. 32 Cost. e dunque la portata del diritto alla salute, con specifico riferimento alle tecniche procreative assistite.

La Corte infatti con la sentenza n. 162 ricomprende direttamente nella tutela predisposta dall'art. 32 Cost. anche la posizione delle coppie infertili e sterili in grado assoluto, tale da richiedere, come unica possibilità per dare avvio a una gravidanza, la donazione di uno o entrambi i gameti esterni ai componenti delle stesse coppie.

In particolare, e in modo significativo, il diritto alla salute – che, nella sua accezione propriamente fisica, aveva condotto già nella sentenza n. 151 del 2009 alla dichiarazione di incostituzionalità di alcuni irragionevoli limiti posti dalla legge n. 40 alle modalità applicative delle tecniche assistite – assume una valenza (esclusivamente) psichica nella sentenza n. 162, conducendo all'eliminazione del divieto di donazione di gameti.

L'applicazione di questa tecnica infatti non risolve in via definitiva o non attenua la specifica patologia da cui sono affetti i componenti della coppia richiedente (ossia, come si è detto, una sterilità e infertilità in grado assoluto, che non viene affatto superata dal ricorso ai gameti esterni).

Ciò che la Corte garantisce, con l'eliminazione del divieto, è, in fondo, la salute di tipo psicologico, strettamente connessa con le stesse esigenze procreative già individuate con la sentenza n. 151, che devono poter trovare effettiva garanzia anche nei casi in cui la condizione di salute della coppia sia maggiormente compromessa.

La sentenza n. 162, ricordando come la tutela della salute psichica debba essere pari a quella fisica, ritiene che non possano assumere rilievo dirimente le differenze fra le due tecniche di fecondazione assistita (omologa ed eterologa), nonostante «soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia».

In questa prospettiva, allora, assume un rilievo centrale, per la stessa interpretazione dell'art. 32 Cost. e, in particolare, del diritto alla salute nella sua accezione psichica, la possibilità di formare una famiglia con figli attraverso le tecniche di fecondazione assistita. Il divieto di ricorrere all'unica tecnica che per determinate coppie consente di realizzare questa possibilità, secondo la Corte, incide «negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data».

Questo passaggio della motivazione è particolarmente rilevante, poiché avvicina le riflessioni sul diritto alla salute e sulla sua tutela (e quindi sull'interpretazione dell'art. 32 Cost.) a quelle che riguardano la sfera della vita privata e familiare.

Secondo la Corte, infatti, la scelta di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, [...] è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare». Le eventuali limitazioni a questa libertà (come per esempio il divieto di ricorrere alla tecnica eterologa) devono

---

*Corriere giuridico*, VIII-IX, 2014, 1068 ss., e A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014.

quindi essere «ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango»<sup>19</sup>.

La sentenza n. 162 del 2014, quindi, si inserisce nella linea tracciata dalla prima sentenza n. 151 del 2009, come emerge dal passaggio della motivazione in cui la Corte costituzionale afferma che «la procreazione medicalmente assistita coinvolge “plurime esigenze costituzionali” [...] e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango. Questi, nel loro complesso, richiedono “un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa” ad ognuno [...], avendo, infatti, questa Corte già affermato che la stessa “tutela dell’embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione”».

Proprio queste giuste esigenze della procreazione implicano, quindi, un bilanciamento tra il diritto della coppia assolutamente sterile o infertile di scegliere se avere dei figli e se avvalersi delle tecniche assistite di tipo eterologo e gli ulteriori valori e interessi costituzionali che vengono in rilievo, mentre il divieto assoluto posto a tale tecnica frustrava irrimediabilmente la libertà di autodeterminazione della coppia sterile o infertile di scegliere liberamente se diventare genitori; una libertà cui la Corte costituzionale ha ritenuto di dover riconoscere una precisa copertura costituzionale.

A differenza della sentenza n. 151 del 2009 la Corte non ha fatto riferimento solo alle coppie, ma, decidendo di analizzare la questione partendo dall'art. 2 Cost., ha affermato che la scelta di ricorrere alla scienza per diventare genitore, «concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile».

Come si è già evidenziato con riguardo alle problematiche sottese alla diagnosi genetica preimpianto, anche il rilievo del dato scientifico assume una specifica valenza nelle motivazioni della Corte. E infatti, in relazione al diritto alla salute nella sentenza n. 162 si ribadisce il principio secondo cui la discrezionalità legislativa, sul merito di scelte terapeutiche, non deve essere assoluta.

Essa, in particolare, non può nascere da valutazioni di mera discrezionalità politica, ma deve necessariamente tenere conto degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite.

La regola di fondo in merito alla selezione dei trattamenti terapeutici (e, in questo caso, in merito alla scelta fra tecnica omologa ed eterologa) deve essere quella dell'autonomia e della responsabilità del medico, poiché non si tratta di «soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango».

In tal modo viene rivolta una precisa indicazione di metodo al legislatore, che dovrebbe ricorrere a norme aperte e flessibili, garantendo idonei margini di autonomia al medico tenendo conto dell'evoluzione scientifica.

<sup>19</sup> Sulla possibile ricostruzione di un vero e proprio diritto alla procreazione, si vedano, ancora, F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, cit., e B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit.



## 5. La possibilità di ricerca e sperimentazione scientifica sugli embrioni malati

Il terzo ambito regolato dalla legge n. 40 del 2004 in cui emerge il rapporto fra evoluzione del progresso tecnico, evoluzione della coscienza sociale e interpretazione dei parametri costituzionali è costituito dalla ricerca sugli embrioni.

La legge n. 40 pone all'art. 13, come si è già visto in relazione alla diagnosi genetica preimpianto, un divieto generale e assoluto per ogni tipo di sperimentazione sugli embrioni, di produzione di embrioni umani per scopi di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello stabilito dalla disciplina, di ogni forma di selezione eugenetica degli embrioni e dei gameti, di interventi che attraverso la selezione, la manipolazione o il ricorso a procedimenti artificiali alterino il patrimonio genetico degli embrioni o dei gameti o ne predeterminino le caratteristiche genetiche; di interventi di clonazione con il trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca, di fecondazione di un gamete umano con un gamete di una specie diversa e della produzione di ibridi o di chimere.

La ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni è permessa quando si perseguano finalità esclusivamente di tipo terapeutico e diagnostico per garantire la tutela della salute e lo sviluppo degli stessi. Il ricorso alla ricerca clinica e sperimentale così limitata può aversi solo laddove non vi siano altre metodologie idonee a raggiungere lo stesso risultato.

Proprio su tali limitazioni viene sollevata alla Corte costituzionale questione di legittimità, limitata alla parte di divieto che riguarda i cd. embrioni sovranumerari, ossia quelli crioconservati, ma in ogni caso inutilizzabili, per volontà della coppia o per impossibilità accertata da parte del medico, perché malati o residuali a seguito di una diagnosi preimpianto.

Anche con riguardo a questo profilo, come è accaduto per la questione relativa alla diagnosi genetica preimpianto per le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche, viene in rilievo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che si pronuncia nei confronti dell'Italia nel caso Parrillo (2015). La Corte Europea se da un lato ha escluso la violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea, dall'altro ha ritenuto non ricevibile il ricorso con riguardo alla asserita violazione del diritto di proprietà, poiché gli embrioni non possono essere qualificati come veri e propri beni<sup>20</sup>.

Come si è in altra sede sottolineato<sup>21</sup>, la Corte costituzionale, non accogliendo le questioni con la sentenza n. 84 del 2016, da un lato individua la nozione di dignità dell'embrione anche laddove malato, impedendo ogni bilanciamento con ulteriori interessi (come quelli connessi alla ricerca scientifica) e dall'altro lato escludendo l'attivazione di poteri istruttori impedisce ogni valutazione scientifica nell'approccio alle problematiche sottese alla ricerca sugli embrioni.

La sentenza n. 84 si segnala in particolare per l'impostazione contraddittoria rispetto ai precedenti in materia della stessa Corte, con cui, come si è visto, valorizzando i parametri costituzionali evocati si erano ricondotti a ragionevolezza diversi profili critici della disciplina.

<sup>20</sup> Si vedano le più approfondite riflessioni svolte in 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](http://www.forumcostituzionale.it), 29 settembre 2015.

<sup>21</sup> M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 171 ss.

In questo specifico settore, quello della ricerca e della sperimentazione sugli embrioni malati, la Corte individua il «conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della ricerca ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto».

Con riguardo all'embrione la Corte specifica che dalla sua giurisprudenza emerge che «la dignità dell'embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza), costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale “riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.” (sentenza n. 229 del 2015)». Inoltre, la tutela dello stesso embrione non può affievolirsi «per il solo fatto che si tratti di embrioni affetti da malformazione genetica», benché essa debba essere bilanciata sia con le ricordate esigenze della procreazione sia, ovviamente, con la salute della donna.

Di fronte a quella che la Corte ricorda essere «“una scelta tragica”, tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell'embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica [...] la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale».

Ampio riconoscimento dunque alla sfera di discrezionalità del legislatore, cui solo compete la valutazione intorno alla stessa opportunità sulla base delle evidenze scientifiche di introdurre una disciplina sull'utilizzo a fini di ricerca degli embrioni malati, con espresso riferimento al panorama scientifico in cui non sarebbe individuabile una unica posizione condivisa.

Il riferimento agli orientamenti e alle istanze «maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale» operato dalla Corte conferma la chiave di lettura delineata nelle osservazioni introduttive, ponendo però ulteriori profili (problematici) nella stessa valutazione di questo approccio, soprattutto laddove si introducano, nel ragionamento non solo giuridico, ma soprattutto scientifico, i «valori», che devono essere composti dal legislatore facendo riferimento alla coscienza sociale e alla sua evoluzione.

Ci si può ulteriormente interrogare sulla tecnica decisoria della Corte costituzionale, poiché essa in definitiva lascia aperte, in fondo, una serie di rilevanti problematiche, considerando soprattutto che, a distanza di ormai tre anni, il legislatore non ha inteso cogliere questa indicazione e provvedere alla definizione di una disciplina che indichi le modalità e i termini di una possibile attività di ricerca scientifica sugli embrioni (pur sempre non destinati all'impianto in utero perché malati).

## 6. Conclusioni: legge 40, laicità dello Stato e principi costituzionali

A distanza di 15 anni dall'entrata in vigore della legge n. 40 e di 10 anni dalla prima di una serie di pronunce della Corte costituzionale che ne hanno modificato la *ratio* e ridisegnato i confini normativi, possiamo ragionare sul percorso giurisprudenziale che ha fatto emergere e ha valorizzato tutti i principi costituzionali implicati, in nome del valore supremo della laicità.

Non è eccessivo affermare che tale vicenda costituisce oggi un capitolo importante nella storia del nostro stato costituzionale.

Va apprezzata la complessa trama fra le scelte legislative, ispirate al principio di precauzione e al maldestro tentativo di limitare la scienza, e le pronunce del giudice costituzionale, ispirate alla necessità, tipica di uno stato laico, di eliminare eccessi, reintrodurre il bilanciamento fra diversi e coesistenti principi e valorizzare l'autonomia della scienza.

Un quadro, quello degli ultimi dieci anni, nel quale le decisioni costituzionali sono state accompagnate e stimolate da decisioni dei giudici comuni e anche precedute o seguite da pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in un panorama composito, a tratti contraddittorio, che ha reso però evidente la ricchezza del nostro stato costituzionale.

Al tempo stesso, per il costituzionalista, la complessa storia della legge n. 40 mostra pienamente la capacità espansiva dei principi costituzionali e il ruolo centrale, anche se problematico, del giudice costituzionale.

Se è vero che quest'ultimo, come è successo, riesce ad avere l'ultima parola, riuscendo a garantire "nuovi" diritti e ponendosi al passo dei tempi, anche in settori dove centrale è il ruolo della scienza, è vero anche che tali poteri discrezionali di fatto sono molto vicini a quelli del legislatore.

Rimangono non del tutto irrisolti – alla luce, in particolare, della recente sentenza n. 221 del 2019 – alcuni nodi di centrale importanza, tra cui il riconoscimento di un vero e proprio diritto alla procreazione (e dunque la definizione dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche in questione), sino alla tutela del superiore interesse del minore in un contesto in cui lo spostamento di individui tra Stati è sempre più frequente. Ancora, irrisolto è il nodo dello *status* dell'embrione come soggetto di diritto, nel senso che, anche a livello sovranazionale, le pronunce susseguitesi hanno evitato di prendere posizione sul punto, così come ha fatto la Corte costituzionale. A questo proposito, peraltro, la legge n. 40 del 2004 presenta un problema specifico, che esibisce in tutta la sua portata un paradosso: il "limbo senza" fine degli embrioni sovranumerari, aspetto riconducibile alla originaria impostazione del legislatore e all'intersezione di questa con i singoli interventi, per loro natura non organici, della Corte costituzionale.

Per fronteggiare queste questioni, preso atto della incapacità del Parlamento di intervenire con una riforma complessiva del settore, sarebbe opportuno, anche se forse non sufficiente, che il giudice costituzionale si dotasse di strumenti processuali in grado di contenere la sua discrezionalità e di far entrare in modo pieno ed oggettivo la voce della scienza, in settori come quello che riguarda la fecondazione medicalmente assistita, come avviene dinanzi alla Corte Europea<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> La Corte Europea, infatti, è dotata di ampi poteri istruttori, che comprendono l'acquisizione di informazioni e lo svolgimento di indagini, oltre che il coinvolgimento di esperti e di istituzioni e la produzione di documenti su iniziativa delle parti: si vedano, in particolare, le osservazioni (e i riferimenti ivi contenuti) svolte in M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 28 ss.



## Libertà di ricerca scientifica e *parusia* della dignità umana (a proposito dei limiti alla sperimentazione sull’embrione)

Stefano Agosta\*

THE FREEDOM OF SCIENTIFIC RESEARCH AND HUMAN DIGNITY: ON THE LIMITS TO EMBRYO EXPERIMENTATION

ABSTRACT: Provided in the theoretical constitutional model, the freedom of scientific research has gone over time towards a gradual metamorphosis in concrete case-law experience: initially, in an “individual” sense, moving from a mere demand of the individual in an omissive sense to a real request of positive behaviour of the State. However, the freedom of scientific research has received a decisive push in the direction of the gradual achievement of a collective dimension, mainly from the therapeutic revolution, first, and from the biological one, after (even if in the constitutional case-law this evolution has begun to be seen already starting from the decisions on experimental anticancer therapies). With the delicate balancing between the collective interest in scientific research and other needs worthy of protection, nevertheless, the Constitutional Court has specifically dealt only very recently with regard to experimentation on supernumerary embryos. In particular, on that occasion, the dignity of the embryo, on the one hand, seems to strengthen its protection for the future, but on the other hand, seems to be even contradictory (especially with regard to other precedent decisions).

KEYWORDS: Freedom of scientific research; human dignity; embryo; experimentation

SOMMARIO: 1. Dal diritto costituzionale *vigente* a quello *vivente*: segni di una progressiva metamorfosi della libertà di ricerca scientifica – 2. Ricerca scientifica e dimensione collettiva: *an* (statico) e *quomodo* (dinamico) all’indomani della c.d. rivoluzione biologica – 3. Un ingombrante *pieno* dopo un duraturo *vuoto*: la più recente giurisprudenza costituzionale in tema di sperimentazione sugli embrioni c.d. soprannumerari – 4. Per la dignità *tout court* dell’embrione un percorso argomentativo ad ostacoli (dopo la *parusia*)

### 1. Dal diritto costituzionale *vigente* a quello *vivente*: segni di una progressiva metamorfosi della libertà di ricerca scientifica

differenza di altre Carte fondamentali come quella statunitense – che non ne ha assegnato il riconoscimento a previsioni *ad hoc*, accontentandosi di ricondurla nell’alveo di altri diritti costituzionalmente tutelati (quali, ad esempio, il *due process* e l’*equal protection*)<sup>1</sup> – alla libertà della

\* Professore associato di Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Messina. Mail: [stefano.agosta@unime.it](mailto:stefano.agosta@unime.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Così, R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in [www.robertobin.it](http://www.robertobin.it), 1.

scienza la Costituzione italiana ha com'è noto dedicato espressa copertura<sup>2</sup>. Al riparo da ogni prevaricazione autoritaria tipica di taluni regimi, nel diritto costituzionale *vigente* l'interesse *individuale* alla ricerca/trasmisione della verità scientifica (o di «microverità scientifiche»<sup>3</sup>) si è anzitutto tradotto in libertà *negativa* dell'individuo. La scultorea disposizione che «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento» di cui all'art. 33, comma 1, Cost. è stata così convertita nella più classica delle pretese *omissive* del cittadino<sup>4</sup>: a che, cioè, quest'ultimo fosse lasciato libero dall'ordinamento statale di godere dello «*status negativus*» del ricercare e, eventualmente, trasmettere ad altri quanto elaborato, «libere» non essendo soltanto «le scienze della natura (le cosiddette *Naturwissenschaften*), ma anche le scienze applicate e le altre scienze come la filosofia, la teologia, la giurisprudenza, le diverse scienze sociali: in una parola le scienze dello spirito (le *Geisteswissenschaften*)»<sup>5</sup>.

Da questo punto di vista, non troppo dissimili tra di loro appaiono, perciò, le previsioni di cui agli artt., rispettivamente, 33, comma 1, Cost. e 13, Carta di Nizza-Strasburgo laddove, oltre al doveroso ossequio richiesto dalla libertà accademica, quest'ultimo ha come si sa imposto appunto la libertà dell'arte e della ricerca scientifica<sup>6</sup>. Riconosciuta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea al cittadino europeo in quanto tale, suddetta libertà ha finito con l'integrare non solo quella individuale del singolo ricercatore *tout court* (intesa come diritto di svolgere liberamente la propria attività di ricerca) ma anche la libertà nei rapporti che costui fisiologicamente intrattiene con le istituzioni politiche così come, pure, con la stessa società<sup>7</sup>. A questo riguardo, non difficile sarebbe quindi intravedere nella libertà *ex art. 13* della Carta di Nizza un'espressione di tutela anche per la collettività, «direttamente collegata alla libertà di pensiero, di cui al precedente art. 10 della Carta, e cioè come garanzia di autonomia della ricerca scientifica, in stretta correlazione con il rispetto della

<sup>2</sup> Tra i più risalenti contributi di autorevole dottrina in materia, v. almeno M.S. GIANNINI, *L'organizzazione della ricerca scientifica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1966, 59 ss.; M. NIGRO, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, 740 ss.; F. MERUSI, *Commento dell'art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, 436 ss.; A. MURA, *Commento degli artt. 33 e 34*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 29-34*, Bologna-Roma, 1976, 229 ss.

<sup>3</sup> Così, già A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, Milano, 1994, 135 ss.

<sup>4</sup> Cfr. S. LABRIOLA, *Libertà di scienza e promozione della ricerca*, Padova, 1979, 90 ss.; F. MERLONI, *Autonomia e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, 1990; A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di P. Barile)*, Padova, 1990, 89 ss.; A. CERRI, *Arte e scienza (libertà di)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1991; G. ENDRICI, *Poteri pubblici e ricerca scientifica*, Bologna, 1991; L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, 1993, *passim*; G. ENDRICI, *La ricerca scientifica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2003, 1417 ss.; A. CERRI, *Diritto e scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in G. COMANDÉ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 365 ss.; F. RIMOLI, *Le libertà culturali*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, III, Torino, 2006, 899 ss.; M. BONINI, *La "libertà" di ricerca dallo "stato sociale nazionale" al "welfare di mercato europeo"*, in L. DEGRASSI (a cura di), *La ricerca scientifica tra stato e mercato*, Napoli, 2014; F. BILANCIA, *La libertà della scienza e della ricerca: attualità della riflessione di Andrea Orsi Battaglini*, in *Diritto pubblico*, 3, 2016, 177 ss.

<sup>5</sup> Così, D. NOCILLA, *La libertà della scienza nell'art. 33 della Costituzione*, in [www.bibliotecaprovinciale.foggia.it](http://www.bibliotecaprovinciale.foggia.it), 2005, spec. 182.

<sup>6</sup> Sul punto, *ex plurimis*, R. BIN, E. CARDIN, *Art. 13. Libertà delle arti e delle scienze*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 262 ss.

<sup>7</sup> Così, quasi testualmente, G. BISOGNI, *Orizzonti scientifici e nuovi diritti della persona*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 2014, 9 cui si rinvia anche per la citazione successiva.

libertà accademica e come garanzia di qualità della ricerca europea perché connotata come ricerca scientifica libera».

Lasciato ad ogni modo alla sola copertura dell'art. 33, comma 1, Cost. il modello teorico di ricercatore desumibile dal dettato costituzionale – vale a dire isolatamente considerato e ripiegato sui propri studi – avrebbe tuttavia rischiato di offrire una visione quantomeno non fedele (quando non del tutto deviante e distorta) dello stesso affresco costituzionale il quale, anche dalla peculiare prospettiva ora assunta, richiedeva di essere piuttosto esaminato nella sua più genuina visione di insieme<sup>8</sup>. Sotto questo aspetto, non può così trascurarsi come la disposizione sin qui richiamata sia stata fatta in realtà sistematicamente precedere dalla (non meno rilevante) previsione di cui all'art. 9, comma 1, Cost. Avendo emblematicamente imposto alla Repubblica il compito di promuovere la ricerca scientifica e tecnica quale vero e proprio *valore* culturale, la Carta fondamentale ha finito in tal modo per completare l'originario principio *negativo* della libertà della scienza e della ricerca scientifica (che della prima non può che fare da fisiologico *pendant*) con la più avanzata pretesa *commissiva* a che lo Stato-apparato si impegni ad apprestare per il cittadino la libertà dei mezzi e delle istituzioni di ricerca<sup>9</sup>.

Se queste – molto succintamente illustrate – sono state le linee di tendenza grossomodo emergenti in astratto, è soprattutto nel diritto costituzionale *vivente* che andrebbero tuttavia ricercati i segnali di una (seppure ancora timida ed embrionale) metamorfosi dell'originario interesse *individuale* alla ricerca scientifica verso la sua speculare dimensione, per così dire, *collettiva*. Da una prospettiva precipuamente giuridica, è in effetti noto come – nell'interpretazione giurisprudenziale andata progressivamente impiantandosi nel corso degli anni – «in diverse circostanze la tutela della libertà 'negativa' del cittadino privato si è progressivamente estesa sino alla protezione degli interessi della collettività che dell'esercizio di quel diritto avrebbe potuto beneficiare, e che gli interessi della collettività ben possono concretarsi alla fine nel diritto di ogni suo membro»<sup>10</sup>. Assai emblematica, in tal senso, è ad esempio stata quella sorta di “inseminazione costituzionale” che ha nel tempo interessato le libertà, rispettivamente, di insegnamento e di manifestazione del pensiero. Allorquando, cioè, il felice *in-nesto* del sopravvenuto interesse generale all'istruzione (così come, pure, alla manifestazione del pensiero) nell'originario *tronco* dei connessi diritti nella loro dimensione individuale originaria ha finito per generare, poi, non secondari e duraturi *frutti*: quale, appunto, la pretesa di ciascuno di accedere all'insegnamento e di godere dell'istruzione<sup>11</sup>, per un verso, e quella ad un genuino e garantito di-

<sup>8</sup> Così, S. AGOSTA, Voce *Libertà della scienza*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, part. 474.

<sup>9</sup> Così, nuovamente, R. BIN, *op. cit.*, 1.

<sup>10</sup> In tal senso, ancora, R. BIN, *op. cit.*, 13 (cui si rinvia anche per le considerazioni immediatamente successive del presente paragrafo).

<sup>11</sup> Cfr. M. COCCONI, *Il diritto europeo dell'istruzione. Oltre l'integrazione dei mercati*, Milano, 2006, 306 ss. Più di recente, v. L. FLORE, *Autonomia ed organizzazione del sistema scolastico italiano*, 107 ss., G. MATUCCI, *Il diritto a una didattica individualizzata e personalizzata*, 298 ss. e G. GALAZZO, «*Obbligatoria e gratuita*»: riflessioni in ordine alla natura sociale del diritto all'istruzione, 325 ss., tutti in G. MATUCCI, F. RIGANO (a cura di), *Costituzione e istruzione*, Milano, 2016. Inoltre, v. G. MATUCCI, *Dall'inclusione all'universalizzazione. Itinerari di sviluppo della scuola della Costituzione*, 21 ss. e I. CIOLLI, *I diritti sociali e la crisi*, 92 ss. entrambe in G. MATUCCI (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale. La scuola «aperta a tutti» alla prova della crisi economica*, Milano, 2019, 21 ss. e 92 ss.

ritto all'informazione<sup>12</sup> (in quanto tale richiedente l'effettivo intervento del potere pubblico a garanzia del pluralismo informativo)<sup>13</sup>.

Al di là della tradizionale riconducibilità pratica della libertà di ricerca scientifica alla più ampia categoria di quella di manifestazione del pensiero (in termini cioè di *species*, talora ritenuta particolare talaltra privilegiata, di quest'ultimo *genus*) – per passare al diverso piano scientifico – se vi è un fenomeno che, più di ogni altro, potrebbe indurre a ripensare la stessa pretesa costituzionale alla ricerca scientifica non solo nei termini *angusti* (e a conti fatti, forse, asfittici) della dimensione *individuale* ma pure in quelli *estensivi* (e più marcatamente solidaristici) di quella *collettiva* (vale a dire di ciascun consociato a rivendicare di giovare dei risultati della ricerca stessa) questo potrebbe essere storicamente dato dall'avvicinarsi degli effetti, anche nel nostro paese, della c.d. rivoluzione *terapeutica*, prima, e di quella c.d. *biologica*, dopo<sup>14</sup>.

## 2. Ricerca scientifica e dimensione collettiva: *an* (statico) e *quomodo* (dinamico) all'indomani della c.d. rivoluzione biologica

A parte le epocali scoperte mediche che, nel breve lasso di poco più di un ventennio del XX secolo, hanno per l'appunto letteralmente "rivoluzionato" il trattamento e la cura di non poche patologie fino a quel momento note per gli esiti quasi sempre infausti<sup>15</sup>, una vigorosa accelerazione a quel lento (seppure non poco atteso e, probabilmente, fisiologico) processo di progressiva *collettivizzazione* dell'interesse alla ricerca scientifica l'ha probabilmente impressa la successiva rivoluzione biologica: dal momento, in altre parole, che essa ha gradualmente schiuso al genere umano complessivamente considerato le c.d. tre padronanze<sup>16</sup> (fra cui, precisamente, quella dell'*ereditarietà*<sup>17</sup>).

<sup>12</sup> In oggetto, E. CHELI, *Libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Poteri garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grotanelli de' Santi*, I, Milano, 2007, 1405 ss.; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, 2014, spec. 112 e 116 *ma passim*; P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza tecnologica*, Bologna, 2019, 52 ss.

<sup>13</sup> Così, sempre R. BIN, *ibidem*.

<sup>14</sup> Cfr., *ex plurimis*, J. BERNARD, *De la Biologie à l'éthique*, Parigi, 1990, 22, cit. in E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, I, *Fondamenti ed etica biomedica*, Milano, 2007, 47; G. ZAMBONI, *Clonazione Riproduttiva e Terapeutica fra Etica e Scienza. Il fascino del doppio e il sogno dell'immortalità*, Verona, 2004, 21; J. LE FANU, *Ascesa e declino della medicina moderna*, Milano, 2005, 14; L. TUNDO FERENTE, *La bioetica fra agire etico e agire tecnico*, in L. TUNDO FERENTE (a cura di), *Etica della vita: le nuove frontiere*, Bari, 2006, 9.

<sup>15</sup> Così, quasi testualmente, S. AGOSTA, *Tra regole tecnico-scientifiche e trattamenti medici: quel che resta per le fonti del diritto al tempo delle biotecnologie*, in P. BONETTI, A. CARDONE, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Spazio del potere e spazio della tecnica nella tutela dei diritti sociali*, Roma, 2014, 31 ss.

<sup>16</sup> In tal senso, spec. J. BERNARD, cit. in J. POUSSON-PETIT, *Procréation artificielle dans les pays romanistes*, in M.T. MEULDERS-KLEIN, R. DEECH, P. VLAARDINGERBROEK (a cura di), *Biomedicine, the Family, and Human Rights*, The Hague (Netherlands), 2002, 515.

<sup>17</sup> Mettendo per il momento da parte la padronanza, rispettivamente, della *riproduzione* e dell'*apparato nervoso*, in questa sede non può non rilevare – proprio per le notazioni che si stanno per svolgere *infra* – la possibilità di modificare, in tutto od in parte, il patrimonio genetico di un individuo: così, S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1, 2014, 1 ss.

Senza potersi per il momento diffondere su un punto che meriterebbe ben più spazio di quanto non sia adesso possibile, ai fini del presente contributo basterà semplicemente ricordare come per assistere al primo, timido, affaccio di una dimensione in senso *anche* collettivistico della richiamata pretesa alla ricerca – intesa pure come «diritto a che si faccia scienza»<sup>18</sup> – anche nell’esperienza italiana, potrebbe non inutilmente già richiamarsi la ormai risalente giurisprudenza sul celebre multitrattamento “Di Bella”<sup>19</sup>. Allorquando, cioè, per dichiarare l’illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 2, comma 2, ult. prop., e 3, comma 4, D.L. n. 23/1998, *Disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria* – nella parte in cui non si prevedeva l’erogazione a carico del servizio sanitario nazionale dei medicinali impiegati nella cura delle patologie tumorali<sup>20</sup> a favore di coloro che versassero in condizioni di insufficienti disponibilità economiche<sup>21</sup> – la Corte non mancò nell’occasione di rimarcare pure come fosse proprio «nei casi di esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative, come quelle che si verificano in alcune patologie tumorali» che andasse «considerato che dalla disciplina della sperimentazione, così prevista, [scaturivano] indubbiamente *aspettative* comprese nel *contenuto minimo* del diritto alla salute»<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Così, A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, cit., spec. 98, richiamato da R. BIN, *op. cit.*, 11.

<sup>19</sup> In oggetto, tra i tanti, C. ANNECCHIARICO, G. FRANCE, *Il caso Di Bella dinanzi alla Consulta: profili giuridici, economici e di efficacia clinica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11, 1998, 1037; A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul «caso Di Bella»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 1998, 1528 ss.; M. BONA, A. CASTELNUOVO, *Il «caso Di Bella» e le nuove frontiere del diritto costituzionale alla salute: quali limiti al c.d. «diritto alla libertà terapeutica»?*, in *Giurisprudenza italiana*, 4, 1998, 1148; C. GUGLIELMELLO, *L’irragionevolezza della disciplina del “metodo Di Bella”*, in *Giustizia civile*, 6, 1998, 1741; D. MICHELETTI, *La speciale disciplina del multitrattamento Di Bella*, in *Diritto penale e processo*, 6, 1998, 694; M. PROTTO, *Nihil magis aegris prodest quam ab eo curari, a quo volunt: il giudice amministrativo e il caso di Bella*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, 1 ss.; M. BERTOLISSI, *La Corte costituzionale chiude il “caso Di Bella”?*, in *Corriere giuridico*, VIII, 1999, 962; C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l’effettività della sua tutela nella sperimentazione del “multitrattamento Di Bella”*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1999, 1 ss.; M. GIANNUZZI, *Il “multitrattamento Di Bella” tra sperimentazione ufficiale e tutela giurisdizionale del diritto alla salute*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 4, 2000, 306; S. GLINIANSKI, *Il diritto alla libertà terapeutica negli orientamenti delle magistrature civile, amministrativa e costituzionale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1, 2000, 132; F. PATRUNO, *Ancora su Costituzione, diritto alla salute e somministrazione gratuita di farmaci*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2000, 1891 e *Id.*, *Una strada dalla quale non si torna indietro... sugli sviluppi giurisprudenziali in merito alla cura Di Bella e oltre*, in *Giurisprudenza di merito*, I, 2000, 34; F. GIUNTA, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Diritto penale e processo*, 9, 2006, 1135 ss.

<sup>20</sup> ... per le quali era stata disposta la sperimentazione di cui all’art. 1, D.L. n. 23, cit.

<sup>21</sup> ... e secondo i criteri stabiliti dal legislatore oltre che nei limiti oggettivi, soggettivi e temporali di cui alla motivazione della stessa pronuncia citata.

<sup>22</sup> Cfr. sent. n. 185/1998 (punto 9 *cons. dir.*) (corsivi non testuali): e ciò evidentemente perché – pur non sottintendendo, «certo, un “riconoscimento della utilità di impiego” dei medicinali compresi nel multitrattamento (art. 1)» – «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 [fossero] noti gli esiti di essa (in deroga alla regola posta dal comma 1 dell’art. 3 del decreto-legge n. 23) [...] [costituivano], però, un “fatto legislativo” che [aveva] una sua oggettività, tale da differenziarlo da un qualsiasi mero “fatto sociale” spontaneo».



Se a tale (seppur peculiare e circostanziato<sup>23</sup>) precedente provano ad affiancarsi una serie di non secondari *decisa*<sup>24</sup> da cui variamente sembrerebbe affiorare un'apprezzabile dimensione costituzionale dell'interesse alla ricerca scientifica<sup>25</sup> – *a fortiori* se servente proprio il (o, come che sia, comunque collegabile o collegato al) diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.<sup>26</sup> – ecco che il vero nodo che *pro futuro* richiede con molta urgenza di essere affrontato, e al più presto sciolto, riguarda non solo, o non tanto, l'*an* ricostruttivo *statico* dell'interesse alla ricerca in termini anche collettivi e generali quanto il limite che tale pretesa nel suo *quomodo dinamico* inevitabilmente incontra nel necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente meritevoli di tutela di cui, ad esempio, agli articoli, rispettivamente, 3, 9, comma 2, 14, 15, 41 e 42 Cost.<sup>27</sup>. Nel precipuo caso del diritto alla salute in particolare, la già delicata questione si farebbe poi – se possibile – ancor più scottante e controversa: se è vero, difatti, che l'art. 32 Cost. impone alla Repubblica di tutelare la salute non solo nella sua dimensione di «fondamentale diritto dell'individuo» ma, pure, in quella generale di «interesse della collettività», è pur vero che «la legge non può in nessun caso violare», com'è noto «i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Della controversa problematica sul tappeto, invero, la Consulta è tornata *funditus* ad occuparsi non molto tempo addietro dopo averla appena semplicemente sfiorata, come si ricorderà, nel lontano 2005 con le sentt. nn. 46 e 49<sup>28</sup> con cui dichiarò ammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione, rispettivamente, degli artt. 12, comma 7<sup>29</sup>, 13, comma 2<sup>30</sup>, 13, comma 3, lett. c)<sup>31</sup>, 14, comma 1<sup>32</sup> nonché degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1<sup>33</sup> e 3<sup>34</sup>, 12, commi 1 e 8<sup>35</sup>, l. n. 40/2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*<sup>36</sup>. Chiamato in particolare a pronunciarsi

<sup>23</sup> ... al solo accesso gratuito, vale a dire, ad una sperimentazione scientifica che il legislatore aveva limitato ed in cui molti ammalati fiduciosamente riponevano le proprie speranze di sopravvivenza.

<sup>24</sup> Puntualmente richiamati da R. BIN, *op. cit.*, 11.

<sup>25</sup> Così, *ex multis*, sentt. nn. 500/1993, 201/1995, 423/2004,

<sup>26</sup> In tal senso, sent. n. 569/2000.

<sup>27</sup> Sul punto, F. MERUSI, *Commento dell'art. 9, cit.*, 436 ss.; H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Francoforte, 1979, *passim*.

<sup>28</sup> Sulle quali, *ex plurimis*, v. almeno E. LAMARQUE, *Ammissibilità dei referendum: un'altra occasione mancata*; S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato" Fuga dal referendum: "Comitati del no" e Governo a Corte*; A. PUGIOTTO, *Fuga dal referendum: "Comitati del no" e Governo a Corte* e A. RUGGERI, *Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, tutti in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) nonché A. DI BLASI, *I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in [www.constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), 3, 2004 e V. SATTA, *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it).

<sup>29</sup> ... limitatamente alle parole «discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente».

<sup>30</sup> ... nei limiti dell'espressione «ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative».

<sup>31</sup> ... con riferimento all'inciso «di clonazione mediante trasferimento di nucleo o».

<sup>32</sup> ... limitatamente alle parole «la crioconservazione e».

<sup>33</sup> ... nei limiti dell'espressione «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3».

<sup>34</sup> ... con riferimento all'inciso «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3».

<sup>35</sup> ... limitatamente alla parola «1».

<sup>36</sup> Già allora – a ridosso, quindi, dell'approvazione della l. n. 40/2004 – nel chiedere che la richiesta di abrogazione referendaria parziale fosse dichiarata inammissibile, la stessa Avvocatura generale dello Stato aveva ad esempio ritenuto che (seppure avessero fatto negli ultimi anni enormi progressi) la medicina e la biologia si fossero tuttavia

sull'ammissibilità delle richieste referendarie riguardanti alcune parti degli artt. 12, 13 e 14 – e miranti «ad ampliare la possibilità di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni con finalità terapeutiche e diagnostiche, sia attraverso la rimozione dei limiti di cui all'art. 13, comma 2, sia attraverso l'eliminazione dei divieti di clonazione mediante trasferimento di nucleo e di crioconservazione, in quanto procedure strumentali alle tecniche di utilizzo delle cellule staminali»<sup>37</sup> – con la prima delle due sentt. citate il giudice delle leggi non solo escluse, com'è noto, che le disposizioni oggetto del quesito potessero ritenersi a contenuto costituzionalmente vincolato, o necessario<sup>38</sup> ma riconobbe, altresì, che i suddetti quesiti neppure contrastassero coi principi di cui, rispettivamente, alla Convenzione di Oviedo ed all'art. 1, Prot. addizionale<sup>39</sup>.

Seppure il giudizio di ammissibilità notoriamente si presenti, difatti, «con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge»<sup>40</sup> – non potendo quindi essere «in discussione in [quella] sede la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004, né [era quella], parimenti, la sede di un giudizio sulla legittimità costituzionale dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'effetto abrogativo del referendum»<sup>41</sup> – di non secondario rilievo rimane comunque il fatto che la Consulta non ha ritenuto in quell'occasione di aderire alla tesi dell'inammissibilità del quesito referendario pure vigorosamente sostenuta dall'Avvocatura dello Stato.

---

spinte troppo «oltre i confini segnati dalla dignità della persona umana, nei cui confronti la manipolazione genetica [poteva] risolversi in un'insopportabile lesione». L'esigenza «di civiltà» di «contemperare i numerosi interessi coinvolti meritevoli di tutela, che [andavano] dall'aspirazione alla procreazione, alla salute, alla ricerca scientifica, alla dignità della persona umana» anche a livello sopranazionale, d'altro canto, sembrava prepotentemente emergere tanto dalla *Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina* – sottoscritta a Oviedo il 4 aprile 1997 (ed il relativo Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168) e ratificata dall'Italia con la l. n.145/2001 – quanto dalla dir. 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla *Protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*. Mentre la *Convenzione di Oviedo* – sottolineato il valore della dignità umana ed affermato che l'interesse dell'essere umano doveva prevalere su quello della scienza – disponeva difatti una serie di proibizioni (spec. di produzione di embrioni umani al fine della ricerca) imponendo altresì un'adeguata tutela qualora la legge avesse ammesso la ricerca sugli embrioni *in vitro* (ed il successivo Prot. addizionale aggiungeva il divieto di clonazione di esseri umani), la seconda inibiva, tra gli altri, la brevettabilità dei procedimenti di clonazione di esseri umani, di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano così come, pure, le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali [così, quasi testualmente, la memoria depositata in data 31 dicembre 2004 richiamata da sent. n. 49/2005. (punto 3 *rit. fatto*)].

<sup>37</sup> ... «fermo restando tuttavia il divieto di realizzare processi volti ad ottenere un essere umano identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto»: cfr. sent. n. 46/2005 (punto 2 *cons. dir.*).

<sup>38</sup> ... così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria.

<sup>39</sup> ... il divieto da quest'ultimo disposto avendo ad oggetto i soli interventi diretti ad ottenere un essere umano geneticamente identico ad un altro essere umano vivente o morto i quali sarebbero rimasti vietati anche alla stregua dell'eventuale normativa di risulta: così, sent. n. 46/2005 (punto 4.1 *cons. dir.*).

<sup>40</sup> Cfr. sent. n. 46/2005 (punto 3 *cons. dir.*) richiamando, tra le molte, le sentt. nn. 251/1975, 16/1978: cfr., a tal proposito, M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 184.

<sup>41</sup> Cfr. ancora sent. n. 46/2005 (*ibidem*) rificendosi, tra le altre, alle sentt. nn. 24/1981, 26/1987.

### 3. Un ingombrante *pieno* dopo un duraturo *vuoto*: la più recente giurisprudenza costituzionale in tema di sperimentazione sugli embrioni c.d. soprannumerari

Alla luce di quanto appena visto al par. precedente, nessuno degli argomenti pure addotti a favore della dichiarazione di inammissibilità del quesito relativo generale al divieto di sperimentazione sugli embrioni è parso convincere la Corte «attesa la probabile incostituzionalità delle norme che si [volevano] abrogare, lesive degli artt. 9 e 33 della Costituzione e del diritto alla salute, in quanto l'impossibilità di utilizzare gli embrioni sacrifica[va] la ricerca scientifica finalizzata alla cura delle malattie genetiche»<sup>42</sup>: non l'argomento della «mancata richiesta di abrogazione di altre disposizioni indissolubilmente legate a quelle che si sarebbero volute eliminare»<sup>43</sup> ma, nemmeno, quello dell'«intrinseca contraddittorietà» di una richiesta mirante a consentire la produzione di embrioni a fini sperimentali e non riproduttivi senza contestualmente prevedere l'abrogazione dell'art. 13, commi 1 e 3, lett. a), l. n. 40/2004<sup>44</sup> (oltre al fatto che le previsioni considerate avrebbero *ex se* costituito diretta «attuazione di precetti derivanti da norme internazionali o, comunque, strettamente collegate con queste ultime»<sup>45</sup>).

Da quell'ormai distante precedente (e dal fallimento, com'è noto, della successiva prova referendaria) dovrà così spalancarsi un vuoto temporale di più di dieci lunghi anni – solo in parte colmato da Corte EDU, *Grand Chambre*, caso *Parrillo c. Italia* (27 agosto 2015)<sup>46</sup> – prima che il Tribunale costituzionale torni nuovamente sul delicato equilibrio tra la promozione della ricerca scientifica finalizzata alla tutela della salute (individuale e collettiva) e la protezione dell'embrione<sup>47</sup>, pronunziandosi su «uno degli aspetti più irragionevoli, ed ideologici», della l. n. 40/2004<sup>48</sup> e, in particolare, sulla controversa questione della sorte degli embrioni c.d. soprannumerari. Tra tutti quelli crioconservati, cioè, ci si riferisce in particolare solo a quegli embrioni selezionati con diagnosi genetica preimpianto e scartati giacché ritenuti inadatti all'impianto nell'utero (a motivo delle «condizioni intrinseche e patologiche» di cui sono portatori per cui il loro impianto avrebbe potuto gravemente incidere sulle condizioni di salute stesse della madre<sup>49</sup>). Invitata dal giudice remittente a temperare l'originaria assolutezza del divieto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non fosse finalizzata alla

<sup>42</sup> Come avrebbe *ex adverso* voluto, invece, il Comitato promotore del referendum dell'epoca: così, sent. n. 46/2005 (punto 3 *rit. in fatto*).

<sup>43</sup> ... con l'inevitabile (ed incompatibile con la tutela dei diritti del concepito) esito della «piena» ed incondizionata «liberalizzazione della ricerca scientifica»: così, sent. n. 46/2005 (punto 4 *rit. in fatto*).

<sup>44</sup> ... laddove vietavano, rispettivamente, «qualsiasi sperimentazione sull'embrione e la produzione di embrioni a fini di ricerca»: così, sent. n. 46/2005 (*ibidem*).

<sup>45</sup> Cfr., ancora, sent. n. 46/2005 (*ibidem*).

<sup>46</sup> Su cui, tra i tanti, L. POLI, *La sentenza Parrillo c. Italia e quello che la Corte (non) dice sullo status dell'embrione*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 22 settembre 2015; 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](http://www.forumcostituzionale.it), 29 settembre 2015; V. TIGANO, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 settembre 2015.

<sup>47</sup> In oggetto, E. CHEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 4 giugno 2016, 1.

<sup>48</sup> Sul punto, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 171.

<sup>49</sup> Così, M.P. IADICICCO, *op. cit.*, 191.

tutela dello stesso – almeno nel limitato caso, appunto, di embrioni non più impiegabili a fini procreativi e, come tali, irrimediabilmente destinati a rapida estinzione – com'è noto con sent. n. 84/2016<sup>50</sup> la Corte ha tuttavia dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, commi 1, 2 e 3, l. n. 40/2004 per contrasto con gli artt. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33, comma 1, Cost.

Lasciando per il momento ad altra sede la disamina delle non secondarie indicazioni che sul piano del rapporto tra poteri la richiamata pronunzia pure sembra aver profuso (specie sul rinnovato ruolo di Consulta e legislatore intorno alle questioni eticamente controverse<sup>51</sup>) e soffermandosi adesso solo su quello dei diritti, sin da subito è apparso evidente come il giudice delle leggi non abbia voluto (o potuto) sottrarsi alla tentazione di piantare taluni (solo il tempo dirà quanto solidi...) paletti in tema di dignità dell'embrione. Se, sul piano dell'*an*, quest'ultima assurge (*ex se* ed *ex ante*) pienamente a «valore di rilievo costituzionale “riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.”» – «quale entità che ha in sé il principio della vita» (e non già alla sola luce di uno stadio di sviluppo univocamente predefinito *ex post* dal legislatore ovvero dalla scienza) – è così inevitabile che, sul connesso versante del *quomodo* del bilanciamento, la sua tutela non possa essere «suscettibile di affievolimento (ove e) per il solo fatto che si tratti di embrioni affetti da malformazione genetica, e nella stessa è stata individuata la *ratio* della norma penale (art. 14, commi 1 e 6, della legge n. 40 del 2004) incriminatrice della condotta di soppressione anche di embrioni ammalati non impiantabili»<sup>52</sup>.

A parte la richiamata giurisprudenza EDU sul punto<sup>53</sup>, ad opinione della Consulta sarebbero difatti gli esiti teorico-ricostruttivi dello stesso pregresso diritto costituzionale vivente in materia ad aver auto-

<sup>50</sup> Su cui – oltre a *Ibid.*; cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta*, cit., 171 ss. e E. CHEREGATO, *op. cit.*, 1 ss. – cfr., *ex plurimis*, C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, 157 ss.; V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, 197 ss.; S. PRISCO, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, 209 ss.; G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, 223 ss.; A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, 245 ss.; A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent. n. 84/2016)*, 253 ss., tutti in *BioLaw Journal*, 2, 2016; V. TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 8 maggio 2016.

<sup>51</sup> ... in considerazione del fatto che, «quale interprete della volontà della collettività», quest'ultimo «è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»: così, sent. n. 84/2016 (punto 11 *cons. dir.*).

<sup>52</sup> In tal senso, sent. n. 84/2016 (punto 8.2.1. *cons. dir.*): e, ciò, nonostante la stessa Corte non possa non riconoscere – nell'inciso subito appresso – che, «come ogni altro valore costituzionale, anche la tutela dell'embrione è stata ritenuta soggetta a bilanciamento, specie al fine della “tutela delle esigenze della procreazione” ed a quella della salute della donna (sentenze n. 151 del 2009 e n. 96 del 2015)».

<sup>53</sup> ... la quale, com'è noto, ha ritenuto «non ricevibile il ricorso della parte per il profilo della denunciata violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale (che tutela il diritto della persona al rispetto dei suoi beni). E ciò ha fatto, lasciando deliberatamente in disparte la “delicata e controversa questione del momento in cui inizia la vita umana”, ritenendo, viceversa, decisiva ed assorbente la considerazione che gli embrioni non possono essere ricondotti al rango di “beni” (*human embryos can not be reduced to “possessions” within the meaning of that provision*)»: sul punto, sent. n. 84/2016 (punto 9 *cons. dir.*).

rizzato tale (evidentemente dato per fisiologico e scontato) approdo. Allorquando cioè – pur avendo entro certi circoscritti limiti consentito la crioconservazione di embrioni sia sani<sup>54</sup> che ammalati<sup>55</sup> – successivamente intervenendo in ambito penale il Tribunale costituzionale ha recisamente escluso la fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 6, l. n. 40/2004<sup>56</sup> (laddove, con sanzione penale, vieta la condotta di soppressione degli embrioni anche ove affetti da malattia genetica). E, ciò, proprio sulla scorta del fatto «che l'embrione, “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”; e sulla base della considerazione per cui “il *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova [...] giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista”»<sup>57</sup>. A

<sup>54</sup> Così, sent. n. 151/2009 – a commento della quale v. almeno D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, 20 settembre 2009 e L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, 15 settembre 2009 entrambi in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); nonché G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita*, 20 maggio 2009 e, volendo, S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, 19 settembre 2009, entrambi in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) – che ha, come si sa, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, l. n. 40/2004 nella parte in cui vietava la produzione di embrioni in numero superiore a tre e ne imponeva, comunque, la destinazione ad un unico e contemporaneo impianto (in conseguenza di ciò, tuttavia, derogando al generale divieto di crioconservazione di cui all'art. 14, comma 1, a motivo della necessità del congelamento degli embrioni prodotti ma non impiantati).

<sup>55</sup> Cfr. sent. n. 96/2015 – a proposito della quale G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 11 giugno 2015; 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 [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), 12 giugno 2015, 533 ss.; M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, 28 giugno 2015; S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti “rafforzati”*, 8 luglio 2015; I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, 4 novembre 2015, tutti in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3, 2015, 1 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, 1 ss.; C. NARDOCCI, *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, 271 ss. – che ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, l. n. 40/2004 nella parte in cui non consentivano il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai medesimi criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 194/1978, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza* (rendendo così realizzabile la diagnosi preimpianto al precipuo scopo di evitare il trasferimento nell'utero della donna degli embrioni affetti da patologie genetiche e, per questi ultimi, nuovamente ammettendo un'altra deroga non legislativamente prevista al generale divieto di crioconservazione).

<sup>56</sup> ... oltre ad aver dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lett. b), e 4, l. n. 40/2004 (sul reato di selezione degli embrioni), in ordine alla (esclusiva) correlazione al contenuto della precedente sent. n. 96/2015.

<sup>57</sup> Così, sent. n. 229/2015 – testualmente richiamata da sent. n. 84/2016 (punto 8.2.1. *cons. dir.*) – su cui, *ex multis*, A. PENTA, *Nota a Corte costituzionale sentenza 229/2015*, in [www.unicost.eu](http://www.unicost.eu), 21 ottobre 2015; G. BALDIN, F. GALLO, A. CALANDRINI, *Fecondazione assistita: cade il divieto assoluto di selezionare gli embrioni*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 12 novembre 2015; A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fatti-*

dispetto della *formale apparenza*, l'iter logico-argomentativo da cui tale pronunzia ha voluto prendere le mosse per far così pianamente discendere questa sorta di *parusia*<sup>58</sup> della dignità dell'embrione appena *retro* richiamata (non per caso evocata nel titolo del presente contributo) tuttavia, a motivo di una singolare eterogenesi dei fini<sup>59</sup>, parrebbe prestare il fianco a più d'una incongruenza: al punto da rischiare di finire *sostanzialmente* (e beffardamente...) per convertirsi in una specie, potrebbe dirsi, di percorso ad ostacoli interpretativo.

#### 4. Per la dignità tout court dell'embrione un percorso argomentativo ad ostacoli (dopo la *parusia*)

A partire dai pregressi *dicta* accuratamente selezionati per ricostruire la *vexata quaestio* degli embrioni soprannumerari, non può che fare innanzitutto riflettere il preventivo *oscuramento* di<sup>60</sup> (quando non la vera e propria sopravvenuta *contrapposizione* con<sup>61</sup>) taluni precedenti pure in passato ritenuti decisivi snodi argomentativi proprio nel campo *de quo*. Così, verrebbe ad esempio alla mente quella che è stata tradizionalmente considerata la pronunzia capostipite in materia: laddove come si ricorderà – dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 cod. pen. «nella parte in cui non prevede[va] che la gravidanza [potesse] venir interrotta quando l'ulteriore gestazione [implicasse] danno, o pericolo, [...] per la salute della madre»<sup>62</sup> – la Corte prendeva spunto dalla presupposta equiparabilità «del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si [voleva] salvare» di cui all'art. 54 cod. pen. per affermare emblematicamente come non esistesse «equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di *chi è già persona*, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che *persona deve ancora diventare*»<sup>63</sup>; ovvero tutte quelle successive decisioni in argomento dove non si è fatto certo mistero della concorrenza con (se non della prevalenza

---

*specie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21 dicembre 2015.

<sup>58</sup> ... con tale espressione intendendo quel «termine usato nel platonismo per designare la 'presenza' dell'idea nella realtà sensibile»: così, ENCICLOPEDIA ON LINE, voce *Parusia*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it) (sul punto, ad esempio, E. BUONAIUTI, *Parusia pagana e parusia cristiana*, in *Saggi di filologia e storia del Nuovo Testamento*, Roma, 1910, 25 ss.).

<sup>59</sup> Per riprendere la nota espressione «*Heterogonie der Zwecke*» di W. WUNDT, *System der Philosophie*, Leipzig, 1889, I, 326; II, 221, cit. in M. PANCALDI, M. TROMBINO, M. VILLANI, *Atlante della filosofia*, Milano, 2006, 445.

<sup>60</sup> Sul punto, C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 161.

<sup>61</sup> In oggetto, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta*, cit., 175.

<sup>62</sup> ... «grave, medicalmente accertato nei sensi di cui alla motivazione e non altrimenti evitabile»: così, appunto, il dispositivo di cui alla sent. n. 27/1975 (*cons. dir.*, nono cpv) – corsivi non testuali – a commento della quale, ad esempio, V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, 579 ss., part. 588 e B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, 1655 ss., spec. 1672, entrambi in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010; E. MANDRIOLI, *Il contratto di procreazione medicalmente assistita*, 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, 38 ss. (part. 50 e 81); E.M. AMBROSETTI, *Profili penali dell'interruzione della gravidanza*, in S. RIONDATO, *Diritto penale della famiglia*, IV, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Diritto di famiglia*, Milano, 2011, 873 ss. (part. 873); A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 43.

<sup>63</sup> Cfr. sent. n. 27/1975 (*cons. dir.*, nono cpv) (corsivi non testuali).

su) la dignità dell'embrione da parte di *altri* interessi pur meritevoli di eguale tutela costituzionale come la salute della gestante<sup>64</sup> ovvero le esigenze stesse della procreazione<sup>65</sup>.

Ma, pure volendo restare nel più circoscritto recinto della giurisprudenza *supra* richiamata, è quasi inevitabile che di incoerenze con un'assiomatica affermazione della dignità dell'embrione potrebbero scorgersene. Così, se l'unico modo per rispettare genuinamente la soggettività del concepito *ex art. 1 l. n. 40/2004* si considerasse solo quello di portarne a compimento lo sviluppo attraverso il suo naturale esito – e cioè, com'è ovvio, la nascita – ecco che anche il congelamento, pure limitatamente ammesso come si è visto dalle pronunzie che la Consulta ha *ad adiuvandum* richiamato, esponendoli al «disfacimento» ovvero all'«uso» finirebbe per ridurre gli embrioni a mere *res*, in tal modo irrimediabilmente ledendone la dignità<sup>66</sup>. Non per caso perciò, accanto all'eventualità della distruzione indiscriminata degli embrioni crioconservati dopo alcuni anni dalla loro produzione, non pochi paesi – come, tra gli altri, Spagna, Belgio, Finlandia, Grecia, Russia, Ucraina e Regno Unito – hanno ulteriormente optato per la c.d. adozione per la nascita da parte di altre coppie degli embrioni sani o la de-

<sup>64</sup> Così, sent. n. 151/2009.

<sup>65</sup> In tal senso, sent. n. 162/2014 a proposito della quale, *ex plurimis*, v. almeno A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40, 1 ss.*; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, 13 ss.; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, 37 ss.; C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, 67 ss.; S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, 89 ss.; G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, 111 ss.; M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'"adozione per la nascita"*, 135 ss.; B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, 157 ss.; M. CITTÀ, *Mamma, ho perso la cicogna! (Dialogo intorno all'inesistente diritto contro l'esistenza*, 185 ss., tutti in *BioLaw Journal*, 2, 2014. Sul punto, pure A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*; 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)*, entrambi in *Consulta Online*, 13 giugno 2014. In oggetto, v. ancora G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte Edu*; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, tutti in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 5 marzo 2015. Cfr. pure F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, 599 ss.; 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*, 603 ss., entrambi in *Ordine internazionale e dir. umani*, 3, 2014; nonché C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte* e M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, entrambi in [www.confronticostituzionali.eu](http://www.confronticostituzionali.eu), 17 giugno 2014. Così, infine, V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 15 settembre 2014; 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 <https://diritti-cedu.unipg.it/>, 30 giugno 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 [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 13 giugno 2014; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Rivista AIC*, luglio 2014.

<sup>66</sup> Sul punto, G. RAZZANO, *op. cit.*, 228.

stinazione appunto alla ricerca scientifica di quelli sani (in stato di abbandono) ovvero ammalati<sup>67</sup>: in entrambe queste eventualità il legislatore avendo evidentemente ritenuto tale destino più ossequioso (o, come che sia, meno irrispettoso) della dignità di cui essi sono portatori rispetto alla brutale auto-distruzione.

Da quest'ultimo punto di vista – a parte appunto la possibilità di adozione – nel nostro ordinamento sembrerebbe piuttosto intravedersi come si distingue tra estinzioni ed estinzioni, quella *naturale* e, per così dire, *ab intra* dell'embrione crioconservato (per fisiologico deperimento, cioè) essendo evidentemente ritenuta moralmente e giuridicamente più accettabile di quella *artificiale* e *ab extra* (per mano invece del medico coinvolto nelle tecniche di procreazione assistita così come, pure, del ricercatore impegnato a trovare soluzioni a tutela della salute individuale e collettiva). Seppure – verrebbe a questo punto da osservare senza pre-orientamenti di sorta – di solo lontanamente *naturale* nella prima non sembra (né potrebbe forse) esservi in effetti nulla: non nella *iniziale* condizione (appunto *artificialmente* mantenuta dalla scienza) dell'azoto liquido in cui gli embrioni risultano immersi ma, neppure, nel *sopravvenuto* deterioramento dopo un certo numero di anni.

Assumendo a precipuo riferimento il solo deperimento *naturale* non può ad ogni modo non prendersi atto del paradossale esito – *di fatto* così come, anche, *di diritto* – cui lo statuto della dignità dell'embrione sembrerebbe dare inevitabilmente luogo: *di fatto*, giacché immaginare una tutela talmente forte ed assolutizzata da convertirsi, per ciò solo, in un vero e proprio stallo dell'azione equivale insomma ad accettare (irragionevolmente) che la *potenza* di vita di cui è indiscutibilmente portatore l'embrione<sup>68</sup> possa in pratica tradursi in *impotenza* di tutela (di esso stesso e di tutti quegli *omnes* che dalla ricerca scientifica attendono speranzosi dei benefici per la propria sopravvivenza). Della quale contraddizione, peraltro, dimostrava di essere pienamente avvertito – già a ridosso dell'approvazione della l. n. 40/2004 – lo stesso Comitato Nazionale di Bioetica laddove rilevava l'insanabile incoerenza di un divieto di distruzione degli embrioni che ricomprendesse pure quelli crioconservati e non destinati all'impianto (e, perciò, abbandonati) di cui oggi si discorre: non tanto, o non solo, per l'assolutezza *ex se* della protezione accordata quanto, casomai, per il contegno dalla legge irragionevolmente mantenuto sulla sorte di questi ultimi, sottintendendone il mantenimento in stato di criogenesi «fino al momento della loro estinzione naturale (momento peraltro allo stato attuale indeterminabile da parte della scienza)»<sup>69</sup>.

Sul piano del *diritto*, oltre al pericolo di offrire un'interpretazione quantomeno incompleta e fuorviante dei propri precedenti, tale ultimo orientamento rischia di porsi soprattutto, ed innanzitutto, in contraddizione con... sé stesso. Nel rapporto con la pregressa giurisprudenza, non può in effetti non far riflettere (e sollevare *pro futuro* interrogativi) la vistosa adulterazione che del *dictum* di cui alla sent. n. 229 il giudice delle leggi parrebbe fare: nella quale ultima decisione, invero, il divieto di soppressione degli embrioni veniva a ben vedere mantenuto non già a protezione di una presunta tutela assoluta della loro dignità bensì dalla più prosaica mancanza – almeno in quel specifico frangente – di

<sup>67</sup> ... anche quando tali pratiche dovessero prevederne la distruzione, purché col consenso dei loro genitori: così, E. CHIEREGATO, *op. cit.*, 4 ss.

<sup>68</sup> Per questo profilo, V. MARZOCCO, *op. cit.*, 205.

<sup>69</sup> Così, Comitato nazionale di bioetica, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (p.m.a.)*, in <http://bioetica.governo.it>, 18 novembre 2005, 2.

fronti stanti interessi parimenti meritevoli di protezione costituzionale (che *a contrario* ne avrebbero verosimilmente giustificato, invece, l'attenuazione)<sup>70</sup>. Dal momento che sembrerebbe implicitamente ammettere come quella dell'embrione rappresenti una vita umana con la stessa dignità di una persona – per venire all'aspetto potenzialmente contraddittorio di tale interpretazione – è oltremodo singolare che tale giurisprudenza consideri il deperimento in stato di abbandono la soluzione più rispettosa per la sua appena riaffermata dignità (quando, come si è brevemente illustrato, esisterebbero alternative ben più ossequiose per quella vita e per quella dignità<sup>71</sup>).

Se sul piano del *Sein*<sup>72</sup>, in conclusione di queste poche osservazioni, all'endemica incertezza della scienza di definire la «potenza di vita» custodita dall'embrione si aggiunge il vistoso «affanno» delle stesse categorie giuridiche – inefficaci e disarmate davanti alla necessità di individuare un'impalpabile «essenza» – è perciò inevitabile che lo sforzo ricostruttivo della dignità prodotto dalla giurisprudenza da *teorico* finisca invero per diventare presto *ontologico*<sup>73</sup>. È già accaduto nel 2015 a proposito della soppressione *tout court* degli embrioni<sup>74</sup> e pare nuovamente verificarsi, insomma, nel 2016 con riguardo alla sperimentazione scientifica. Allorquando cioè l'embrione – parimenti alla vita che ontologicamente serba – sembra in conclusione conquistarsi finalmente il piano del *Sollen*, assurgendo a principio intangibile in maniera non dissimile a quanto disposto da Corte EDU, *Grand Chambre*, caso *Parrillo c. Italia*, (con la non secondaria differenza, tuttavia, che quel legame col sostrato biologico della persona e della sua identità che la Corte europea pure aveva identificato non viene neppure sfiorato dalla giurisprudenza costituzionale in commento<sup>75</sup>).

<sup>70</sup> In tal senso, C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, cit., 161 ss. (e, non dissimilmente, E. CHEREGATO, *op. cit.*, 15).

<sup>71</sup> Sul punto, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta*, cit., 176.

<sup>72</sup> In oggetto, solo di recente, N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Torino, 2014, part. 221 ss.; L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, spec. 5 ss.; T. GAZZOLO, *Essere/dover essere. Saggio su Hans Kelsen*, Milano, 2016, 83.

<sup>73</sup> Per questa notazione, cfr. V. MARZOCCO, *op. cit.*

<sup>74</sup> Nell'evenienza di cui alla sent. n. 229/2015 – come si ricorderà – si trattava difatti di sacrificio dell'embrione per le esigenze procreative della coppia, non già per la ricerca.

<sup>75</sup> Per questo parallelismo, ancora V. MARZOCCO, *op. cit.*, 203.

## Principi costituzionali e conoscenze genetiche: verso un nuovo orizzonte di senso per la persona in medicina

Marta Tomasi\*

CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND GENETIC KNOWLEDGE: TOWARDS A NEW HORIZON FOR THE PERSON IN MEDICINE

**ABSTRACT:** The contribution, relying also on a narrative approach, offers some insights into the challenges that innovations in genetics and genomics daily present to the law. Recent progress in these areas has led to clear tensions over some of the categories and rights that traditionally populate the field of medicine. Although briefly, the work draws a renewed image of the person in the face of the changing contexts of research and medicine and suggests how this can be framed in the original declinations of constitutional principles, such as the centrality of the person, equality and solidarity.

**KEYWORDS:** Genetics and genomics; self-determination; equality; solidarity; informed consent and biobanks

**SOMMARIO:** 1. La genetica nel discorso costituzionale: come mettere la persona al centro – 2. L'identità della persona fra dimensione fisica e dimensione dell'informazione – 3. L'evanescenza del confine fra persona sana e persona malata – 4. La fitta rete di legami fra persona e gruppi: lo scolorimento della matrice individuale di alcuni diritti – 4.1. Le aperture del consenso alla dimensione di relazione – 4.2. L'ineludibile spinta alla condivisione – 5. La progressiva erosione dei confini fra ambiti di tutela: alla frontiera fra cura e ricerca – 6. Il principio personalista, l'eguaglianza e la solidarietà: dentro un rinnovato orizzonte di senso costituzionale

### 1. La genetica nel discorso costituzionale: come mettere la persona al centro

La scelta costituzionale di porre il valore della persona, in tutta la sua concretezza, al centro della costruzione giuridica dell'ordinamento produce, fra gli altri effetti, l'inevitabile esigenza di tenere sotto stretta osservazione le scienze biologiche poiché, dal loro evolversi, possono derivare complesse e inattese modulazioni nella definizione di diritti e doveri delle persone. In effetti, sono molti gli ambiti che consentono di apprezzare come le innovazioni scientifiche e tecnologiche irrompano nella vita moderna, facendo emergere il corpo in dimensioni del tutto inedite «con una materialità irriducibile che il diritto non può confinare nell'indifferente»<sup>1</sup>.

\* Dottoressa di ricerca in Studi Giuridici Comparati ed Europei, Università degli Studi di Trento. Mail: [marta.tomasi@unitn.it](mailto:marta.tomasi@unitn.it). Contributo sottoposto a referaggio. Il presente scritto riprende e rielabora alcune delle riflessioni presentate in M. TOMASI, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Napoli, 2019, al quale si rimanda per ogni approfondimento.

In via generale, la carta costituzionale si limita a garantire e promuovere lo sviluppo della scienza, senza fare riferimenti specifici agli ambiti nei quali questa si può articolare. Fra tutti, però, i campi della genetica e della genomica umana<sup>2</sup>, per le caratteristiche loro proprie e per la quantità e qualità degli stravolgimenti portati, offrono, per il discorso costituzionale, una serie di spunti particolarmente densi di significato<sup>3</sup>. È innegabile che la genetica, fra le molte scienze biologiche, rivesta un ruolo determinante nella definizione dell'identità e della natura stessa dell'essere umano e abbia, in passato, prestato il fianco a travisamenti e cattive interpretazioni che hanno sensibilmente distorto i rapporti fra individui e potere<sup>4</sup>.

Più di recente, dei riflessi che queste discipline possono produrre nel campo del diritto si è discusso, a partire da uno dei loro più significativi momenti di svolta (che è ormai consuetudine identificare con il completamento della mappatura del genoma umano, avvenuto nel 2003), nei termini del c.d. "eccezionalismo genetico". Le teorie che possono essere ricondotte a questa locuzione condividono il fatto di attribuire alle informazioni genetiche specificità essenziali che sarebbero in grado di distinguerle da ogni altro dato sanitario, richiedendo, dunque, un livello rinforzato di protezione delle stesse. Questa impostazione, però, rischia di stringere il focus dell'attenzione in maniera eccessiva sulla natura delle informazioni (talvolta storcendola)<sup>5</sup>, a scapito della considerazione di effetti di più ampio spettro che incidono profondamente sui diritti della persona e, in particolare, sul principio di eguaglianza. Le lenti della genetica e della genomica, infatti, permettono di osservare la persona secondo due approcci apparentemente contrapposti. Da un lato, esse consentono di indagare la singola persona nella sua essenziale unicità, separandola dagli altri; dall'altro, la inseriscono all'interno di un contesto di relazione, esteso nello spazio e nel tempo, indotto e determinato dalla condivisione del

<sup>1</sup> S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Filosofia politica*, 3, 2007, 369 e S. RODOTÀ, R. ESPOSITO, *La maschera della persona*, in L. BAZZICALUPO (a cura di), *Impersonale. In dialogo con Roberto Esposito*, Milano-Udine, 2008, 176.

<sup>2</sup> In breve, la genetica è la branca della biologia che studia i geni, l'ereditarietà e la variabilità genetica negli organismi viventi, focalizzandosi sulla comprensione dei meccanismi alla base di questi fenomeni, mentre la genomica è una sub-disciplina che si concentra, in particolare, sullo studio di struttura, contenuto, funzione ed evoluzione del genoma degli organismi viventi, specie quello umano. La genomica rappresenta il punto di ingresso per una serie di altre discipline, sempre costruite intorno ad ampi set di dati (*omics data*) utili per la descrizione e l'interpretazione del sistema biologico studiato (trascrittomica, proteomica, metabolomica, ecc.).

<sup>3</sup> È indicativo notare che la questione degli sviluppi della genetica umana e delle conseguenze problematiche che da essa potessero derivare sia stata presa in considerazione nel corso dei dibattiti dell'Assemblea costituente, pur essendo all'epoca la genetica una scienza lontana dal livello di avanzamento cui è oggi giunta. Si vedano le discussioni relative alla formulazione dell'art. 32 del 17 aprile 1947, nel corso delle quali Giua, con una lungimiranza e forse un eccesso di fiducia, evidenzia che «se lo sviluppo della genetica ci permetterà, dal punto di vista chimico, di stabilire quali sono le sostanze che influiscono su determinati caratteri — e questo non è da escludere — non bisogna impedire, per il bene dell'umanità, anche per combattere determinate malattie, questi interventi sanitari».

<sup>4</sup> G. ISRAEL, *Il fascismo e la razza: la scienza italiana e le politiche razziali del regime*, Bologna, Il Mulino, 2010; G. ISRAEL, P. NASTASI, *Scienza e razza nell'Italia fascista*, Bologna, Il Mulino, 1998.

<sup>5</sup> Sull'insostenibilità e i pericoli insiti nel determinismo biologico e genetico si vedano D. NELKIN, M.S. LINDEE, *The Dna Mystique. The Gene as Cultural Icon*, New York, 1995 e, in italiano, S. SALARDI, *Test genetici tra determinismo e libertà*, Torino, 2010 e ID., *Informazioni genetiche e diritto. Quale tutela per l'individuo?*, in C. FARALLI, M. GALLETTI (a cura di), *Biobanche e informazioni genetiche. Problemi etici e giuridici*, Roma, 2011, 115-144.

patrimonio genetico con altri esseri umani e con altre generazioni, dando rilevanza ad ambiti di appartenenza prolifici dal punto di vista delle conseguenze giuridiche<sup>6</sup>.

I timori emersi nel corso degli anni, in concreto, hanno principalmente riguardato i possibili rischi di discriminazione derivanti dall'utilizzo dei dati genetici in ambiti particolari, quali quello assicurativo e quello lavorativo<sup>7</sup>, non considerando che queste scienze, prima di ogni altra cosa, stanno andando a definire un rinnovato statuto costituzionale della persona in ambito biomedico.

Seppure in termini sintetici, dunque, questo contributo mira a esplorare le nuove strade che la genetica e la genomica consentono di percorrere nel loro principale intento di porre la persona al centro dell'agire biomedico.

Fra i vari oggetti di studio del biodiritto, la genetica, più di altri, presenta implicazioni che ruotano attorno alla nozione di "confine", la quale, insieme, separa e determina appartenenze<sup>8</sup>.

In questo senso, per comprendere quali innovazioni la genetica e la genomica abbiano introdotto nel discorso dei diritti e degli interessi costituzionali negli ultimi 70 anni, una proposta sintetica e al tempo stesso suggestiva può essere quella di verificare, anche attraverso un approccio narrativo, come queste scienze siano andate a incidere profondamente su alcuni dei confini ai quali il fenomeno giuridico fa tradizionalmente riferimento al fine di organizzare e disciplinare i diritti della persona.

Lo scritto prende le mosse da una considerazione preliminare, relativa al trasferimento della sede privilegiata dell'identità "medica" della persona, che la genetica e la genomica hanno spostato dalla dimensione materiale a quella dell'informazione (par. 2). Tale traslazione, evidentemente, impone di riconsiderare il principio di autodeterminazione individuale, ancorato al principio personalista, il quale non può che comprendere, oggi, forme di controllo e di scelta che si estendono oltre il dato "fisico" del corpo. La seconda forma di evoluzione che merita di essere considerata riposa sulla erronea comprensione del patrimonio genetico come programma immutabile delle nostre esistenze. Da questa rischia di derivare, come si vedrà (par. 3), una elisione della distinzione fra soggetti sani e soggetti malati, con possibili conseguenze negative in termini di garanzia del principio di eguaglianza. Ulteriori suggestioni derivano, poi, dalla considerazione di una delle caratteristiche più connotative dell'informazione genetica che, essendo per natura stessa "condivisa" fra più soggetti, impone una rivalutazione di molte delle scelte di matrice individualistica tradizionalmente sottese ai diritti (par. 4). Infine, i percorsi di personalizzazione della medicina, dei quali la genetica si fa vettrice, segnalano il progressivo collasso della demarcazione fra l'ambito della cura e quello della ricerca: questo, come si vedrà, impone che l'interesse della persona, in tutto l'ambito biomedico, sia considerato all'interno di un contesto più ampio, di relazione, che richiede di familiarizzare con le logiche dell'apertura e della solidarietà tipiche del linguaggio costituzionale (par. 5).

<sup>6</sup> L. CHIEFFI, *Ingegneria genetica e valori personalistici*, in Id. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 84.

<sup>7</sup> Y. JOLY, I.N. FEZE, L. SONG; B.M. KNOPPERS, *Comparative Approaches to Genetic Discrimination: Chasing Shadows?*, in *Trends in Genetics*, 33, 5, 2017, 299-302.

<sup>8</sup> C. PICCOCCHI, *Introduzione. I confini nel biodiritto, tra linee di separazione e luoghi di appartenenza*, in C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, C. PICCOCCHI, M. TOMASI (a cura di), *Il biodiritto e i suoi confini*, Trento, 2014, 1. Su questi profili cfr. anche S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 18 ss.

## 2. L'identità della persona fra dimensione fisica e dimensione dell'informazione

Una prima rilevante distinzione che i più recenti avanzamenti scientifici hanno sradicato o, almeno, hanno messo in discussione, è quella fra dimensione fisica e dimensione "informazionale". Tradizionalmente, le regole da applicarsi al corpo umano, e alle parti da esso separate, rappresentavano un blocco distinto da quelle relative al trattamento dei dati personali: oggi questi due livelli possono difficilmente essere considerati in maniera autonoma ed indipendente. La storia della genetica, prima, e della genomica, poi, può essere intesa come la scoperta del ruolo dell'informazione, poiché in essa – in un programma scritto su un supporto chimico – si fonda la caratteristica specifica della vita, la cifra che la distingue da forme non biologiche di organizzazione della materia<sup>9</sup>. La storia del diritto che si affaccia a questo "luogo" particolare è stata ed è riassumibile nel tentativo di delineare i limiti entro cui queste scienze contribuiscono alla definizione dell'identità della persona e di individuare le responsabilità che derivano dall'evoluzione di discipline così intimamente connesse alla natura umana. In particolare, le scienze in oggetto hanno dato concretezza al legame che corre fra tre dimensioni di rilevanza: i) il campione biologico, inteso come substrato fisico, come entità materiale, sia essa una parte del corpo, ampiamente intesa, o, più specificamente, una molecola di DNA<sup>10</sup>; ii) la sequenza nucleotidica estraibile, mediante un'attività di sequenziamento – cioè di lettura – dal campione biologico e identificabile con la definizione di "dato genetico"<sup>11</sup>; iii) il contenuto "informativo", il significato di ogni singola porzione di DNA, le c.d. "informazioni personali di origine genetica".

La maggior parte degli studi genetici si è concentrata proprio sui passaggi fra queste tre dimensioni, andando a incidere in maniera profonda sulla concezione giuridica della persona: essi, infatti, hanno spostato il *focus* dell'attenzione dal corpo-persona, a parti separate da esso; dalla dimensione fisica, a quella "informazionale", all'interno della quale, però, si sviluppa, per alcuni versi, la personalità umana. I campioni biologici, oggi, sono spesso oggetto di considerazione in virtù della loro natura di fonte privilegiata di dati genetici. La protezione di queste parti separate del corpo, quindi, è realizzata mediante un affiancamento dello strumentario costituito dai diritti di stampo proprietario, normalmente posti a tutela delle parti staccate dal corpo umano, ai diritti della personalità che ormai da anni presidiano la sfera "informazionale" del soggetto.

Da queste evoluzioni, pur non recentissime, deriva un paradigma nuovo, una nozione rinnovata di identità "medica" della persona, che trascende la dimensione fisica, allontanandosene. Essa richiede di essere correttamente intesa, attraverso una lettura costituzionalmente orientata, al fine di evitare i rischi della biologizzazione e della digitalizzazione dell'esistenza.

## 3. L'evanescenza del confine fra persona sana e persona malata

Genetica e genomica si fondano su meccanismi molto complessi, che al giurista rischiano di risultare difficilmente accessibili. In effetti, una delle caratteristiche che hanno portato a considerare l'ambito della genetica eccezionale rispetto ad altri è legato alla presunta immutabilità del patrimonio geneti-

<sup>9</sup> B. FANTINI, F. RUFO, *Il codice della vita. Una storia della genetica tra scienza e bioetica*, Roma, 2017.

<sup>10</sup> La cui struttura elicoidale – come noto – è stata descritta per la prima volta da J.D. WATSON, F.H. CRICK, *Molecular structure of nucleic acids; a structure for deoxyribose nucleic acid*, in *Nature*, 171, 1953, 737-73.

<sup>11</sup> D.H. KAYE, *The double helix and the law of evidence*, Cambridge, 2010.

co, che sarebbe in grado di fornire informazioni sull'evolvere futuro dello stato di salute della persona. Questo richiamo alla fissità dell'immagine genetica, in realtà, anche a tacere dei progressi nelle tecniche di modifica del DNA<sup>12</sup>, non tiene conto di altri dati emergenti, come l'accrescersi delle conoscenze relative alla "instabilità" del patrimonio genetico nel corso del tempo e alla rilevanza di fattori esterni che incidono sull'espressione dei geni<sup>13</sup>, comportando il fatto che non sempre quello che è scritto si manifesti nella realtà fenotipica seguendo una traiettoria lineare anticipabile: come noto, infatti, i geni sono soggetti a processi di attivazione e disattivazione, dipendenti da fattori extragenetici e non ancora del tutto chiariti.

Queste caratteristiche possono confondere l'apparentemente netta linea di demarcazione che distingue fra persone sane e persone malate, comportando conseguenze giuridiche di non poca rilevanza. Per darne una esemplificazione illustrativa si possono, in questa sede, citare tre esempi.

Il primo caso, ben noto, è quello di Angelina Jolie, la quale, nell'editoriale del *New York Times* "My medical Choice" del 2013<sup>14</sup> ha raccontato la propria scelta di sottoporsi a un intervento di mastectomia preventiva dopo essere risultata positiva a un test genetico sulla mutazione del gene BRCA1. L'eco di questa storia si è tradotta, secondo alcuni studi<sup>15</sup>, in un sensibile incremento delle richieste di test genetici al fine di verificare la predisposizione allo sviluppo della malattia. Il corollario più problematico legato a questa vicenda riguarda, in effetti, le conseguenze di sistema e, in particolare, la comparsa sulla scena della medicina di una nuova categoria di soggetti: i c.d. "malati di rischio", che presentano predisposizioni genetiche – nella forma di delicate e complesse informazioni difficili da gestire – che potrebbero condizionare la loro vita<sup>16</sup>.

L'esistenza di questa categoria di persone revoca inevitabilmente in dubbio il confine netto fra salute e malattia e porta a chiedersi se e in che misura un sistema sanitario possa e debba prendersi carico di malati che non possono dirsi che "eventuali", seppure probabili, e come questo possa incidere sull'equità e sulla sostenibilità dello stesso. In secondo luogo, poi, ci si può chiedere come questa condizione "intermedia" possa effettivamente condizionare la vita delle persone e prestare il fianco a possibili condotte discriminatorie. Due ulteriori narrazioni possono fornire spunti interessanti per ragionare, pur senza fornire risposte definitive, su tali quesiti.

---

<sup>12</sup> Sulla delicatezza del dibattito etico-giuridico che deve svilupparsi intorno alle nuove tecniche di intervento sul patrimonio genetico, M. MORRISON, S. DE SAILLE, *CRISPR in context: towards a socially responsible debate on embryo editing*, in *Palgrave Communications*, 5, 110, 2019.

<sup>13</sup> Richiama l'importanza di una riconsiderazione del dato della stabilità e suggerisce l'importanza di un approccio basato sulla genetica dello sviluppo, la quale studia il ruolo dei geni nella crescita e nello sviluppo di un organismo nel corso del suo ciclo vitale G. KOSZTOLÁNYI, *It is time to take timing seriously in clinical genetics*, in *European Journal of Human Genetics*, 23, 2015, 1435-1437.

<sup>14</sup> A. JOLIE, *My Medical Choice*, in *The New York Times*, 14 maggio 2013, reperibile al link: <https://www.nytimes.com/2013/05/14/opinion/my-medical-choice.html? r=0>. Sulla vicenda, si v. il breve commento di C. CASONATO, *La scelta di Angelina*, pubblicato originariamente in [www.confronticostituzionali.it](http://www.confronticostituzionali.it) e poi riportato sul sito <https://www.biodiritto.org>.

<sup>15</sup> Si veda in particolare D.G.R. EVANS et al., *The Angelina Jolie effect: how high celebrity profile can have a major impact on provision of cancer related services*, in *Breast Cancer Research*, 16, 2014, 442.

<sup>16</sup> A.R. JONSEN, S.J. DURFY, W. BURKE, A.G. MOTULSKY, *The advent of unpatients*, in *Nature Medicine*, 2, 6, 1996, 622-624; A. TAMBURINI, A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Malati di rischio. Implicazioni etiche, legali e psico-sociali dei test genetici in oncologia*, Milano, 1999.

I problemi di equità ed eguaglianza che le descritte innovazioni possono far emergere si leggono chiaramente fra le righe di una recente vicenda che ha interessato il Regno Unito. A gennaio del 2019 il governo ha dichiarato l'intenzione dell'NHS di offrire test genetici per verificare la predisposizione nei confronti di malattie comuni come i tumori o l'Alzheimer. Tale manifestazione di intenti ha sollevato innumerevoli critiche per almeno due ordini di ragioni. La prima è che la possibilità di accedere ai test avrebbe dovuto essere subordinata all'accettazione da parte della persona di conferire i propri dati, seppure anonimizzati, per finalità di ricerca. Il punto è certamente problematico e vi si tornerà a breve. La seconda è che i test sarebbero stati offerti gratuitamente a persone affette da determinate malattie e a pagamento alle persone sane, con la conseguenza che si sarebbe andato configurando un sistema sanitario a doppia velocità, poco rispettoso di un ideale di eguaglianza ed equità<sup>17</sup>. Le preoccupazioni emerse hanno portato il governo a rinunciare alla prospettiva avanzata<sup>18</sup>.

Una esemplificazione dei rischi di discriminazione che lo svanire della distinzione tra soggetti sani e malati può determinare, anche al di fuori dei classici ambiti delle assicurazioni e dell'impiego<sup>19</sup>, è data dal caso di C.C.<sup>20</sup>, escluso dalla scuola media che frequentava in California a causa delle caratteristiche del suo patrimonio genetico. Il ragazzino, in realtà, in quanto portatore di una sola copia mutata del gene *CFTR*, coinvolto nello sviluppo della fibrosi cistica, non era affetto dalla patologia. Ciò nonostante, essendo la convivenza fra soggetti affetti dalla malattia particolarmente problematica, i genitori di compagni malati – informati in maniera imprecisa dalla docente – avevano chiesto all'amministrazione scolastica di trasferire C. Nonostante il ragazzo non rappresentasse, in realtà, un fattore di rischio per i compagni, l'amministrazione scolastica aveva effettivamente optato per il trasferimento. Secondo quanto riportato, accertato che C. non fosse malato, la scuola gli aveva concesso di essere reinserito. I genitori, comunque, avevano intentato una causa contro l'amministrazione scolastica, perché la caratteristica genetica connessa a una malattia avrebbe rappresentato una "disabilità percepita" ai sensi dell'Americans with Disabilities Act (42 U.S.C.A. §§12131 e ss.) e della Section 504 del Rehabilitation Act del 1973 (29 U.S.C.A. §794).

In questo caso, conclusosi con un accordo stragiudiziale fra la scuola e i genitori, che pare abbiano ricevuto una somma pari a 150.000 dollari, l'errata comprensione dei meccanismi di funzionamento della genetica ha determinato la violazione del diritto di un minore di accedere ai servizi scolastici più vicini a casa, comportando l'effetto secondario, ma non meno rilevante, di veicolare l'immagine distorta di una malattia inesistente.

Gli esempi portati evidenziano, dunque, il rischio che alle conoscenze nell'ambito della genetica, che parla – nella maggior parte dei casi – in termini di mera probabilità<sup>21</sup>, si attribuiscono certezze sovrastimate e che la mancata comprensione o considerazione di alcuni meccanismi alla base di essa pos-

<sup>17</sup> X. SYMONS, *NHS to offer user-pay genetic testing*, in *Bioedge*, 2 febbraio 2019.

<sup>18</sup> I. SAMPLE, *NHS abandons plan to let healthy people pay for DNA sequencing*, in *The Guardian*, 25 luglio 2019.

<sup>19</sup> Evidenziava i possibili rischi di un ampliamento degli ambiti di rilevanza dei possibili impieghi discriminatori delle informazioni genetiche già M. CAMPIGLIO, *Il principio di non discriminazione genetica nella recente prassi internazionale*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e Giustizia internazionale*, Milano, 2009, 51 ss.

<sup>20</sup> Una descrizione della vicenda è riportata in T. WOOD, *Genetic Information Discrimination in Public Schools: A Common-Sense Exception*, in *The University of the Pacific Law Review*, 49, 2, 2017, 309-331.

<sup>21</sup> Con la sola eccezione, per quanto noto, delle malattie monogeniche o mendeliane, malattie poco ricorrenti, ma numerose, determinate dalla mutazione di un singolo gene.

sano creare categorie arbitrarie o strumentali. D'altro canto, però, è innegabile che le nuove conoscenze vadano a sfumare la demarcazione fra salute e malattia e che di questo effetto il diritto non può non tenere conto, soprattutto a livello di organizzazione dei sistemi sanitari, pena la compromissione del principio di eguaglianza.

#### 4. La fitta rete di legami fra persona e gruppi: lo scolorimento della matrice individuale di alcuni diritti

Fra le straordinarie proprietà della genetica vi è anche quella di produrre informazioni che riguardano non solo il soggetto che viene sottoposto a un test, ma anche tutti coloro che condividono parte dello stesso patrimonio genetico, con riferimento, per esempio, alla possibilità di sviluppare o trasmettere malattie. Questo dato, riconducibile alla capacità delle informazioni genetiche di produrre veri e propri «intrecci di vite»<sup>22</sup>, incide sensibilmente sull'idea e la struttura dell'identità, collocandola all'interno di un rapporto di tensione fra un'istanza individualista, che massimizza la concezione di individuo come *unicum* inedito ed irripetibile, ed una relazionale che esalta, invece, interdipendenze e correlazioni.

Le informazioni genetiche, infatti, come anticipato in apertura, hanno il potere di esaltare l'unicità e l'irripetibilità di ogni singolo individuo, singolarmente connotato da una infinitesimale, ma determinante, percentuale di patrimonio genetico che lo distingue da ogni altro essere appartenente alla specie umana. Al contempo, però, la restante parte del DNA colloca l'individuo all'interno di un complesso quadro di relazioni, variamente articolato, il quale, al limite, può arrivare a comprendere l'intero genere umano<sup>23</sup> o la categoria degli esseri viventi.

Una simile circostanza fa sì che lo schema tradizionalmente applicabile ai trattamenti di informazioni di carattere sanitario, fondato sul binomio costituito dal diritto alla privacy del soggetto e dal corrispondente dovere di riservatezza gravante sul medico sia messo in crisi dall'impossibilità di considerare il soggetto-fonte come unico "titolare" delle informazioni ottenute.

Ne consegue che la centralità dell'individuo nei processi decisionali pare inevitabilmente dover essere ridiscussa alla luce del fatto che il valore informativo di un determinato dato, direttamente ricollegabile a un unico individuo, si estenda fino a coinvolgere gli interessi di soggetti terzi.

La dimensione che meglio esemplifica questo insieme di relazioni è quella del c.d. "gruppo biologico", una nuova entità familiare, fondata sui legami genetici<sup>24</sup>.

La consistenza giuridica di questo gruppo sociale, cui le evidenze della genetica restituiscono rinnovato vigore, si può apprezzare in diversi ambiti (come i test di paternità o le indagini criminali), ma quello che in questa sede più interessa è quello del rapporto medico-paziente, in seno al quale i due poli – quello del consenso e quello del dovere di segretezza – subiscono rilevanti mutazioni.

<sup>22</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2012, 71.

<sup>23</sup> Immaginifico, in questo senso, l'art. 1 della Dichiarazione Universale sul Genoma Umano e i Diritti dell'Uomo (Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights) dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura (UNESCO), dell'11 novembre 1997, secondo la quale «il genoma umano sottende l'unità fondamentale di tutti i membri della famiglia umana».

<sup>24</sup> CONSIGLIO D'EUROPA, *Explanatory Memorandum, Recommendation No.R (97) 5* del Comitato dei Ministri sulla protezione dei dati sanitari, 13 febbraio 1997, punto 58.

Come si vedrà a breve, però, le logiche di apertura che permeano necessariamente l'ambito clinico sembrano legarsi a doppio filo alle innovazioni che intervengono nel sempre più complesso contesto della ricerca.

#### 4.1. Le aperture del consenso alla dimensione di relazione

Dell'inadeguatezza del dovere di segretezza e dell'esigenza di superare tale paradigma, almeno a fronte di determinate circostanze, si parla ormai da molti anni e in diversi contesti; un recente caso, tuttavia, descrive bene come la genetica abbia marcatamente qualificato tali istanze, portando alla luce un'inedita esigenza di riconsiderare paradigmi – di stampo individualistico – tradizionalmente accettati.

Nel 2015, in *ABC v. St George's Healthcare NHS trust*, la High Court del Regno Unito ha rigettato la richiesta della figlia di un malato volta ad accertare la responsabilità dei medici che avevano curato il padre per non averla informata del carattere ereditario della malattia che lo affliggeva. I fatti sono stati definiti «brevi e tragici»<sup>25</sup>: la ricorrente era la figlia di un uomo che, in base al Mental Health Act del 1983, era stato recluso in un ospedale, a seguito di una condanna per l'omicidio della moglie. Nel 2009 al padre era stata diagnosticata la corea di Huntington, una grave malattia neurodegenerativa di origine genetica che si manifesta solo in età adulta. I medici che lo avevano in cura avevano richiesto il consenso per poter informare la figlia del fatto di avere una possibilità pari al 50% di essere a sua volta affetta dalla malattia. Poiché il padre aveva negato il consenso, non erano stati fatti ulteriori tentativi per informare la figlia, che all'epoca era in stato di gravidanza, dei rischi che correavano non solo lei, ma anche la bimba che portava in grembo. Dopo il parto, anche alla donna era stata diagnosticata la malattia mendeliana che affliggeva il padre, mentre la bimba non era stata sottoposta al test, in ragione della tenera età<sup>26</sup>. Secondo la ricorrente, il comportamento dei medici che avevano in cura il padre era stato negligente e avrebbe determinato una violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La donna riteneva, infatti, di aver subito un danno consistente nell'aver perso l'opportunità di vagliare l'ipotesi di sottoporsi a più approfonditi esami genetici e, eventualmente, a una interruzione volontaria di gravidanza. Se la bimba fosse stata malata, poi, la donna avrebbe dovuto sostenere consistenti spese che avrebbero potuto essere evitate. Secondo il giudice, il *duty of care* che la ricorrente tentava di costruire sarebbe stato «entirely novel». Non si sarebbe trattato di un legittimo “sviluppo incrementale” di un diritto esistente e consolidato – familiare al sistema di *common law* – bensì di un “passo da gigante” che, secondo la giurisprudenza, contrasterebbe con un appropriato processo di sviluppo del *tort of negligence*<sup>27</sup>. La richiesta era stata dunque

<sup>25</sup> *ABC v St George's Healthcare NHS trust* ([2015] EWHC 1394 (QB)), par. 1.

<sup>26</sup> Numerose linee guida escludono l'opportunità che i minori siano sottoposti a un test prima del compimento del diciottesimo anno di età. Esempio di regole ed eccezioni sono riportati in O.W. QUARRELL, A.J. CLARKE, C. COMPTON, *Predictive testing of minors for Huntington's disease: The UK and Netherlands experiences*, in *American Journal of Medical Genetics*, 117, 1, 2018, 35-39.

<sup>27</sup> «In my judgment, therefore, this is not a case where the Claimant can show that a novel duty of care would be but an incremental development from some well-established duty. It would, on the contrary, be a radical departure to impose liability in circumstances such as these. It would be an example of the “giant step”» (*ABC v St George's Healthcare NHS trust* ([2015] EWHC 1394 (QB)), par. 27).

rigettata per l'impossibilità di individuare un ragionevole *duty of care* e per la mancanza di un legame relazionale qualificato (*proximity*) fra i convenuti e la parte attrice.

Nel maggio 2017, però, la decisione della High Court è stata rovesciata dalla Court of Appeal<sup>28</sup>, che ha ritenuto ammissibile il ricorso della figlia per violazione di un *duty of care*. I giudici, in particolare, hanno rivolto attenzione alla logica della progressione "incrementale" del *common law*, la quale risulterebbe stravolta nel caso di un eccessivo ampliamento del dovere di informare un terzo che deve dunque essere limitato. Secondo il giudice Irwin la necessità di porre un argine a fronte di questo rischio è soddisfatta proprio dal carattere peculiare dell'ambito della genetica. Solo all'interno di questo contesto, infatti, il medico acquisirebbe informazioni affidabili e critiche "riferibili" al terzo. In tutti gli altri casi, invece, le informazioni, pur rilevanti anche per altri e di difficile gestione, sarebbero sempre attribuibili unicamente al paziente<sup>29</sup>. Il carattere specificamente interindividuale dei dati genetici costituisce, dunque, la base giustificativa per un ampliamento, puntuale e circoscritto, del *duty of care* gravante sul medico.

Nonostante la questione relativa all'opportunità di condividere le informazioni genetiche rappresenti un quesito che ha animato il dibattito etico e giuridico per più di un decennio, il continuo espandersi dell'informazione genetica, in ampiezza e in profondità, richiederà, probabilmente, che ci si interroghi con frequenza sempre maggiore intorno a questi profili. La possibilità di informare i familiari del paziente, infatti, è ancora oggi una fonte di confusione, anche in ragione della mutata natura delle analisi genetiche, le quali non riguardano più necessariamente singoli geni, ma possono estendersi al sequenziamento dell'intero genoma, producendo risultati sempre più estesi e articolati<sup>30</sup>.

#### 4.2. L'ineludibile spinta alla condivisione

Vi è poi un altro profilo, più generale, che segnala come i limiti alla circolazione delle informazioni, teoricamente volti a garantire la riservatezza del singolo, non sembrano realizzare un soddisfacente bilanciamento degli interessi in gioco. Superando l'apparente contraddizione, si può rilevare che tale circostanza è data dalla progressiva affermazione di un approccio "personalizzato" alla medicina. L'obiettivo finale questa, orientata all'individualizzazione di diagnosi e terapie, infatti, passa inevitabilmente per un esponenziale aumento del numero di test effettuati – un tempo costosi, lenti e mirati, oggi relativamente economici, rapidi e di ampio spettro – e per una graduale espansione della quantità di dati potenzialmente disponibili, bisognosi di essere organizzati e interpretati. Connessa a tale evoluzione è l'imprescindibile esigenza, per la costruzione di un sistema di medicina personaliz-

<sup>28</sup> *ABC v St George's Healthcare NHS Trust & Ors* [2017] EWCA Civ 336. Una chiave di lettura incentrata sull'importanza della dimensione di relazione in questa vicenda è proposta da R. GILBAR, C. FOSTER, *It's arrived! Relational Autonomy Comes to Court: ABC v ST George's Healthcare NHS Trust [2017] EWCA 336*, in *Medical Law Review*, 26, 1, 2018, 125-133.

<sup>29</sup> Secondo l'efficace sintesi di Lord Justice Irwin: «[t]o my way of thinking there is at least one important distinction between the situation of a geneticist and all the other examples given. However problematic, and whatever the implications for "third parties", the clinician usually only has knowledge of medical facts about the existing patient. It is only in the field of genetics that the clinician acquires definite, reliable and critical medical information about a third party, often meaning that the third party should become a patient» (par. 43).

<sup>30</sup> Che non si tratti affatto di un dibattito superato è rimarcato in M.A. ROTHSTEIN, *Reconsidering the duty to warn genetically at-risk relatives*, in *Genetics in Medicine*, 20, 3, 2018, 285.

zata che sia in grado di realizzare un approccio globale e integrato alla persona, di condivisioni di dati ampie e frequenti<sup>31</sup>.

Un recente caso che ha interessato i giudici del South Carolina, negli Stati Uniti, illustra con chiarezza gli aspetti appena descritti. La vicenda ha visto la signora Amy Williams fare causa al laboratorio Quest della società Athena Diagnostics, lamentandone la negligenza. Dopo aver manifestato ripetute crisi, il figlio della donna era stato sottoposto a un test sul gene *SCN1A*, connesso a varie forme di epilessia, il quale aveva fatto emergere una variante che era stata classificata come “sconosciuta” (*unknown significance variant*). Secondo la ricorrente, l’erronea classificazione di quella anomalia, che in seguito è emerso essere connessa alla sindrome di Dravet (la più grave delle forme dell’epilessia), aveva determinato i medici a prescrivere al ragazzo trattamenti standard per il trattamento dell’epilessia, sconsigliati nei casi di sindrome di Dravet, che ne avevano tragicamente causato la morte<sup>32</sup>. Il comportamento del laboratorio sarebbe stato censurabile: i) per non aver diagnosticato la sindrome di Dravet al bambino; ii) per aver disatteso i propri criteri di classificazione delle mutazioni del DNA<sup>33</sup>. Questo secondo aspetto, in particolare, sarebbe derivato dal fatto che, nel 2007, la mutazione riscontrata nel DNA del bambino era già stata rilevata e studiata in un paziente con la sindrome di Dravet. In particolare, la correlazione genotipo-fenotipo fra la mutazione rilevata e la sindrome di Dravet era stata oggetto di due pubblicazioni su importanti riviste scientifiche. Le linee guida della Athena, alle quali il laboratorio stesso avrebbe dovuto attenersi, prevedevano che il requisito per poter classificare una variante come “associata a una malattia” (*known disease associated mutation*) dipendesse dal fatto che il legame fosse riportato nella letteratura scientifica. Gli studi pubblicati, relativi a un caso di paziente affetto da sindrome di Dravet, portatore della stessa variante del figlio della signora Williams, avrebbero dovuto rappresentare un elemento sufficiente a segnalare il risultato del test come rilevante.

Al di là delle valutazioni circa l’estensione della responsabilità dei laboratori di analisi e la suddivisione di competenze fra questi e i medici curanti, si possono enucleare due punti critici, più direttamente rilevanti per il discorso in oggetto: i) il valore elevatissimo che il singolo caso può rivestire anche nella soluzione o almeno nella gestione di altri casi, lontani nel tempo e nello spazio; ii) la fondamentale importanza, che casi come quello descritto evidenziano, della condivisione ampia e accessibile dei dati che le analisi genetiche oggi consentono di elaborare<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> La condivisione è stata recentemente indicata quale indefettibile presupposto per la realizzazione di una personalizzazione della medicina: A. BLASIMME, M. FADDA, M. SCHNEIDER, E. VAYENA, *Data Sharing For Precision Medicine: Policy Lessons And Future Directions*, in *Health Affairs*, 37, 5, 2018, 702-709.

<sup>32</sup> I dettagli del caso, per come esposti nel ricorso, sono riportati in ANONIMO, *Lawsuit raises questions about variant interpretation and communication: Ambiguity of lab and clinician roles could be at issue if case proceeds*, in *American Journal of Medical Genetics, Part A*, 173, 4, 2017, 838-839.

<sup>33</sup> La normativa relativa ai test eseguiti nei laboratori clinici negli Stati Uniti (Clinical Laboratory Improvement Amendments) impone un requisito di validità analitica del test, ma non uno standard per verificarne la validità clinica (FDA, *Laboratory developed tests*, 17 novembre 2015). Il perdurante interesse per la materia è reso manifesto anche dal *Discussion Paper on Laboratory Developed Tests (LDTs)*, del 13 gennaio 2017, adottato dall’FDA per promuovere l’intervento del Congresso in materia.

<sup>34</sup> Che questo caso evidenzi l’esigenza di migliorare le forme e le modalità di *data sharing* è messa in luce in D. LEVENSON, *Lawsuit raises questions about variant interpretation and communication: Ambiguity of lab and clinician roles could be at issue if case proceeds*, in *The American Journal of Medical Genetics. Sequence*, 173, 4,

I descritti sviluppi della genetica, insomma, comportano una riapertura del dibattito su categorie costituzionali altrimenti consolidate: il principio del consenso informato, che richiede di considerare la dimensione di relazione all'interno della quale i dati genetici collocano la persona, allontanandosi dalle logiche individualiste, e la riservatezza, che non sembra più in grado di realizzare gli interessi nemmeno del titolare dei dati. L'affinamento della rilevanza dei legami emergenti dai test genetici, il sempre più frequente ricorso a tali test nella pratica clinica e il progressivo costante incremento, quantitativo e qualitativo, dei dati disponibili non segnano l'emergere di un nuovo scenario dal punto di vista giuridico, ma impongono un intendimento diverso delle regole già esistenti. Questa nuova lettura trova appigli nel discorso costituzionale, il quale, incardinato sul principio personalistico e sulle dinamiche della solidarietà, è capace di armonizzare e integrare le due tipiche dimensioni dell'essere umano, quella individuale e quella delle collettività.

### 5. La progressiva erosione dei confini fra ambiti di tutela: alla frontiera fra cura e ricerca

Oltre ai descritti aspetti, il nuovo paradigma della medicina personalizzata pare erodere progressivamente anche i confini di alcuni contesti che per il diritto hanno sempre rappresentato ambiti tendenzialmente stagni – seppure interrelati –, destinatari di regole e bilanciamenti del tutto differenti come, per esempio, l'ambito clinico e quello della ricerca. Tale scivolamento è determinato, in particolare, da due fattori: il primo è quello della peculiare struttura dei *clinical trials* allorquando si ragiona in termini di medicina personalizzata; il secondo è legato al funzionamento delle biobanche, le infrastrutture di raccolta e redistribuzione di campioni e dati, che rappresentano il cardine della ricerca genetica.

In primo luogo, infatti, l'identificazione *ex ante*, mediante test diagnostico, dei pazienti che meglio possano beneficiare di un certo trattamento (o la possibilità di escludere chi rischi di presentare reazioni avverse) consente di coinvolgere numeri più ristretti di partecipanti agli studi, di limitare i costi e di aumentare le possibilità di ottenere un esito positivo.

Si pensi che, mentre i *clinical trials* per i medicinali più diffusi coinvolgono mediamente più di 7.000 partecipanti, la sperimentazione dei farmaci che seguono criteri di personalizzazione possono interessare anche solo poche centinaia di persone<sup>35</sup>.

L'estremo di questo approccio è rappresentato dai cosiddetti *n-of-1 clinical trials*<sup>36</sup>, studi focalizzati su una singola persona che siano in grado di evidenziare la molteplicità di fattori (principalmente ge-

---

2017, 838-839. I temi del ruolo dei *database* pubblici e delle responsabilità che in questo ambito possono rilevare sono affrontati in A. THOROGOOD, R. COOK-DEEGAN, B.M. KNOPPERS, *Public variant databases: liability?*, in *Genetics in Medicine*, 19, 7, 2017, 838-841.

<sup>35</sup> Uno degli esempi più chiari in questo senso è quello del Kalydeco, un farmaco coinvolto nel trattamento della fibrosi cistica, o meglio di alcune sue varianti (quelle determinate dalla mutazione del gene *G551D*) – la cui sperimentazione principale che ha riguardato 161 pazienti. Si veda il Report dell'FDA, *Paving the Way for Personalized Medicine. FDA's Role in a New Era of Medical Product Development*, ottobre 2013, 40.

<sup>36</sup> N. DUAN, R.L. KRAVITZ, C.H. SCHMID, *Single-patient (n-of-1) trials: a pragmatic clinical decision methodology for patient-centered comparative effectiveness research*, in *Journal of Clinical Epidemiology*, 66(8), Supplement, 2013, S21-S28. Si osservi che, in un certo senso, a questi possono essere equiparati le somministrazioni di trattamenti sperimentali, possibilità riconosciuta nelle legislazioni di diversi paesi. Quasi tutte, però, riconoscono a questi natura eccezionale e derogatoria rispetto alle regole generali relative alle sperimentazioni e dipendono, solitamente,

netici e ambientali) che influenzano la risposta ai trattamenti. In questi *trials*, al meccanismo tradizionale della somministrazione del trattamento sperimentale a fianco di quella del placebo, si sostituisce un meccanismo per il quale la stessa persona è alternativamente sottoposta a diversi trattamenti in diversi momenti, fungendo in sostanza da controllo per se stessa.

Rispetto alle regole che tradizionalmente disciplinano l'ambito delle sperimentazioni, il problema che emerge dal coinvolgimento di un numero limitato di partecipanti è evidentemente quello di riuscire ad ottenere risultati che siano dotati di un valore statistico significativo.

Dal punto di vista dell'etica della ricerca, inoltre, le questioni connesse alla definizione dei criteri di esclusione di determinati soggetti dagli studi – si pensi alla possibilità non coinvolgere nella sperimentazione coloro i quali, sulla base di un test diagnostico, si ritenga non possano trarre beneficio dall'impiego del farmaco testando – è sempre stata particolarmente delicata. L'elemento genetico, se correttamente utilizzato, potrebbe contribuire a superare profili problematici in questo ambito in almeno due sensi: da un lato, risponderebbe alle esigenze di eguaglianza, poiché la scelta dell'inclusione/esclusione si baserebbe su un criterio scientifico oggettivo. Dall'altro, contribuirebbe a superare critiche relative alla possibilità di studiare in maniera pregiudiziale i criteri di inclusione/esclusione all'unico fine di "orientare" l'esito della sperimentazione.

Una attenta valutazione *ex ante* delle caratteristiche del paziente aumenta in definitiva la possibilità per quest'ultimo di beneficiare direttamente del trattamento, cosa che, negli studi tradizionali, non è per nulla scontata e non costituisce, comunque, l'obiettivo principale (considerato che il paziente potrà, per esempio, essere sottoposto a trattamento con placebo)<sup>37</sup>. Ne consegue un evidente indebolimento della linea di demarcazione fra attività di diverso tipo: ricerca o cura, tradizionalmente distinte in base allo scopo che perseguono (rispettivamente l'ottenimento di dati generalizzabili o risultati positivi per l'individuo) e oggetto di regolamentazioni differenti.

Oltre ai tentativi di personalizzazione della medicina, l'altro vettore di convergenza fra ambito clinico e ambito della ricerca è determinato dalla possibilità di correlare particolari profili genomici con reperti molecolari e con il profilo clinico della malattia. A tale scopo, che rappresenta il cardine della ricerca traslazionale, definita come il punto di connessione fra la ricerca di base e la ricerca clinica<sup>38</sup>, servono in primo luogo le infrastrutture note come biobanche.

La letteratura sul tema è ormai imponente<sup>39</sup> e ha analizzato un'ampia varietà di questioni che vanno dal problema del regime cui assoggettare i campioni ritenuti all'interno delle raccolte, ai soggetti au-

---

da condizioni particolarmente gravi del paziente. Diversamente, gli *n-of-1 trials* nell'ambito della medicina personalizzata sembrano aspirare, invece, ad essere integrati nella quotidiana pratica clinica. Sul punto si veda, N.J. SCHORK, *Time for one-person trials*, in *Nature*, 520, 2015, 611.

<sup>37</sup> E.O. LILLIE, B. PATAY, J. DIAMANT, B. ISSELL, E.J. TOPOL, N.J. SCHORK, *The n-of-1 clinical trial: the ultimate strategy for individualizing medicine?*, in *Personalized Medicine*, 8, 2, 2011, 161-173.

<sup>38</sup> La medicina traslazionale è definita dalla European Society for Translational Medicine come «an interdisciplinary branch of the biomedical field supported by three main pillars: benchside, bedside and community. The goal of TM is to combine disciplines, resources, expertise, and techniques within these pillars to promote enhancements in prevention, diagnosis, and therapies» (R.J. COHRS, T. MARTIN, P. GHAHRAMANI et al., *Translational Medicine definition by the European Society for Translational Medicine*, in *European Journal of Molecular & Clinical Medicine*, 2, 3, 2014, 86-88).

<sup>39</sup> Per citare solo alcuni dei lavori più comprensivi, fra i moltissimi: B.M. KNOPPERS, C.M. LABERGE (eds.), *La génétique humaine: de l'information à l'informatisation*, Parigi, 1992; B.M. KNOPPERS (ed.), *Population and Genetics*.

torizzati all'accesso ai materiali e ai dati; dalla forma dei contratti da stipularsi fra ricercatori e biobanche al rinnovato intendimento del principio del consenso informato determinato dalle nuove modalità di ricerca. Qui, però, nel rispetto dello spirito del presente volume, si è scelto di individuare un solo profilo, che esemplifica il tipo di problematiche che possono emergere dal descritto avvicinamento fra ambiti e che rappresenta uno degli scenari aperti a fronte dei quali i legislatori dovranno interrogarsi<sup>40</sup>.

Il tema riguarda i cosiddetti *incidental findings* o *individual research results*, le informazioni inattese che possono emergere dallo svolgimento di analisi genetiche su un campione biologico. Negli anni, fintanto che le analisi si sono concentrate su *loci* specifici del DNA, la questione è rimasta piuttosto circoscritta. Ciò nonostante, moltissimi documenti giuridici, a diversi livelli e in diversi contesti, hanno cercato una possibile soluzione, affermando con forza il c.d. diritto di non sapere<sup>41</sup>.

L'evolvere delle tecnologie e l'espandersi dello spettro delle analisi genetiche<sup>42</sup> hanno accentuato la complessità dei risultati in maniera significativa, essendo oggi la mole di informazioni ottenibile mediante un singolo test ben più sostanziosa rispetto al passato. Il problema si pone sia in ambito clinico<sup>43</sup>, sia nell'ambito della ricerca<sup>44</sup>, determinandosi così quelle forme di convergenza alle quali si è

---

*Legal and Socio Ethical Perspectives*, Leiden-Boston, 2003; C.M. ROMEO CASABONA (ed.), *Implicaciones jurídicas de la utilización de muestras biológicas humanas y biobancos en investigación científica*, Bilbao, 2007; J. KAYE, M. STRANGER (eds.), *Principles and Practice in Biobank Governance*, Oxon-New York, 2009 (ultima edizione 2016); P. BORRY, K. DIERICKX, *New Challenges for Biobanks: Ethics, Law and Governance*, Cambridge, 2009; ; L. CAENAZZO, *Biobanche. Importanza, implicazioni e opportunità per la società. Risvolti scientifici, etico-giuridici e sociologici*, Padova, 2012; G. PASCUZZI, U. IZZO, M. MACIOTTI (eds.), *Comparative Issues in the Governance of Research Biobanks: Property, Privacy, and the role of Technology*, Heidelberg, 2013; M. MACIOTTI, *Le biobanche di ricerca: studio comparato sulla "zona grigia" tra privacy e proprietà*, Trento, 2013; M. GALLETI, M. TORALDO DI FRANCIA (a cura di), *Bioetica e genetica: indagini cliniche e biobanche tra etica, politica e società*, Milano, 2013; L. EUSEBI, *Biobanche: aspetti scientifici ed etico-giuridici*, Milano, 2014; R. PACIA, *Campione biologico e consenso informato nella ricerca genetica: il possibile ruolo delle biobanche*, in *Jus civile*, 3, 2014, 65-104; D. MASCALZONI (ed.), *Ethics, Law and Governance of Biobanking: National, European and International Approaches*, Dordrecht, 2015.

<sup>40</sup> A. THOROGOOD, G. DALPÉ, B.M. KNOPPERS, *Return of individual genomic research results: are laws and policies keeping step?*, in *European Journal of Human Genetics*, 27, 2019, 535-546.

<sup>41</sup> Per una panoramica generale sulle principali questioni legate a tale diritto, si veda il *Symposium: The Right Not to Know*, in *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2014, 42, 1, 6-114. Si vedano anche S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2012, 164 ss., R. ANDORNO, *The right not to know: an autonomy based approach*, in *Journal of Medical Ethics*, 30, 2004, 435-440; G. LAURIE, *Recognizing the right not to know: conceptual, professional, and legal implications*, in *Journal of Law Medicine and Ethics*, 42, 2014, 53-63 e Id., *Privacy and the right not to know: a plea for conceptual clarity*, in R. CHADWICK, M. LEVITT, D. SHICKLE, *The Right to Know and the Right Not to Know: Genetic Privacy and Responsibility*, II ed., Cambridge, 2014, 38-52.

<sup>42</sup> Alle nuove tecnologie di sequenziamento come causa di aumento degli *incidental findings* fanno riferimento E.R. PIKE, K.H. ROTHENBERG, B.E. BERKMAN, in *Finding Fault? Exploring Legal Duties to Return Incidental Findings in Genomic Research*, in *Georgetown Law Journal*, 102, 2014, 795-843.

<sup>43</sup> Sul punto si vedano le raccomandazioni dell'American College of Medical Genetics and Genomics (ACMG), pubblicate in R.C. GREEN, J.S. BERG, W.W. GRODY et al., *ACMG Recommendations for Reporting of Incidental Findings in Clinical Exome and Genome Sequencing*, in *Genetic Medicine*, 15(7), 2013, 565-574. Per alcuni aggiornamenti, S.S. KALIA, K. ADELMAN, S.J. BALE et al., *Recommendations for reporting of secondary findings in clinical exome and genome sequencing, 2016 update (ACMG SF v2.0): a policy statement of the American College of Medical Genetics and Genomics*, in *Genetics in Medicine*, 19, 2017, 249-255.

fatto riferimento. È in effetti nel secondo contesto, ove i rapporti fra partecipante e ricercatore sono più laschi rispetto a quelli che intercorrono fra medico e paziente<sup>45</sup>, che la questione si fa particolarmente delicata<sup>46</sup>. Se si considera, inoltre, che questo rapporto si estende (per mezzo dell'operato delle biobanche) nello spazio e nel tempo, il punto può essere apprezzato in tutta la sua complicità<sup>47</sup>.

L'argomento centrale riguarda i possibili profili di responsabilità per mancata (o errata) comunicazione, al partecipante alle attività di ricerca, di informazioni che possano risultare utili per la tutela della sua salute o per l'attuazione di scelte riproduttive informate. Nonostante ampia letteratura abbia provato a riflettere, in generale, sui doveri dei ricercatori di riportare informazioni che possano essere rilevanti per i partecipanti, meno discussa – forse anche perché molto più complessa – è la medesima questione calata nel contesto delle biobanche<sup>48</sup>. Il "sistema biobanca", infatti, costituito da ricercatori che operano presso i centri o i siti dove vengono raccolti i campioni (ed eventualmente elaborati i dati), dalla biobanca vera e propria e dai ricercatori ai quali vengono trasferiti campioni e/o

<sup>44</sup> In questo ambito l'*incidental finding* può essere definito come segue: «a finding concerning an individual research participant that has potential health or reproductive importance and is discovered in the course of conducting research but is beyond the aims of the study» (S.M. WOLF, F.P. LAWRENZ, C.A. NELSON et al., *Managing incidental findings in human subjects research: analysis and recommendations*, in *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 36, 2008, 219-248).

<sup>45</sup> In generale, le Corti statunitensi negano l'esistenza di un rapporto di fiducia fra ricercatore e partecipante equiparabile a quello fra medico e paziente, salvo che vi sia sovrapposizione fra i due ruoli professionali. È accaduto che alcune corti statunitensi abbiano riconosciuto, fra ricercatori e partecipanti, in casi particolari, delle "relazioni qualificate" (*special relationships*) che avrebbero dato luogo a specifici doveri di informazione. Si vedano i casi *Blaz v. Michael Reese Hospital Foundation* e *Grimes v. Kennedy Krieger Institute* riportati nell'Appendix C dello studio del NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES, *Returning Individual Research Results to Participants: Guidance for a New Research Paradigm*, Washington, DC, 2018, 331.

<sup>46</sup> E.R. PIKE, K.H. ROTHENBERG, B.E. BERKMAN, *Finding Fault? Exploring Legal Duties to Return Incidental Findings in Genomic Research*, in *Georgetown Law Journal*, 102, 2014, 795-843.

<sup>47</sup> La discussione sul tema è ampia e articolata. Per una panoramica, si vedano, S.M. WOLF, B.N. CROCK, B. VAN NESS et al., *Managing Incidental Findings and Research Results in Genomic Research Involving Biobanks & Archived Datasets*, in *Genetic Medicine*, 14, 4, 2012, 361-384; B.M. KNOPPERS, M. DESCHNES, M.H. ZAWATI, A.M. TASSE, *Populations studies: Return of research results and incidental findings Policy Statement*, in *European Journal of Human Genetics*, 21, 3, 2013, 245-247; S.M. FULLERTON, W.A. WOLF, K.B. BROTHERS et al., *Return of individual research results from genome-wide association studies: Experience of the Electronic Medical Records and Genomics (eMERGE) Network*, in *Genetics in Medicine*, 14, 4, 2012, 424-431; C.M. SIMON, J.K. WILLIAMS, L. SHINKUNAS et al., *Informed consent and genomic incidental findings: IRB chair perspectives*, in *Journal of Empirical Research on Human Research Ethics*, 6, 2011, 53-67; B. VAN NESS, *Genomic research and incidental findings*, in *Journal of Law, Medicine, & Ethics*, 36, 2, 2008, 292-297.

<sup>48</sup> Molteplici interessanti spunti sono raccolti in uno *special issue* di *Genetic Testing and Molecular Biomarkers* dedicato alle biobanche e alla restituzione dei risultati ai partecipanti (21, 3, 2017): si vedano, in particolare, i seguenti contributi: E. DE CLERCQ, J. KAYE, S.M. WOLF et al., *Returning Results in Biobank Research: Global Trends and Solutions*, 128-131; B.S. ELGER, E. DE CLERCQ, *Returning Results: Let's Be Honest!*, 134-139; I.A. HOLM, *Pediatric Issues in Return of Results and Incidental Findings: Weighing Autonomy and Best Interests*, 155-158; G. BARAZZETTI, S. CAVALLI, L. BENAROYO, A. KAUFMANN, *"Still Rather Hazy at Present": Citizens' and Physicians' Views on Returning Results from Biobank Research Using Broad Consent*, 159-165; G. LÁZARO-MUÑOZ, J.M. CONLEY, A.M. DAVIS, *Which Results to Return: Subjective Judgments in Selecting Medically Actionable Genes*, 184-194.

dati per lo svolgimento di attività di ricerca<sup>49</sup>, è estremamente articolato e variabile e può dar luogo a problemi di diversa natura.

Un primo quesito può riguardare i criteri utili a definire i risultati che possano essere rilevanti per una comunicazione. In questo senso, le “classiche” valutazioni relative alla rilevanza clinica dell’informazione e, quindi, alla possibilità di far conseguire a questa interventi diagnostici, terapeutici o preventivi sono accompagnate dal fatto che, spesso, le attività di ricerca non sono svolte secondo i medesimi standard dal punto di vista della validità clinica del test che presidiano l’ambito clinico, con la conseguenza che l’informazione potrebbe non presentare lo stesso grado di attendibilità. I ricercatori, inoltre, non necessariamente rivestono le competenze professionali necessarie a una valutazione clinica della portata informativa del risultato ottenuto<sup>50</sup>.

Ulteriori valutazioni attinenti la qualità dell’informazione che si potrebbe trasmettere derivano dal già citato carattere probabilistico delle informazioni ottenute da un test genetico, che solo in rari casi sono ricollegabili direttamente all’insorgenza di una malattia. In questo senso, la rilevanza delle informazioni è fortemente condizionata dalle caratteristiche personali e dell’ambiente in cui il soggetto vive.

La molteplicità di livelli coinvolti nella “struttura biobanca”, inoltre, rende difficile l’elaborazione di criteri idonei a individuare il soggetto che dovrebbe essere responsabile della comunicazione, oltre che il destinatario della stessa. Potrebbe ben essere, infatti, che il ricercatore che richiede i campioni o i dati non sia in grado di risalire all’identità del partecipante e che per la biobanca non sia semplice, e nemmeno opportuno, entrare in contatto diretto con quest’ultimo<sup>51</sup>. In molti casi, infatti, si è suggerita la possibilità di comunicare il risultato non atteso ai curanti del partecipante, ammesso che questi esistano e siano individuabili. Questa soluzione parrebbe in linea con le norme giuridiche che impongono che il risultato di un test genetico sia comunicato da personale medico, in moltissimi casi mediante apposita consulenza genetica<sup>52</sup>.

Complica il quadro la questione del tempo: una volta che siano stati ottenuti dei risultati di un certo tipo e una volta che questi siano stati, magari, conservati, per quanto tempo si può immaginare che questi debbano essere riconsiderati alla luce delle più recenti conoscenze?<sup>53</sup>

Anche in questo caso, un esempio concreto può illustrare le descritte problematiche: di recente, il CEO di deCODE Genetics ha dichiarato che la compagnia sarebbe in possesso di informazioni relative

<sup>49</sup> S.M. WOLF, B.N. CROCK, B. VAN NESS et al., *Managing Incidental Findings and Research Results in Genomic Research Involving Biobanks & Archived Datasets*, in *Genetic Medicine*, 14, 4, 2012, 361-384, *passim*.

<sup>50</sup> Sintetizzano questi profili G.P. JARVIK, L.M. AMENDOLA, J.S. BERG et al., *Return of Genomic Results to Research Participants: The Floor, the Ceiling, and the Choices In Between*, in *American Journal of Human Genetics*, 94, 6, 2014, 818-826.

<sup>51</sup> Sostengono che la declinazione dei comportamenti dovuti vari sensibilmente in base al contesto di riferimento e, quindi, all’intensità e alla frequenza dei rapporti con i partecipanti L.M. BESKOW, W. BURKE, *Offering individual genetic research results: context matters*, in *Science Translational Medicine*, 2, 38, 2010, 38cm20.

<sup>52</sup> Sulla centralità di questo strumento in dottrina, la centralità dell’istituto è indagata, fra i molti, da P. SOMMAGGIO, *La consulenza (gen)etica: nuovi miti, nuovi oracoli, libertà della persona*, Milano, 2010; L. PALAZZANI, *Gen-ius. La consulenza tra genetica e diritto*, Roma, 2011; M. CASINI, C. SARTEA, *La consulenza genetica in Italia: problemi, regole di consenso informato, trattamento dei dati genetici e privacy*, in *Medicina e morale*, 6, 2009, 1121-1151.

<sup>53</sup> M.K. CHO, *Understanding Incidental Findings in the Context of Genetics and Genomics*, in *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 36, 2, 2008; 280-212.

all'identità di persone portatrici di un rischio incrementato di sviluppare gravissime forme tumorali (dovute a mutazioni del gene *BRCA2*). Le informazioni riguarderebbero circa 2.000 persone, non necessariamente coinvolte nel progetto della biobanca: l'omogeneità genetica della popolazione islandese, infatti, consentirebbe ai ricercatori di inferire conclusioni relative a soggetti che non abbiano partecipato alla ricerca. Il Ministro del Welfare islandese ha informato di trattative in corso con la compagnia per verificare le modalità più idonee per la comunicazione di questi *incidental findings*, che siano in grado di coniugare l'obiettivo della tutela della salute con il rispetto del diritto di non sapere<sup>54</sup>. Nel 2018 la compagnia ha attivato un sito web aperto alla consultazione da parte dei cittadini islandesi<sup>55</sup>: questa soluzione, elaborata grazie ai lavori di un apposito comitato istituito dal governo, è parsa la migliore, nonostante alcune problematiche legate al contesto virtuale, al fine di superare la questione dell'indebita interferenza nella vita delle persone, di rispettare il diritto alla privacy e di riattribuire potere decisionale effettivo all'individuo.

Questo recente sviluppo mette in evidenza gli inattesi precipitati che, nel tempo, le attività delle biobanche possono produrre, l'inadeguatezza dei processi di anonimizzazione a garantire la tutela di interessi collettivi e individuali e la rilevanza della dimensione di relazione cui si è fatto riferimento in precedenza, considerato che le informazioni elaborate riguardano anche chi abbia scelto di restare estraneo alla raccolta.

Al di là della soluzione individuata nel caso concreto, quella della comunicazione dei dati ottenuti nel corso della ricerca è una partita delicata che si gioca sull'equilibrio fra doveri morali e professionali e doveri giuridici che, se riconosciuti, porrebbero un onere organizzativo molto gravoso sulle strutture di ricerca costituite dalle biobanche<sup>56</sup>. Per questo si è suggerito che un intervento graduale del diritto, orientato a un approccio progressivo alla pratica di restituzione dei risultati di ricerca individuali, sia da preferirsi rispetto all'introduzione improvvisa di forme di responsabilità. Come è stato sostenuto, infatti, in questo ambito, un'azione mediante lo strumento forte del diritto finirebbe per distorcere un dibattito che, dal punto di vista etico e scientifico, non è ancora giunto a definizione: «to shape ethics and practice around premature conclusions of legal threat would be to thwart an extremely important debate in research ethics and practice»<sup>57</sup>. L'introduzione di profili di responsabilità giuridica e delle conseguenti sanzioni non può che attendere l'affermarsi di pratiche condivise, le quali dipendono dal consolidarsi di specifiche *expertise* e dalla disponibilità di infrastrutture e risorse.

<sup>54</sup> A. REGALADO, *Genome Study Predicts DNA of the Whole of Iceland*, in *MIT Technology Review*, 25 marzo 2015.

<sup>55</sup> Sul sito <https://www.arfgerd.is>, dopo aver effettuato una apposita registrazione è possibile ottenere tutte le informazioni relative a una specifica mutazione del gene *BRCA2*, particolarmente diffusa nella popolazione islandese.

<sup>56</sup> Lo stesso Comitato Nazionale per la Bioetica, in un parere sugli *incidental findings* (Comitato Nazionale per la Bioetica, *Gestione degli incidental findings nelle indagini genomiche con le nuove piattaforme tecnologiche*, 17 marzo 2016), ritiene che «nel caso di ricerche che prevedono la raccolta di larghi campioni, sia irrealistico pensare di ricontattare i donatori per aggiornarli sui risultati, che peraltro, ad oggi, difficilmente potrebbero avere un valore clinico di interesse individuale». Tuttavia, anche a conferma di quanto sostenuto sulla logica di relazione a fronte di situazioni particolari, afferma, «invece, che sia moralmente doveroso garantire, se richiesto, un ritorno dei risultati di rilevanza clinica (inclusi i reperti inattesi) ai pazienti affetti da malattie rare ancora privi di una diagnosi certa, lasciando sempre al soggetto interessato la possibilità di optare solo per la conoscenza di alcuni tipi di informazioni».

<sup>57</sup> S.M. WOLF, *The role of law in the debate over return of research results and incidental findings: The challenge of developing law for translational science*, in *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 13, 2, 2012, 439.

Nondimeno, è necessario che il diritto inizi a interrogarsi attentamente sui profili tracciati che, anche in questo caso, riportano a un costante avvicinamento fra la dimensione della ricerca e quella della clinica, richiedendo ripensamenti delle soluzioni classiche.

Molti moduli di consenso alla partecipazione ad attività di ricerca attualmente risolvono la questione dichiarando che non verranno riportate informazioni di rilevanza individuale<sup>58</sup>. Se giuridicamente la soluzione è sempre sembrata efficace, resta da chiedersi, nell'ottica di una salute sempre più integrata, costruita sul collegamento fra informazioni di diversa origine e provenienza e, quindi, perseguibile attraverso una estesa accessibilità dei dati, per quanto tempo questa possa rimanerlo. Numerose sono infatti le istanze favorevoli al riconoscimento di un diritto delle persone di avere accesso alle proprie informazioni genetiche. Negli Stati Uniti, per esempio, una recente modifica all'Health Insurance Portability and Accountability Act ha introdotto il diritto dei pazienti ad avere pieno accesso ai risultati dei test di laboratorio<sup>59</sup>.

Le clausole che escludono il dovere di riportare informazioni individuali sembrano ormai inserirsi poco armonicamente nel contesto che gli avanzamenti e le applicazioni della genetica stanno andando a disegnare. La strada intrapresa impone di preferire alle strategie "difensivistiche", tutte orientate a evitare possibili azioni giudiziarie, soluzioni favorevoli alla trasparenza, alla condivisione, al *design* di strutture di rete ampiamente organizzate. Ciò dovrebbe consentire anche forme di responsabilizzazione e consapevolezza dei pazienti e dei partecipanti alle ricerche<sup>60</sup>. Pare, infatti, che l'avvicinamento fra figure (i partecipanti ai pazienti e i ricercatori ai clinici) e fra ambiti di intervento (la ricerca alla clinica e viceversa)<sup>61</sup> richieda un potenziamento della logica collaborativa, determinando una saldatura, o quantomeno una convergenza, fra interesse personale e logica solidaristica. Questi sviluppi confermano l'esigenza che l'interesse della persona sia considerato all'interno di un contesto ampio, di relazione, che richiede di familiarizzare con le logiche dell'apertura e della solidarietà tipiche del linguaggio costituzionale.

## 6. Il principio personalista, l'eguaglianza e la solidarietà: dentro un rinnovato orizzonte di senso costituzionale

Gli esempi portati non esauriscono le complessità di natura giuridica che quotidianamente si materializzano di fronte ai progressi della genetica e della genomica. Essi, tuttavia, dovrebbero essere sufficienti a comprendere come tale ambito, composito e di difficile inquadramento, possa rappresentare uno dei "luoghi" paradigmatici all'interno dei quali il diritto deve testare la tenuta delle proprie categorie.

<sup>58</sup> B. VAN NESS, *Genomic research and incidental findings*, in *Journal of Law, Medicine, & Ethics*, 36, 2, 2008, 294.

<sup>59</sup> Si vedano le modifiche introdotte dal Department of Health and Human Services (HHS): CLIA Program and HIPAA Privacy Rule; Patients' Access to Test Reports, 79 Fed. Reg. 7290 (6 febbraio 2014, modificative di 42 CFR §493.1291 e 45 CFR §164.524).

<sup>60</sup> B. VAN NESS, *op. cit.*, 296 e D. MITCHELL, J. GEISSLER, A. PARRY-JONES, *Biobanking from the patient perspective*, in *Research Involvement and Engagement*, 2015, 1, 4, 1-17.

<sup>61</sup> Evidenziano le criticità di questa convergenza W. BURKE, B.J. EVANS, G.P. JARVIK, *Return of Results: Ethical and Legal Distinctions Between Research and Clinical Care*, in *American Journal of Medical Genetics. Part C*, 1, 2014, 105-111.

Nelle pagine precedenti si è messo in evidenza come la genetica abbia il potere di sfumare ed attenuare linee di demarcazione che tradizionalmente confortano il giurista nelle scelte relative alle norme da applicare all'uno o all'altro caso o all'individuazione dei soggetti titolari di certi diritti e certi doveri.

In particolare, i punti di pressione sui quali si è concentrata l'attenzione mettono in luce varie e articolate modificazioni della connotazione del concetto di persona, indotte dalle caratteristiche e dal funzionamento del sapere genetico o dalle modalità del suo impiego, che portano a delineare un rinnovato statuto costituzionale della persona nell'ambito della genetica medica, offrendo spunti interessanti, possibilmente esportabili anche in altri contesti della regolamentazione della scienza.

Si è fatto così riferimento, seppure per sommi capi, a diverse forme di "scivolamento" di confini. Rilevano così: lo spostamento della collocazione dell'identità "medica" della persona dalla dimensione fisica a quella dell'informazione; il passaggio dall'immagine di un *individuo* avulso da un contesto di relazione, titolare di informazioni proprie utili a realizzare un ideale di autodeterminazione, a quella di una *persona*, connotata da un'identità di relazione, determinata dall'appartenenza a un gruppo biologico all'interno del quale le informazioni genetiche sono condivise; l'evoluzione dalla costruzione della persona come beneficiaria e fruitrice di cure "standard", a una sua valorizzazione nelle vesti di destinataria di interventi medici mirati e calibrati sulle caratteristiche prima di gruppo e poi personali; la sovrapposizione, per alcuni versi, della persona sana a quella malata, ponendosi l'esigenza, in diversi contesti, di considerare una molteplicità composita di stati personali, determinati dal fatto di essere malati "in potenza"; il progressivo accostarsi della posizione del paziente a quella del partecipante ad attività di ricerca, la cui identità si estende dinamicamente nel tempo e nello spazio.

Il dato che conforta, a fronte del potenziale distruttivo della scienza, che logora l'immagine della persona che siamo avvezzi a vedersi muovere nel contesto della biomedicina, rendendo inservibili categorie tradizionali, è che sono ancora una volta i principi costituzionali, con la loro forza generativa e pervasività, a offrire inquadramento e orizzonte di senso alle nuove forme emerse.

Il principio personalista, così, restituisce luce a una lettura costituzionalmente orientata dell'autodeterminazione individuale, intesa in termini di relazione<sup>62</sup> e, di conseguenza, comprensiva della rete di rapporti che la genetica fa rilevanti. La trama costituzionale porta a escludere che attribuire centralità alla persona, e ai suoi diritti, comporti l'adozione di un approccio orientato in termini di chiusura e isolamento e, al contrario, impone la considerazione di una dimensione di relazione, nella quale la persona è immersa e che ne costituisce, in ultima analisi, un elemento integrante. Similmente, il principio di eguaglianza deve presidiare i percorsi di personalizzazione della medicina, per evitare che questi, per il beneficio di alcuni, finiscano per escludere altri dalla ricerca e dall'accesso alle cure.

Il "luogo" genetica ha a che fare con la cifra più profonda dell'umanità ed è in questi territori che sono più forti i rischi di smarrire alcune «caratteristiche chiave del nostro paesaggio morale: l'umiltà, la responsabilità e la solidarietà»<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> S.A.M. MCLEAN, *Genetics and Gene Therapy*, Abingdon-on-Thames, 2017.

<sup>63</sup> M. SANDEL, *Contro la perfezione. L'etica nell'età dell'ingegneria genetica*, Milano, 2008, 89.

Il ritorno all'orizzonte costituzionale, invece, consente di evitare che i richiami alla centralità della persona e alla sua unicità possano essere percepiti come illimitati e sintetizzabili in una assolutizzazione della volontà del singolo.

Ponendo un argine agli eccessi della "biologicizzazione" e digitalizzazione dell'identità, un approccio biogiuridico costituzionalmente orientato agisce come strumento per «recuperare nella sua pienezza l'umanità di ciascuno»<sup>64</sup>, riconsegnando alla contemporaneità un essere umano interrelato, eguale e solidale.

Special Issue

---

<sup>64</sup> S. RODOTÀ, M. TALLACHINI, *Introduzione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, XLIII-LIII, XLVII





## L'impiego processuale del DNA fra giustizia genetica e garanzie costituzionali: quali sfide per il diritto (e per la Costituzione)

Lucia Scaffardi\*

THE USE OF DNA EVIDENCE AT TRIALS, BETWEEN GENETIC JUSTICE AND CONSTITUTIONAL GUARANTEES: WHAT LIES AHEAD FOR LAW (AND FOR THE CONSTITUTION)

ABSTRACT: DNA analysis as a tool for investigations and definitive proof offers great opportunities for crimes' resolution, but it also has several downsides, such as the possible infringement of individual rights, ranging from privacy to habeas corpus. Both legislators and judges are called to face new challenges, as the recent Italian experience, with the creation of the national DNA database (which fully came into operation in 2017) has taught us; in the past, such challenges saw the Constitutional Court as the legitimacy guarantor of laws pertaining forced sampling, able to oversee that personal freedom would remain intact.

KEYWORDS: DNA Database; DNA evidence; Italian Constitution; *habeas corpus*; privacy

SOMMARIO: 1. L'analisi del DNA come mezzo di prova tra rischi e opportunità – 2. Il prelievo coattivo al vaglio della Corte costituzionale: tra coercizione della persona e menomazione della libertà (morale) – 3. La Legge 31 luglio 2005, n. 155 e il ridimensionamento del ruolo dell'organo giurisdizionale in materia di prelievi coattivi – 4. La Legge 30 giugno 2009, n. 85 e le modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale – 5. La Banca dati italiana del DNA – 6. Il Regolamento attuativo adottato con D.P.R. 7 aprile 2016, n. 87 e i suoi contenuti relativamente a consultazione dei profili e loro cancellazione – 7. Osservazioni conclusive

---

\* Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Parma. Mail: [lucia.scaffardi@unipr.it](mailto:lucia.scaffardi@unipr.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

## 1. L'analisi del DNA come mezzo di prova tra rischi e opportunità

**È** innegabile osservare le grandi potenzialità che l'analisi del DNA, come mezzo di prova, ha introdotto nell'ambito delle indagini criminali<sup>1</sup> e, conseguentemente, nelle aule di giustizia<sup>2</sup>. A fronte di ciò, si è assistito all'emergere di una serie di possibili rischi derivanti dall'utilizzo delle informazioni genetiche, non tanto per sé stesse quanto per il loro potenziale impiego e la relativa "circolazione". Si intende con questo riferirsi alle modalità di raccolta, di conservazione e di cancellazione che presentano, in Italia come anche nell'Unione Europea (ma più generalmente a livello globale), una serie di aspetti estremamente problematici legati appunto al loro utilizzo e al loro scambio. Nel momento in cui disquisiamo di elementi di prova da ricollegarsi ai dati genetici individuali, ma che, come approfondiremo, si schiudono ben oltre l'individualità del soggetto divenendo perciò

<sup>1</sup> L'impiego del DNA a fini identificativi è storia relativamente recente: risale cioè al 1985 quando Alec Jeffreys apre la strada all'utilizzo di questa metodica in maniera inizialmente non estensiva (A.J. JEFFREYS, V. WILSON, S.L. THEIN, *Individual-Specific "Fingerprints" of Human DNA*, in *Nature*, 316, 1985), procedendo quindi ad un confronto fra materiale genetico rinvenuto sulla scena del crimine e quello di un soggetto sospettato di un grave reato. Grazie al continuo miglioramento delle tecniche di biologia molecolare è stato possibile addivenire all'utilizzo di repository di DNA che permettono un confronto su base elettronica dei dati in essa contenuti. Chiaramente, la creazione di specifiche banche dati ha ulteriormente ampliato la possibilità di risoluzione di indagini di polizia, rendendo i test genetici un vero e proprio "sistema operativo" tanto che nel 2007 Grimm sottolineava come il database genetico USA potesse analizzare 100.000 profili in 500 microsecondi (D.J. GRIMM, *The demographics of genetic surveillance: familial DNA testing and the hispanic community*, in *Columbia Law Review*, 107, 2007, 1169 ss.). Per comprendere l'ampiezza dei dati attuali inseriti nelle banche del DNA per fini penali in Europa, si consideri come il totale di profili tratti da soggetti identificati e conservati nei singoli database nazionali ammonta a circa 11,5 milioni, ai quali vanno sommati gli 1,7 milioni di dati appartenenti a soggetti non identificati. I dati europei a cui si fa riferimento sono quelli forniti dall'*European Network for Forensic Science Institutes* (ENFSI) nel documento *Annual Report 2017*, reperibile all'indirizzo [www.enfsi.eu](http://www.enfsi.eu). Questi dati devono essere letti non solo sul piano dell'utilizzo nella dimensione nazionale ma anche nella prospettiva dello scambio transfrontaliero di dati e informazioni per scopi di indagine. Su cui sia consentito il rinvio a L. SCAFFARDI, *Banche Dati del DNA e scambio internazionale fra esigenze securitarie e tutele dei cittadini*, in L. SCAFFARDI (a cura di), *La banca Dati italiana del DNA. Limiti e prospettive della genetica forense*, Bologna, 2019.

<sup>2</sup> Gli Stati Uniti forniscono da tempo una serie di statistiche davvero rilevanti al proposito. Il *Combined DNA Index System* statunitense (CODIS) conteneva, al giugno scorso, 13.859.128 profili di *offenders*, 3.603.637 profili di persone arrestate e 952.406 campioni reperiti sulle scene del crimine. Si tratta di cifre relevantissime se si pensa che solo dieci anni fa il numero di *offenders* contenuti nel database superava di poco i cinque milioni di individui. Un ulteriore elemento statistico che permette di valutare come ormai ricerca, indagini e tecnologia vadano di pari passo è che alla stessa data il CODIS ha prodotto 472.078 hits relativi a 461.434 casi di investigazione. Dedrickson sottolinea ulteriormente come negli USA «*as of April 2017, the federal DNA database has assisted in more than 358,069 investigations. DNA evidence has exonerated 350 innocents who combined had served 4787 years in prison, sometimes on death row. DNA also enabled law enforcement to identify 149 of the true perpetrators of those crimes, who went on to be convicted of 147 additional violent crimes, including 77 sexual assaults, 35 murders, and 35 other violent crimes while the innocent sat behind bars for their earlier offenses*» (K. DEDRICKSON, *Universal DNA databases: a way to improve privacy?*, in *Journal of law and the biosciences*, 4, 2017, 637 ss.). Dedrickson utilizza le informazioni testé riportate per sostenere come un utilizzo pan universalistico dei dati genetici per fini giudiziari potrebbe essere utile ai fini della risoluzione di molti crimini e porterebbe al contempo ad una minore incidenza sul diritto alla privacy dei singoli, tema questo che verrà discusso *infra* nelle pagine di questo lavoro. Si consultino anche in chiave più generale di approfondimento del tema: S. KRIMSKY, T. SIMONCELLI, *Genetic Justice. DNA Data banks, Criminal Investigations and Civil Liberties*, New York, 2011; M. TAYLOR, *Genetic Data and the Law. A critical Perspective on Privacy Protection*, Cambridge, 2012; K. J. STROM, M. J. HICKMAN, *Forensic Science and the Administration of Justice*, in *Critical Issues and Directions*, 2015.

ultrapersonali, dev'essere (ri)costruito uno spazio assiologico di riferimento che tenga conto di molteplici diritti che vanno dalla libertà personale al diritto alla riservatezza, fino al diritto alla salute e al consenso informato, nonché di tutte quelle posizioni soggettive che a questi fanno capo.

Di qui la necessità di operare, talvolta, nella prospettiva di un bilanciamento tra principi costituzionali ai quali questi diritti si attagliano. Le pagine che seguono sono volte a constatare come proprio "la prova genetica" stia portando alla "trasfigurazione" di alcune delle stesse categorie costituzionali e di come questo sia avvenuto ad opera del giudice chiamato in causa, troppo spesso, dall'inerzia del Legislatore. Ed è per questo che appare di interesse studiare da una parte la capacità performativa della nostra Costituzione, che ha permesso un rimodellamento della materia legato anche inevitabilmente alla sua dimensione fattuale e all'incessante avanzamento tecnologico, a cui le analisi genetiche sono sottoposte; dall'altro quel piano giurisprudenziale che è andato arricchendosi nel tempo di una serie di pronunce, che non sempre hanno rappresentato un argine a garanzia dei diritti individuali ed ultrapersonali, finanche legati a segmenti di popolazione.

## 2. Il prelievo coattivo al vaglio della Corte costituzionale: tra coercizione della persona e menomazione della libertà (morale)

Punto di partenza dell'analisi è dunque rappresentato dall'acquisizione del materiale genetico attraverso il quale si ricava il profilo individuale<sup>3</sup>. Un attento dibattito legato al prelievo coattivo ed alle posizioni soggettive opponibili – come la libertà personale o il diritto alla salute – si è aperto in Italia fin dai primi anni '60, periodo in cui il Giudice delle leggi veniva chiamato a pronunciarsi in tema di rilievi fotosegnalatici, antropometrici e dattiloscopici<sup>4</sup>. Con riferimento a questi ultimi, la Corte, fin da allora, segnalava come questi non comportassero di per sé stessi una menomazione della libertà personale<sup>5</sup>, rendendo dunque legittimo affidare alle autorità di pubblica sicurezza un tipo di rilievo per così dire "esteriore"<sup>6</sup>. I giudici sottolineavano tuttavia, con enfasi, come «la garanzia dell'*habeas corpus* non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, ma anche alla menomazione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere», giungendo pertanto a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della

<sup>3</sup> Merita precisare sin da ora la distinzione tra campione biologico e profilo genetico: per campioni si intendono i reperti biologici (ad esempio liquido corporeo o tessuti) tramite i quali è possibile ricavare un profilo genetico, identificativo del soggetto. Dal campione biologico si possono desumere numerose informazioni di grande rilevanza per la persona e proprio per garantire una maggiore tutela dell'individuo, in numerosi database genetici europei vengono inseriti e conservati le particolari sequenze numeriche del DNA che non forniscono, allo stato attuale della scienza, alcuna informazione sul soggetto, ma permettono una sua identificazione. Sul punto si conceda di rinviare a L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona. Uno studio comparato sull'uso (e abuso) delle Banche dati del DNA a fini giudiziari*, Padova, 2017.

<sup>4</sup> Corte cost., sent. n. 30 del 22 marzo 1962.

<sup>5</sup> «I rilievi descrittivi, fotografici ed antropometrici, e sempre i rilievi dattiloscopici (almeno nella forma in cui sono attualmente eseguiti in ogni paese del mondo), non importano menomazione della libertà personale, anche se essi possano talvolta richiedere una momentanea immobilizzazione della persona per descriverne o fotografarne o misurarne gli aspetti nelle parti normalmente esposte all'altrui vista o richiedere una momentanea costrizione tendente alla fissazione delle impronte digitali», Corte cost., sent. n. 30 del 22 marzo 1962.

<sup>6</sup> Corte cost., sent. n. 30 del 22 marzo 1962.

legge di pubblica sicurezza nella parte in cui consentiva l'espletamento di rilievi che comportassero «ispezioni personali». Quello che però ancor oggi si ritiene debba essere riproposto dell'argomentazione stabilita a fondamento della sentenza è il passaggio in cui, con visione anticipatrice, la Corte affermava: «i rilievi descrittivi, fotografici e antropometrici possono richiedere talvolta complesse indagini che potrebbero incidere sulla libertà fisica o morale della persona: si pensi ai casi, non cervelotici di fronte allo sviluppo della scienza e della tecnica, di rilievi che richiedessero prelievi di sangue o complesse indagini di ordine psicologico o psichiatrico»<sup>7</sup>.

Per diversi anni il giudice costituzionale non fu più investito di quesiti costituzionali relativi al tema, ma la giurisprudenza successiva avrebbe poi riservato dei mutamenti inediti. Con la pronuncia n. 54 del 1986<sup>8</sup>, emessa sulla base di un'ordinanza relativa ad un procedimento penale per il delitto di alterazione di stato<sup>9</sup>, fu affermato infatti che il prelievo ematico «ormai di ordinaria amministrazione nella pratica medica [...] né lede la dignità o la psiche della persona, né mette in alcun modo in pericolo la vita, l'incolumità fisica o la salute della persona, salvo casi patologici eccezionali che il perito medicolegale sarebbe facilmente in grado di rilevare»<sup>10</sup>, determinandosi così una differente posizione della Corte stessa rispetto a quella prima intuizione nella sentenza degli anni '60, sopra richiamata, in cui i giudici avevano ravvisato un problema in termini di possibile lesione della riservatezza e della libertà personale in caso di utilizzo di dati delicati e personalissimi quali quelli ematici (che ovviamente contengono tutti i profili genetici): secondo la nuova pronuncia, pur non essendo ammissibili mezzi istruttori in grado di mettere in pericolo la vita o l'incolumità fisica del soggetto vieppiù lesivi della sua dignità, era possibile fare salvo il prelievo ematico, non ascrivibile in quanto tale alla categoria di atti così lesivi da determinare l'incostituzionalità della relativa norma, anche se la libertà dell'individuo incontrava in questo caso delle limitazioni non contenute in un atto previamente motivato dell'autorità giudiziaria.

<sup>7</sup> Non è possibile in questa sede soffermarci sulle possibili attualizzazioni di questa interpretazione, se non chiedendoci fino a che punto oggi alcuni mezzi legati alle nuove tecnologie, con particolare riferimento all'utilizzo di peculiari analisi per così dire "indirette" del DNA (cioè attraverso campioni forniti inconsapevolmente), rappresentino una invasione della sfera personale dell'individuo, pur non comportando nessuna invasione fisica della persona. Si pensi al proposito alle analisi, di cui si dirà più oltre, effettuate in alcuni ordinamenti, soprattutto nel Regno Unito e negli USA, mediante la tecnica del *familial searching*. Con questo termine si intende una ricerca su parte del DNA (*low stringency search*) che permette di identificare persone contenute in un database che presentino una "corrispondenza parziale" con un profilo repertato ad esempio sulla scena del crimine. Sono poi i successivi mezzi di indagine a restringere il novero di persone (inizialmente anche alcune centinaia), su cui le indagini investigative si andranno a sviluppare. A essa si può fare ricorso anche attraverso *screening* massivi, soprattutto in una determinata area territoriale. Per un approfondimento di questo aspetto si rimanda più ampiamente a L. SCAFFARDI, *Dati genetici e biometrici: nuove frontiere per le attività investigative*, in L. SCAFFARDI (a cura di), *I "profili" del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale*, Torino, 2018.

<sup>8</sup> Corte cost., sent. n. 54 del 18 marzo 1986.

<sup>9</sup> Ordinanza emessa dal Tribunale di Torino su cui v. più specificamente D. VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1996.

<sup>10</sup> Su cui vedi G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 938, 2011.

La *vexata questio* ha trovato nel nostro Paese una tappa fondamentale<sup>11</sup> nella sentenza n. 238 del 1996 della Corte costituzionale<sup>12</sup>. La Corte, infatti, ha ritenuto l'articolo 224 del C.p.p. «costituzionalmente illegittimo nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei casi e nei modi dalla legge».

La norma che il Giudice delle leggi ha censurato faceva effettivamente riferimento ad un potere ordinario del giudice estremamente ampio e non specificato oggettivamente<sup>13</sup>. La Corte ben spiega con il suo puntuale intervento come, per quanto attiene agli accertamenti corporali coattivi – tema dirimente come ben può intuirsi anche per le analisi del DNA su individui *in vinculis* e non – il prelievo «non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale della persona, pur senza di norma compromettere, di per sé, l'integrità fisica o la salute (anche psichica), né la sua dignità [...]. E di quella sfera sottrae, per fini di acquisizione probatoria nel processo penale una parte che è, sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla».

Se applicassimo oggi lo stesso ragionamento alla raccolta dei campioni biologici di DNA ci accorgemmo di come quelle parole fossero premonitrici rispetto alle continue e spesso travolgenti scoperte della scienza che portano attualmente a determinare, attraverso i fluidi corporei, informazioni che non solo attengono alla sfera individuale nel suo senso più ampio (ad esempio malattie in essere e future, trasmissibili e non), ma la travalicano al punto di fornire informazioni che si allargano al contesto familiare più esteso<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Su questa storica pronuncia richiamata *infra* si vedano A. NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 1996, 2150 ss.; M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 1996; G.P. DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 1996; G. FRIGO, *La Consulta "salva" la libertà personale: il legislatore in-tervenga subito senza ambiguità*, in *Guida al diritto*, 30, 1996; F. MECHELLI, *Il prelievo ematico coattivo e la sua ammissibilità alla luce dei principi costituzionali*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1997; V. NAPOLEONI, *I prelievi ematici coattivi dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 238/1996. Prospettive di intervento normativo*, in *Documenti e giustizia*, 1996; D. VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996; N. MAZZACUVA, G. PAPPALARDO, *Osservazioni in tema di prelievo ematico coattivo*, in *Indice penale*, 1999; G. SANTACROCE, *Prelievo coattivo del sangue a scopo probatorio e tutela della libertà personale*, in *Cassazione penale*, 1996; D. SCHELLINO, *Corte costituzionale e accertamenti coattivi incidenti nella sfera corporale della persona*, in *Legislazione penale*, 1997.

<sup>12</sup> Sentenza Corte Cost. n. 238, del 9 luglio 1996, in G.U. 17 luglio 1996, n. 29. La questione era stata sollevata dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Civitavecchia a seguito del rifiuto da parte del proprietario (indagato) di una Madonnina che lacrimava sangue di sottoporsi a prelievo ematico coattivo per verificare la compatibilità del proprio sangue con le tracce ematiche trovate sulla raffigurazione sacra nel proprio giardino.

<sup>13</sup> La Corte ha inteso accogliere la questione sollevata dal giudice a quo, che nell'ordinanza di rimessione aveva sottolineato dubbi sul fatto che la norma sottoposta al giudizio del Giudice delle leggi potesse consentire «in modo del tutto generico la possibilità di emettere un provvedimento coattivo per assicurare il compimento della perizia [...], senza alcuna concreta precisazione circa la natura e la possibilità di estensione della coazione». La Corte giunge pertanto ad affermare come il prelievo ematico coattivo comporti «un'invasione della sfera corporale della persona» e come, seguendo il disposto dell'art. 13, comma 2, Cost., dovessero essere individuati specificamente i «casi» e «modi» in cui fosse possibile limitare la libertà del soggetto sottoposto coattivamente al prelievo.

<sup>14</sup> Per fornire un esempio di quanto si prefigura, il rinvio va al caso dell'omicidio di Yara Gambirasio nel quale, durante l'attività investigativa, a seguito di uno screening di popolazione e la successiva analisi genetica, il



Questa sentenza, seppur riguardante i prelievi ematici e non specificamente il prelievo del DNA – tema per altro affine – fin dal 1996 sottolineava con forza l'urgente necessità di norme in tema di accertamenti coattivi sulla persona, vista la delicatezza della materia<sup>15</sup>. Alla luce di questa situazione si deve sottolineare come, ad oltre dieci anni dal pronunciamento della Consulta, la giurisprudenza di merito continuasse a non voler leggere quanto stava avvenendo e quanto evidenziato dalla Corte costituzionale, ammettendo l'utilizzabilità di prove acquisite a seguito di comparazione in campo genetico<sup>16</sup> senza mai bilanciare i diritti e i valori posti in gioco<sup>17</sup>. Questo atteggiamento dei giudici ha inevitabilmente finito con il consentire la creazione e l'esistenza di *database* genetici «artigianali sottratti ad ogni serio controllo»<sup>18</sup>, anche a causa di un legislatore silente, che preferiva differire l'approvazione di un testo di vitale importanza ma tecnicamente complesso e significativamente incidente sui diritti dei cittadini.

La sentenza esaminata ha dunque determinato un *horror vacui*<sup>19</sup> in una materia, come di tutta evidenza, particolarmente delicata, vuoto che è stato colmato, merita sin da ora sottolinearlo, solo a seguito di due interventi legislativi di molto successivi e specificamente la Legge 155/2005 e la Legge 85/2009. Ciò che è interessante notare tuttavia è come gli effetti della sentenza n. 238/1996 si siano riverberati non tanto sull'utilizzo del test del DNA in sede processuale, quanto invece sulle modalità attuative di prelievo e utilizzo del materiale biologico e della successiva tipizzazione, determinando, in assenza di legislazione specifica, una copiosa giurisprudenza tutta basata sulla invasività o meno del

---

principale imputato nel processo, Massimo Bossetti, si scoprì essere figlio naturale di padre diverso da quello anagrafico. Queste informazioni, diffuse dai giornali, andarono a riverberarsi anche sulla sorella gemella, come sul terzo fratello divenuto parzialmente consanguineo nonché del padre anagrafico, reso pubblicamente edotto della relazione extraconiugale della moglie, con evidenti lesioni alla privacy individuale e alla dignità del singolo e/o delle persone poste in un rapporto genetico con il soggetto sottoposto a prelievo. Sull'intera vicenda processuale, sulla quale la Cassazione si è pronunciata nel 2018 (Cass. Pen., sez. I, 23 novembre 2018, n. 52872) ed in particolare sulle vicende sopra descritte, si legga un recente contributo: N. STAITI, F. GENTILE, E. PILLI, G. LAGO, *The Yara Gambirasio case: collection strategy and mass screening used to find the perpetrator DNA in a difficult scenario*, in *Forensic Science International*, ottobre 2019. Più in generale sulla prova del DNA nel processo penale si legga anche: F. TARONI, I. DE MARCH, P. GARBOLINO, S. BOZZA, *Prova genetica del DNA e risultati dissonanti: come valutare congiuntamente gli elementi scientifici di prova*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11, 2018; G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, Milano, 2019.

<sup>15</sup> La Corte, infatti, ha affermato come la materia dei prelievi coattivi necessitasse un attento intervento legislativo, volto a precisare casi e modi di intromissione nella sfera privata e nell'integrità fisica degli individui chiamati ad essere sottoposti a tali test.

<sup>16</sup> V. al proposito la sentenza della Cass. Pen., Sez. V, n. 4430, 2007, che ha sostenuto l'utilizzabilità della prova acquisita grazie alla comparazione del codice genetico ritrovato su alcuni oggetti presenti sulla scena di un crimine con quello rinvenuto in un archivio informatico gestito, in via di fatto, da una forza di polizia.

<sup>17</sup> Sul fronte legislativo, va ricordata l'iniziativa – non coronata da successo – dell'allora Ministro di Grazia e Giustizia, Giovanni Maria Flick, avente per oggetto la "Disciplina dei prelievi di campioni biologici e degli accertamenti coattivi nel procedimento penale". Il testo del Ddl S. n. 3009/1998, è consultabile in <http://www.parlamento.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=13&id=3213>. In proposito si vedano R. ORLANDI, G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica nel processo penale germanico: osservazioni su una recente riforma*, in *Diritto e Procedura Penale*, 1999, 762.

<sup>18</sup> G. GENNARI, *La istituzione della Banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, in A. SCARCELLA (a cura di), *Prelievo del DNA e Banca dati nazionale*, Padova, 51.

<sup>19</sup> In generale sul tema, si legga: R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007.

prelievo e conseguentemente dei limiti e dei vincoli opponibili al prelievo in rapporto all'art. 13 di Costituzione. Si era dunque venuta a formare una "disciplina giudiziale" che ha cercato di porre al centro la tutela della persona e dei suoi diritti costituzionalmente tutelati, basata però su interventi legati, come naturale, a fattispecie specifiche riscontrate in sede processuale<sup>20</sup>.

Di particolare rilievo risulta l'intervento della Corte di Cassazione, rivolto alla determinazione della legittimità dell'acquisizione di materiale biologico anche in assenza del consenso del soggetto<sup>21</sup> le cui tracce organiche erano state raccolte su materiali abbandonati e che conseguentemente non aveva comportato alcun prelievo sull'individuo. Come si intuisce, è questa una giurisprudenza di non poca importanza, che si è andata indirettamente a riverberare da una parte sul fondamentale principio del *nemo tenetur se detergere*, espressione di una rilevante garanzia individuale raggiunta nel tempo, dall'altra su valori e diritti in gioco, portato di faticosi traguardi raggiunti, come la tutela della privacy in ambito genetico o l'autodeterminazione dell'accusato<sup>22</sup>. Ed ancora, il tema è diventato poi quello della possibilità del riconoscimento della legittimità di un provvedimento di perquisizione e sequestro (ex art. 507 C.p.p.) disposto dal Tribunale con intervento d'ufficio finalizzato ad acquisire materiale biologico proveniente dagli imputati, così da poter effettuare *ex post* una comparazione tra le tracce rinvenute sulla scena del crimine e quelle provenienti dalla perquisizione effettuata<sup>23</sup>.

Facendo riferimento a questa giurisprudenza, sembra ormai acclarata la possibilità di acquisizione di materiale "abbandonato" attraverso il quale successivamente eseguire analisi di laboratorio per la determinazione del profilo individuale del DNA<sup>24</sup>. La dottrina nel tempo ha tuttavia manifestato forti perplessità circa l'acquisizione di materiale in occasione di queste indagini atipiche, ritenendo che in definitiva esse si tramutino in possibili lesioni della libertà di autodeterminazione dei singoli<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Si consultino Cass., sez. III, 4 aprile 1997 in Cassazione penale, 1998, 2413, sulla incoercibilità dei prelievi invasivi e la inutilizzabilità a fini probatori del prelievo effettuato coattivamente; Cass., sez. II, 8 luglio 2004, in C.E.D. n. 230245, nella quale si afferma che il rifiuto dell'indagato a sottoporsi al prelievo del Dna, per esame comparativo, è valutabile come elemento di prova integrativo e può formare elemento di convincimento del giudice. Sulla ultima sentenza si consulti C. PAPAGNO, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Milano, 2009, 147.

<sup>21</sup> Cass., sez. I, 23 ottobre 2008, in *Cassazione penale*, 2009, 4348 ss. Il tema qui affrontato ha destato particolari critiche per mancanza di apposito consenso dell'interessato alle analisi svolte, in aperto contrasto con il principio del *nemo tenetur se detergere* dal momento che non è possibile per l'imputato decidere se fornire o meno elementi che lo potrebbero condurre all'incriminazione. Sullo stesso tema si veda anche Cass., sez. II, 9 maggio 2014, n. 33076.

<sup>22</sup> Per una attenta ricostruzione dei valori in gioco in questo ambito si veda A. SCARCELLA (a cura di), *Prelievo del DNA e Banca dati nazionale*, Padova, 2009.

<sup>23</sup> Con la sentenza n. 44481, la IV Sezione della Corte di Cassazione penale ha infatti affermato che le modalità di provvedimenti – a finalità probatoria – di perquisizione e sequestro qualificabili come "atti a sorpresa", legittimamente e per natura risultano privi di contraddittorio e necessitano di peculiari atti decisorii ed esecutivi, debitamente ed adeguatamente motivati, anche mediante una esaustiva argomentazione circa la connessione tra l'oggetto della ricerca probatoria e il delitto per cui si procede (nel caso di specie, un atto di violenza sessuale); così Cass. IV Sez. pen., n. 44481, 12 luglio 2004.

<sup>24</sup> Fra le più recenti sentenze in tema si legga Cass., sez. II, 7 ottobre 2016, n. 51086 in C.E.D. n. 269233.

<sup>25</sup> Sul punto si veda C. FANUELE, *L'acquisizione occulta di materiale biologico*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, 2014, 311. C'è chi sottolinea poi come «prima del 2009, l'assunto era criticabile ma comprensibile, nel vuoto normativo; dopo l'entrata in vigore della legge n. 85 del 2009, invece, l'assunto deve essere fortemente criticato, perché occorre ritenere che gli unici casi e modi di prelievo legittimo siano quelli previsti dalle norme, ed ogni altro espediente si ponga fuori da quei casi e modi e sia pertanto inutilizzabile» (S. MARCOLINI, *Le*

Contrariamente, altri studiosi sottolineano come in mancanza di un divieto esplicitato anche dalle più recenti normative relativamente alla raccolta occulta di materiale questo non determini alcuna lesione al diritto alla privacy o alla libertà<sup>26</sup>.

Quello che oggi è comunque constatabile è che pur a fronte di una legge 85/2009 che disciplina le modalità tipiche del prelievo, esistono comunque modelli atipici creati giurisprudenzialmente<sup>27</sup>.

L'utilizzo per così dire "tipico" del *DNA profile* nel circuito probatorio penale italiano è infatti storia recente che vede il suo laborioso avvio nel 2009<sup>28</sup>. Certo l'intervento legislativo che ha visto l'approvazione della legge 85/2009 ha risposto, seppur con uno "scarto" temporale di più di dieci anni, al monito della Corte costituzionale, ma se sul piano della scrittura delle norme relative alla procedura penale un grande passo è stato fatto, su quello della piena operatività dello strumento, e cioè del reale funzionamento della Banca Dati del DNA, abbiamo dovuto aspettare il 2017<sup>29</sup>. E nonostante questa lunga attesa non è possibile non condividere le attente osservazioni di chi sostiene come sia possibile affermare «che la *genetic evidence* abbia fatto ingresso nei Tribunali senza la necessaria consapevolezza, disvelando gravi carenze di comprensione dei limiti (oltretutto delle potenzialità) sottesi ad uno strumento tanto delicato. E ciò in quanto il dibattito nostrano sulle dinamiche processuali che veicolano le informazioni genetiche appare circoscritto alla ristretta cerchia degli interpreti che hanno saputo scandagliarne criticamente capacità e confini»<sup>30</sup>.

---

*indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cassazione Penale*, 2015, 765, nota 20).

<sup>26</sup> Finanche a sostenere che «si tratta anzi di una pratica raccomandabile, perché evita di incidere senza necessità il bene della libertà personale», A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, 170.

<sup>27</sup> Sulla problematica "costruzione" di diritti basati sulle giurisdizioni vedi quanto affermato da Staiano che spiega come l'attività del Giudice possa prefigurare "distopie" di sistema. «Ma chi pensasse che il compimento di un simile processo disegni il futuro desiderabile di una cittadinanza consistente in un tessuto di diritti costruiti e garantiti dalle giurisdizioni, nel superamento del circuito della rappresentanza politica, coltiverebbe una distopia autoritaria. Anche le sorti della riservatezza lo dimostrano: nessun diritto fondamentale può essere lasciato nelle mani di un'aristocrazia giudiziale – oggi necessariamente multilivello – che decida essa stessa sui confini del proprio potere, sostanzialmente libera da vincoli normativi. E da questa posizione esclusiva decida sul bilanciamento tra libertà e sicurezza», S. STAIANO, *Diritto alla riservatezza e potere pubblico*, in *Federalismi.it*, 17, 2017.

<sup>28</sup> Legge n. 85 del 30 giugno 2009, di ratifica del Trattato di Prüm, concluso il 27 maggio 2005 tra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica d'Austria. Su cui vedi gli approfondimenti apparsi quell'anno di C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009; A. SCARCELLA (a cura di), op. cit.

<sup>29</sup> Solo il 19 gennaio 2017, infatti, è entrato in vigore del Decreto del Ministro dell'Interno 8 novembre 2016, ultima tappa di una serie di atti regolamentari necessari per la piena attivazione della banca dati italiana del DNA. Sulla recente attivazione si rinvia a R. BIONDO, S. BARBATO, *L'organizzazione ed il funzionamento della Banca dati nazionale del DNA (BDN-DNA)*, in L. SCAFFARDI (a cura di), *La banca dati italiana del DNA. Limiti e prospettive della genetica forense*, cit.

<sup>30</sup> L. LUPÁRIA, *Prova genetica e Banca dati nazionale. Quali sfide per il processo penale contemporaneo*, in L. SCAFFARDI (a cura di), *La banca dati italiana del DNA. Limiti e prospettive della genetica forense*, cit., 26. Più ampiamente anche con riferimento all'impianto bibliografico in tema, vedi dello stesso autore: L. LUPÁRIA, *Dati genetici e cultura processuale: un futuro ancora da comporre*, in L. MARAFIOTI, L. LUPÁRIA (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Milano, 2010, in particolare 343 ss.

### 3. La Legge 31 luglio 2005, n. 155 e il ridimensionamento del ruolo dell'organo giurisdizionale in materia di prelievi coattivi

Procedendo con ordine, prima di pervenire a più ampie considerazioni sulla vigente legge 85/2009, devono essere svolte alcune considerazioni su di un precedente intervento normativo in materia di prelievo e di utilizzo del *dna fingerprint* nell'ambito processuale.

Si tratta del decreto-legge n. 144 del 2005<sup>31</sup>, avente come oggetto "Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale"<sup>32</sup>, convertito con modificazioni in legge 31 luglio 2005, n. 155<sup>33</sup> che prevedeva, tra l'altro, all'art. 10 intitolato "Nuove norme sull'identificazione personale", la possibilità di identificare individui attraverso il prelievo coattivo di capelli o saliva<sup>34</sup>, andando così ad inserire un nuovo comma (2-bis) all'art. 349 del C.p.p. Da sottolineare inoltre che la norma approvata permetteva il prelievo di materiale biologico senza consenso, da parte della polizia giudiziaria, sia dell'individuo sospetto sia di terzi, andando così ad estendere gli ambiti dell'art. 349, co. 2-bis del C.p.p.<sup>35</sup> ai sopralluoghi previsti dall'art. 354, co. 3 C.c.p.

Non furono poche le osservazioni critiche a questo affrettato disposto normativo che arrivava, ricordiamolo, in un momento particolarmente delicato nella lotta al terrorismo nazionale e internazionale e cioè a seguito degli attentati che colpirono le città di Madrid e soprattutto Londra<sup>36</sup>. Le critiche<sup>37</sup> pur nella consapevolezza di una urgente presa di coscienza e di responsabilità da parte del legislatore su una tematica sempre più delicata, si soffermavano sul fatto che non veniva prevista una specifica limitazione ai soli reati con finalità terroristiche<sup>38</sup>. Trovava dunque una sua prima risposta quell'*horror*

<sup>31</sup> Il testo del decreto-legge è reperibile in <http://www.camera.it/parlam/leggi/decreti/05144d.htm>.

<sup>32</sup> Per un approfondimento sul punto si rimanda a: L. FILIPPI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo. Le disposizioni processuali*, in *Diritto penale e processo*, 2005; P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Milano, 2007; R.E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, in R.E. KOSTORIS, R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006.

<sup>33</sup> Legge 31 luglio 2005, n. 155, in G.U. n. 177 dell'1 agosto 2005, consultabile in <http://www.camera.it/parlam/leggi/05155l.htm>.

<sup>34</sup> Art. 10, co. 1, legge 31 luglio 2005 n. 155. Sul punto v. M. FERRAIOLI, *Il fermo di polizia giudiziaria per l'identificazione personale*, in A.A. DALIA, (a cura di), *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, Milano, 2006.

<sup>35</sup> Art. 349, comma 2-bis, c.p.p.: «se gli accertamenti indicati dal comma 2 comportano il prelievo di capelli o saliva e manca il consenso dell'interessato, la polizia giudiziaria procede al prelievo coattivo nel rispetto della dignità personale del soggetto, previa autorizzazione scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, del pubblico ministero».

<sup>36</sup> Gli attentati del 7 luglio 2005 a Londra provocarono forte preoccupazione nell'opinione pubblica internazionale e spinsero i governi di molti Paesi ad intervenire in modo più restrittivo sul fronte della sicurezza. La cosiddetta "legge Pisanu", promossa dall'allora ministro dell'Interno, Giuseppe Pisanu, fu approvata con voto *bipartisan* e con ampia maggioranza in appena 72 ore.

<sup>37</sup> A tale proposito si vedano, tra gli altri, A. SCALFATI, *Potenziamento della polizia giudiziaria tra ruoli investigativi ed intrusioni de libertate*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale: modifiche al sistema penale e nuovi strumenti di prevenzione*, E. ROSI, S. SCOPELLITI (a cura di), Milano, 2006, 101 ss.; F. PULEIO, *Banca dati Dna: basta con i rinvii. Sui prelievi servono più garanzie*, in *Diritto e Giustizia*, 47, 2005, 11 ss.; F. DE LEO, *Terrorismo: le "scappatoie" per uscire dall'incostituzionalità sul prelievo del DNA*, in *Guida al diritto.*, 37, 2005, 11 ss.

<sup>38</sup> Come giustamente osservato, «il principio ispiratore della legge. n.155 cit. è stato, senza dubbio, quello di rendere più incisiva la lotta al terrorismo; tuttavia, sul piano sistematico, dato l'inserimento delle sue norme nel codice di rito penale, sembra essersi trattato di un intervento avente portata generale: l'operatività delle nuove regole sui prelievi biologici non è stata espressamente limitata ai procedimenti per reati con finalità terroristiche,

*vacui* che si era determinato con la sentenza 238/1996, di cui si è detto, ma questo avveniva non in maniera complessiva, con un puntuale atto legislativo di ridisegno della materia, quanto piuttosto con un atto “emergenziale” che amplificava il ruolo e i poteri investigativi della polizia giudiziaria.

Il richiamato art. 354, comma 3, C.p.p., introdotto dalla normativa in esame, disciplinava il prelievo di materiale biologico in sede di accertamenti urgenti e non dunque a fini identificativi: in tal senso veniva consentito alla polizia giudiziaria di ottenere *samples* di determinati individui in modo da poter procedere ad una comparazione tra profilo genetico estratto dal campione e quello rinvenuto sulle scene dei crimini, così da determinare una relazione di identità<sup>39</sup>. Ecco perché, a seguito dell’approvazione di questa norma, si è parlato di una sua natura «illiberale»<sup>40</sup>, presentando essa problemi di “tenuta” «rispetto a canoni indiscussi, quali la riserva di legge e di giurisdizione, imposti dall’articolo 13 della Costituzione»<sup>41</sup>.

Concludendo sul punto, risulta di tutta evidenza come la norma presentasse una serie di anomalie particolarmente gravi<sup>42</sup>: «dal silenzio su taluni profili cruciali della materia (quali estrazione, repertazione, conservazione del DNA *profiling*) all’impropria collocazione topografica (il prelievo di materiale biologico, per sua natura inalterabile nel corso della vita di una persona, viene curiosamente legato all’indifferibilità dell’atto in ragione del rischio di deperibilità o modificabilità della *res*), per passare attraverso l’incongruenza sistematica di aver attribuito il prelievo a quegli stessi organi di polizia ai quali, appena al comma precedente, si fa divieto di effettuare rilievi sul corpo che travalichino la soglia dell’ispezione personale»<sup>43</sup>. Si perveniva, in questo modo, anche ad un surrettizio ridimensionamento del ruolo dell’organo giurisdizionale in materia, la cui centralità verrà ripristinata successivamente soltanto con l’art. 27 della l. 85/2009 che andrà ad abrogare appunto l’art. 354, comma 3, c.p.p. così come inserito dalla richiamata legge 155/2005.

#### 4. La Legge 30 giugno 2009, n. 85 e le modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale

Più generalmente, al di là della difficoltà insita nella “tecnicità” della materia, la mancanza di un preciso disegno di politica criminale legata all’utilizzo di questi nuovi mezzi investigativi, politica lasciata in quegli anni e in questo specifico campo quasi al succedersi degli eventi (terroristici *in primis*), ha finito

---

essendo state le medesime collocate tra quelle concernenti genericamente le attività ad iniziativa della polizia giudiziaria. Di conseguenza, sembra che le disposizioni in questione riguardino comunque queste investigazioni, a qualsiasi illecito esse si riferiscano». C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., 106.

<sup>39</sup> V. al proposito quanto specificato da P. FELICIONI, *La prova del DNA nel procedimento penale. Profili sistematici, dinamiche probatorie, suggestioni mediatiche*, Milano, 2018, 110.

<sup>40</sup> G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, cit., 943.

<sup>41</sup> Parla espressamente di “tenuta” della disposizione M. PIERDONATI, *Accompagnamento coattivo e operazioni peritali*, in L. MARAFIOTI, L. LUPARIA (a cura di), *Banca dati del Dna e accertamento penale*, cit., 301.

<sup>42</sup> Su cui vedi ampiamente i commenti di: R.E. KOSTORIS, *Prelievi biologici coattivi*, cit., 337 ss.; G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cassazione penale*, 2008, 8; B. GALGANI, L. LUCCHINI, *Commento all’articolo 10 del d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modifiche, in l. 31 luglio 2005, n. 155, in Legislazione penale*, 2005, 509.

<sup>43</sup> M. PIERDONATI, *Accompagnamento coattivo e operazioni peritali*, in L. MARAFIOTI, L. LUPARIA (a cura di), *Banca dati del Dna e accertamento penale*, cit., 301.

per incidere, come si è descritto, sulle stesse garanzie costituzionali. E così, mentre generalmente l'Italia si segnala per le sue politiche garantiste e particolarmente attente all'individuo, per converso, le problematiche nascenti dall'"omissione" legislativa in materia di prelievi coattivi e del loro utilizzo tramite "archivi di dati"<sup>44</sup> non meglio identificabili, hanno determinato un allontanamento, se non una sospensione, di alcuni di quei principi previsti in Costituzione, che spaziano dalla libertà personale alla *privacy* individuale.

La legge n. 85 del 30 giugno 2009<sup>45</sup> ha dato soluzione alla complessa situazione che si era venuta creando. Mentre numerosi erano stati nel tempo i diversi disegni di legge che non erano giunti ad una approvazione, la legge n. 85 ha completato il suo *iter* legislativo in pochissimi mesi<sup>46</sup> ed infine il testo approvato è riuscito a descrivere una importante e organica rappresentazione della materia<sup>47</sup>. Nonostante ciò, il pur necessario rinvio alla fonte regolamentare contenuta nella legge, ha costretto per quasi sette anni il nostro Paese in una sorta di "limbo normativo" che non permetteva alle previsioni legislative di dispiegare i propri effetti e di pervenire dunque alla compiuta realizzazione della Banca dati nazionale del DNA. Solo con il D.P.R. n. 87 del 7 aprile 2016<sup>48</sup> è stato emanato il lungamente atteso regolamento recante le disposizioni di attuazione della legge<sup>49</sup>.

La legge n. 85/2009 è divisa in quattro sezioni, seguendo la titolazione stessa della norma: la prima attiene alla necessaria adesione al Trattato di Prüm; la seconda prevede la vera e propria istituzione della Banca dati nazionale e del relativo Laboratorio centrale per la Banca dati nazionale del DNA; la terza stabilisce il conferimento di una delega al Governo per l'adozione di uno o più regolamenti relativi al funzionamento e all'organizzazione della Banca dati nazionale ed alle modalità e alle tecniche di analisi e conservazione dei campioni biologici nonché una ulteriore delega rivolta all'istituzione di ruoli tecnici del Corpo di Polizia penitenziaria<sup>50</sup>. La quarta parte, infine, è dedicata alle modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale. Pare opportuno partire proprio da quest'ultimo punto, che abbiamo visto essere uno degli aspetti centrali e fortemente necessari, considerando oltretutto che tali modifiche sono entrate in vigore all'atto della

<sup>44</sup> Si veda più ampiamente sul tema G. GENNARI, *Genetica forense e codice della privacy: riflessioni su vecchie e nuove banche dati*, cit.

<sup>45</sup> Legge 30 giugno 2009, n. 85, pubblicata in G.U., 13 luglio 2009, Suppl. Ordinario n. 108.

<sup>46</sup> Sul punto v. P. TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 883.

<sup>47</sup> Per un primo inquadramento sul tema si rimanda a G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, in G. CONSO, G. GIOSTRA (a cura di), *La disciplina del prelievo biologico coattivo alla luce della l. 30 giugno 2009, n. 85*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010; P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in *Diritto penale e processo, Speciale Banche dati*, 2, 2009.

<sup>48</sup> D.P.R., 07/04/2016 n. 87, in G.U del 26 maggio 2016.

<sup>49</sup> Secondo il disposto dell'articolo 16 della legge n. 85/2009, infatti, il regolamento doveva essere adottato «su proposta del Ministro della Giustizia, del Ministro dell'Interno e del Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali, di concerto con il Ministro della Difesa, con il Ministro dell'Economia e delle finanze e con il Ministro delle Politiche agricole alimentari e forestali, sentiti il Garante per la protezione dei dati personali e il CNBBSV (Comitato nazionale per la biosicurezza, le biotecnologie e le scienze della vita)».

<sup>50</sup> «L'istituzione dei ruoli tecnici costituisce una nuova sfida per la Polizia penitenziaria, essendo tale Corpo privo di una esperienza specifica in questa delicata materia», A. MALUDROTTU, M. CANGIANO, *Il prelievo del DNA nell'ambiente penitenziario: profili tecnici*, in *Rassegna Penitenziaria*, 1, 2011, 36. Sfida oggi vinta all'esito della formazione cui gli operatori sono sottoposti.

approvazione della legge, mentre, come si diceva, il resto del disposto ha dovuto attendere diversi anni per spiegare i suoi effetti<sup>51</sup>.

Ebbene, la soluzione finalmente adottata al proposito dalla legge 85/2009 è stata quella di introdurre novelle nel Capo IV del Codice di procedura penale, così da poter permettere nuovamente, e con diverse cautele, gli accertamenti tecnici idonei a incidere sulla libertà personale: nello specifico, la legge prevede, agli artt. 24-29, la disciplina dello svolgimento degli accertamenti tecnici coattivi nel corso delle indagini preliminari o nell'esecuzione di una perizia.

Nel dettaglio, l'art. 24, attraverso l'introduzione dell'art. 224-bis C.p.p., regola la perizia che comporta l'esecuzione di atti idonei ad incidere sulla libertà personale prevedendo la possibilità, da parte del giudice, di disporre un prelievo coattivo nei confronti dell'indagato o dell'imputato di un reato, anche nel caso in cui il soggetto non presti il proprio consenso. Sono tuttavia previsti alcuni limiti in base ai quali nessun accertamento può essere disposto: qualora vi siano espressi divieti di legge o qualora tali operazioni possano mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero quando, secondo la scienza medica, possano provocare sofferenze di non lieve entità. Da quanto fino a qui esposto si potrebbe pensare che il legislatore abbia inteso approvare una normativa sommaria e dagli ampi confini. Diversamente, è da condividere l'interpretazione secondo cui «il Parlamento ha scelto di lasciare libertà agli esperti chiamati ad eseguire le operazioni, senza tracciare una disciplina di dettaglio che avrebbe imbrigliato l'evoluzione tecnologica»<sup>52</sup>. Ciò che può apparire come una norma che poco tutela gli individui dinnanzi al potere giudiziario, è mediato e 'imbrigliato' dagli obblighi in capo al giudice: quest'ultimo, anche d'ufficio, è tenuto a disporre un'ordinanza motivata che deve contenere, a pena di nullità, le generalità della persona da sottoporre all'esame del perito e l'indicazione del reato per cui si procede. In tal senso, la norma richiede anche una descrizione, per quanto sommaria, del fatto e le ragioni indispensabili della richiesta tali da renderlo assolutamente indispensabile per la prova dei fatti, nonché la possibilità di farsi assistere da un difensore. Viene poi specificato che, in caso di mancata comparizione senza un legittimo impedimento, il soggetto dovrà essere accompagnato coattivamente nel luogo dove si svolgerà il prelievo.

Il successivo art. 25 introduce il nuovo art. 359-bis, che prevede come sia possibile, per il pubblico ministero, disporre un prelievo coattivo nel corso delle indagini qualora non vi sia il consenso della persona interessata. Questo può avvenire solo dopo che il Pubblico ministero abbia ottenuto l'autorizzazione da parte del giudice, con specifica ordinanza e quando ricorrano le condizioni previste. Infatti, solo nel caso in cui vi sia «fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini», il Pubblico ministero può disporre lo svolgimento coattivo del prelievo che dovrà essere però convalidato, entro le quarantotto ore successive, da un'ordinanza del giudice per le indagini preliminari.

<sup>51</sup> Merita inoltre sottolineare come, essendo l'argomento dei prelievi coattivi esiziale per la materia, si sia assistito nel tempo al moltiplicarsi di studi, soprattutto da parte della dottrina processual-penalistica, essendo la risoluzione del problema una precondizione necessaria per la possibile nascita della Banca dati nazionale stessa. Fra i molti si vedano: R. ORLANDI, *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, in *Quaderni Camerti di studi romanistici*, 1992, 416; L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007; P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, cit.

<sup>52</sup> P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 330.

I successivi artt. 26 e 27 novellano gli artt. 133 e 354 C.c.p. con finalità di coordinamento. Da sottolineare come la modifica miri a disciplinare i casi in cui il giudice possa disporre l'accompagnamento coattivo di soggetti invitati a sottoporsi all'esame peritale. Sebbene si tratti di necessità endoprocedurali che possono sembrare di scarso rilievo, queste finiscono innegabilmente per cagionare un sacrificio della privacy e della libertà personale. «E non v'è dubbio che tali restrizioni di interessi fondamentali risultano ancora più ardue da giustificare laddove vengano “piegate”, per scopi probatori, anche verso soggetti del tutto “terzi” rispetto al fatto oggetto di contestazione; soprattutto appena si consideri come i nuovi dati positivi di ordinamento autorizzino – a stretto rigore – anche screening “di massa”, a cui potrebbero seguire innumerevoli provvedimenti di accompagnamento coattivo. I termini del problema paiono seri, allora, specialmente sul piano della (ir)ragionevolezza della previsione normativa, che sembra manifestare una “disparità di trattamento”; consistente nella portata – per così dire – “trasversale” dell'assoggettamento forzoso, senza gradualità alcuna in termini di presupposti applicativi, fra persone che si trovano in situazioni obiettivamente differenti. In altre parole, sembra costituzionalmente eccezionale la scelta del legislatore»<sup>53</sup>.

L'art. 28 modifica l'art. 392, co. 2 del C.p.p. in tema di incidente probatorio, in modo da consentire l'anticipazione nella raccolta della prova anche per l'espletamento di una perizia così come prevista dall'art. 224-bis C.p.p.

Il Capo IV si conclude con l'art. 29, che attiene a norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del C.p.p., volte a prevedere, anche in questo caso, l'introduzione di tre nuovi articoli, relativi rispettivamente: il primo al prelievo di campioni biologici e accertamenti medici su minori e su persone incapaci o interdetto; il secondo riguardante la verbalizzazione delle operazioni di prelievo dei campioni biologici ed il terzo che attiene alla distruzione dei campioni biologici.

Complessivamente, per quel che interessa in questa sede, deve essere sottolineato come questa specifica parte della legge 85/2009, relativa alle norme di procedura penale in materia di accertamenti tecnici, che proprio per la loro natura sono particolarmente incisivi sulla libertà personale, abbia rappresentato la chiusura dell'annosa questione apertasi al seguito della relativa pronuncia della Corte Costituzionale n. 238 del 1996, chiarendo i punti ancora oscuri e fornendo una disciplina chiara, univoca e specifica, grazie all'approvazione di un insieme di norme in aperta discontinuità con il passato, che hanno richiesto un ripensamento complessivo della materia qui riassunta. Questo ha peraltro consentito anche la possibilità di intervenire sulle molte questioni aperte in tema di acquisizione e utilizzazione probatoria dei profili genetici.

## 5. La Banca dati italiana del DNA

È importante soffermarci diffusamente sul Capo secondo della legge n. 85/2009, che costituisce il nucleo centrale dell'intero impianto normativo e rappresenta in certo qual modo una cartina di tornasole del rispetto (o meno) dei parametri costituzionali che attengono alle delicate procedure di prelievo, utilizzo, *storage* (o distruzione/cancellazione) del dato genetico. In linea con le indicazioni europee a garanzia dell'inserimento dei dati, è stata creata in Italia una Banca dati sotto il diretto controllo del Ministero dell'Interno (e specificamente del Dipartimento della pubblica sicurezza), contenente i soli

<sup>53</sup> L. MARAFIOTI, L. LUPARIA (a cura di), *Banca dati del Dna e accertamento penale*, Milano, 2010, 297-298.

profili costituiti da un «codice alfanumerico che rappresenta una serie di caratteristiche identificative della parte non codificante di un campione di DNA umano analizzato, vale a dire la struttura molecolare particolare dei vari loci del DNA»<sup>54</sup>. Questa scelta risulta di fondamentale importanza perché, essendo la Banca il luogo della comparazione e della lettura/raffronto per lo scambio transfrontaliero dei dati, i profili in essa contenuti permettono di leggere soltanto i *loci* utili ai fini identificativi e non forniscono, dunque, informazioni sul patrimonio genetico dei soggetti sottoposti a prelievo, impedendo tutti i possibili abusi che potrebbero manifestarsi<sup>55</sup>.

Viene previsto poi (art. 5), un Laboratorio centrale di analisi per il sequenziamento e la conservazione dei campioni biologici che trova la sua collocazione presso il Ministero della Giustizia e più specificamente nel Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria. La scelta operata, e cioè quella della creazione di due strutture di *storage* presso altrettante amministrazioni, è espressione della volontà di assicurare un elevato livello di professionalità negli specifici ambiti e sufficienti garanzie per gli individui coinvolti nel reperimento dei dati, dal momento che si prevede il luogo di raccolta e confronto dei profili del DNA, diviso fisicamente dal luogo di estrazione dei profili<sup>56</sup> e di conservazione dei campioni biologici.

Nella Banca dati vengono inseriti, oltre ai profili delle persone per cui è stato disposto il prelievo coattivo<sup>57</sup> (art. 9), i reperti acquisiti nel corso di procedimenti penali anteriormente alla data di entrata in

<sup>54</sup> Seguendo la definizione prevista dall'art. 2, lett. v) del D.P.R., 07 aprile 2016, n. 87, in G.U., 26 maggio 2016. Una schematica trattazione del percorso che ha portato alla nascita della Banca dati nazionale si evince dal lavoro di G. SALSI, *La Banca Dati del DNA. Indagini genetiche e problematiche giuridiche*, Bologna, 2012. In chiave positiva di giudizio è il contributo di P. RIVELLO, *Alcune osservazioni in ordine alla Banca dati nazionale del DNA*, in *Diritto penale e processo*, 11, 2016.

<sup>55</sup> Si tratta di scenari possibili e non così lontani dal poter essere realizzati, nei confronti dei quali il giurista deve relazionarsi con attenzione: «peraltro, ribadita la capacità unica di identificazione personale del *DNA fingerprinting*, il numero di marcatori utilizzati a fini forensi è destinato a crescere, aumentando parallelamente anche il bagaglio di informazioni che da esso si può ricavare. In una recente pubblicazione scientifica, un genetista ben pratico di analisi forensi presenta la concreta prospettiva di una genetica dei tratti somatici, mentre una nota azienda americana offre agli investigatori due test genetici che sarebbero in grado di rivelare il colore degli occhi e la appartenenza del soggetto ad uno dei quattro grandi gruppi di popolazione presenti sul continente americano», G. GENNARI, *La istituzione della Banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, cit., 49. Ma si rifletta anche sul possibile uso indiscriminato di tali informazioni, così come già avvenuto in Inghilterra, o sulle recenti frontiere dell'utilizzo di parti inedite del DNA che permettono agli investigatori, negli Stati Uniti, di poter ottenere completi *identikit* genetici a poche ore dal repertamento sulla scena del crimine. Sui due punti segnalati per una più ampia descrizione sia consentito il rinvio a L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona. Uno studio comparato sull'uso (e abuso) delle Banche dati del DNA a fini giudiziari*, cit., 89 ss. e 263.

<sup>56</sup> Attività svolta nei laboratori delle Forze di polizia o altrimenti individuabili a seguito di specifica specializzazione. Sul tema e sulle problematiche nascenti dal riconoscimento sui laboratori di alta specializzazione si legga: R. BIONDO S. BARBATO, *L'organizzazione e il funzionamento della banca dati nazionale del DNA*, cit., 64 ss. e S. PELOTTI, *L'accreditamento dei laboratori di genetica forense: l'inizio di una nuova fase storica, non senza vittime*, in L. SCAFFARDI (a cura di), *La Banca dati italiana del DNA. Limiti e prospettive della genetica forense*, cit., 142.

<sup>57</sup> Questi soggetti sono tassativamente specificati all'articolo 9, commi 1 e 2, della legge e sono rispettivamente i soggetti arrestati in flagranza o sottoposti a fermo di indiziato di delitto, dopo la convalida da parte del giudice, sottoposti a custodia cautelare in carcere o agli arresti domiciliari, a detenzione o a una misura alternativa alla detenzione a seguito di sentenza irrevocabile, o a misura di sicurezza detentiva, per delitti, non colposi, per i quali sia consentito l'arresto facoltativo in flagranza, con esclusione però di alcune fattispecie di reato (per un riferimento completo a tutta l'ampiezza dei soggetti sottoponibili a prelievo, si rimanda al testo dell'art. 9). Al

vigore della legge (art. 17), nonché quelli provenienti dai reperti biologici reperiti su una scena del crimine o quelli di persone scomparse o loro consanguinei (questi ultimi tuttavia, posti in una specifica parte del *database*, interrogata solo in caso di ricerche di scomparsi).

Dalle disposizioni richiamate si evince come le informazioni inserite appartengano «a una duplice fonte di approvvigionamento fisiologica: quella costituita dai dati trasmessi dal Laboratorio centrale – la cui ampiezza è definita dai presupposti oggettivi e soggettivi indicati dall'articolo 9 – e quella rappresentata dalla quotidiana attività di indagine sul territorio»<sup>58</sup>. Il legislatore italiano ha così opportunamente inteso escludere che in Banca dati possano essere inseriti campioni di volontari anche dopo aver raccolto il loro consenso informato<sup>59</sup>. La scelta appena illustrata appare di estrema rilevanza rispetto a quelle effettuate da altre legislazioni straniere, quella inglese *in primis*, che hanno invece per lungo tempo cercato di ottenere il massimo numero di informazioni possibili facendo ricorso anche alla disponibilità al prelievo da parte di volontari. Questo perché il legislatore, in quei Paesi, ha ritenuto che banche dati genetiche di tipo universalistico<sup>60</sup> fossero meglio utilizzabili ed utili al fine della risoluzione dei crimini<sup>61</sup>. Anche in Paesi come il Regno Unito, tuttavia, si è assistito negli ultimi anni ad una deriva garantista: proprio il consenso di volontari e la sua disciplina è esemplificativo di questa recente attenzione ad una più efficace tutela dei diritti alla riservatezza e protezione dei dati: inizialmente, infatti, il consenso di tali soggetti era ritenuto definitivo, ma, a seguito della sentenza Marper<sup>62</sup>, è divenuto revocabile proprio per garantire il diritto di “recesso”, da riconoscere ad ogni individuo che conceda

---

proposito v. A. PRESUTTI, *L'acquisizione forzosa dei dati genetici tra adempimenti internazionali e impegni costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, 545 ss.

<sup>58</sup> G. GENNARI, *La istituzione della Banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, cit., 69.

<sup>59</sup> Gli unici “volontari” sono i consanguinei di persone che spontaneamente prestano il DNA per ritrovare i familiari: questi profili non potranno però essere analizzati per indagini penali, essendo conservati, come detto, in uno specifico segmento del *database*. Si veda I. BOIANO, *L'obbligo di informazione sulle finalità del prelievo di campioni organici*, in *Cassazione Penale*, 2009, 4349.

<sup>60</sup> Per un approfondimento sulla distinzione fra i diversi tipi di banche dati a cui si ispirano i vari Paesi, L. PICOTTI, *Trattamento dei dati genetici, violazioni della privacy e tutela dei diritti fondamentali nel diritto penale*, in *Rivista di informatica*, 4-5, 2003, 67.

<sup>61</sup> Anche tenendo conto della richiesta di alcune categorie di soggetti con precedenti penali, i quali preferivano fornire spontaneamente il proprio DNA per scongiurare successive indagini a proprio carico, pratica che aveva fatto sorgere dubbi anche nella dottrina britannica, in particolare con riguardo appunto all'irrevocabilità dell'atto di disposizione del proprio DNA. Sul punto si leggano R. WILLIAMS, P. JOHNSON, P. MARTIN, *Genetic Information & Crime Investigation, Social, ethical and public policy aspects of the establishment, expansion and police use of the National DNA Database*, Durham, 2004, 92.

<sup>62</sup> Nota sentenza della Corte EDU, *S. e Marper c. Regno Unito*, Grande Camera, 4 dicembre 2008 in cui la Corte ha affermato come vi sia violazione dell'art. 8 della CEDU conseguente alla raccolta indiscriminata di dati genetici, seppur per finalità legate all'attività giudiziaria. La Corte, chiamata a valutare la normativa inglese del tempo, ha affermato l'interferenza delle norme allora vigenti in Inghilterra con il diritto al rispetto della vita privata delle persone interessate e questo proprio a causa della natura indiscriminata della conservazione dei campioni cellulari e dei relativi profili del DNA, in ragione della qualità delle informazioni personali contenute in questi dati. La Grande Camera ha rilevato l'indiscussa utilità di questi mezzi di prova, ma ne ha anche tracciato le particolari condizioni di utilizzabilità e non solo di questi, visto che la sentenza si occupa anche della conservazione delle impronte digitali. Sul caso Marper cfr. *ex plurimis* con un ampio fronte critico tra gli studiosi USA: A. SUTERWALLA, *DNA Discrimination*, in *New Law Journal*, 158, 2008, 505 ss.; A. JACKSON, *Public: Whose right is it anyway?*, in *New Law Journal*, 159, 2009, 187; C. NYDICK, *The British Invasion (of Privacy): DNA Databases in the United Kingdom and United States in the Wake of the Marper Case*, in *Emory International Law Review*, 23, 2010, 609 ss.

volontariamente parte di un dato – come quello genetico – più che personale (anche se le procedure a tal fine rimangono ancora oggi spesso farraginose e complesse).

Alcune considerazioni meritano anche le problematiche derivanti dall'art. 17 della legge, laddove questo stabilisce che i profili del DNA da inserire in Banca dati possono essere ricavati da reperti acquisiti nel corso di procedimenti penali anteriormente alla data di entrata in vigore della legge: questi dovranno essere trasferiti, dopo aver ottenuto il nulla osta dell'autorità giudiziaria, dalle Forze di polizia alla Banca dati del DNA entro un anno dall'entrata in funzione della stessa. Se la norma è certamente stata inserita per evitare la dispersione di un ampio patrimonio di dati acquisiti prima dell'entrata in vigore della legge, la sua *ratio* è da ricercarsi nel fatto che si vogliono immettere nella Banca dati reperti che provengono da procedimenti per i quali non si è ancora trovato un colpevole e quindi nella speranza di dare soluzioni a crimini rimasti irrisolti (cosiddetti *cold case*).

Se da una parte deve essere sottolineata con favore questa importante possibilità, dall'altra bisogna chiedersi quanto sarà il tempo necessario per permettere alle Forze di polizia di poter trasferire tutto il “posseduto”, tenuto conto del fatto che deve essere preventivamente richiesto il nulla osta alla competente autorità giudiziaria. Con riferimento a quest'ultimo, è da condividere il fatto che «non si comprende quale sia la funzione del nulla osta dell'autorità giudiziaria e quale tipo di controllo ad essa sia devoluto. La prescrizione sembra prefigurare un generico controllo giurisdizionale, in realtà privo di contenuto effettivo»<sup>63</sup>. Ma, oltre a questa criticità, soprattutto si rimarca che in attesa del trasferimento definitivo di tutto il “posseduto” alla Banca dati nazionale i profili conservati dalle Forze di polizia presso i rispettivi laboratori possono comunque essere utilizzati (art. 36), sia pure solo in ambito nazionale, previo nulla osta, anche in questo caso, dell'autorità giudiziaria. In sostanza, siamo di fronte a una legalizzazione *ex post* di quegli archivi precedenti la Banca dati nazionale che certo non contribuirebbero all'armonizzazione funzionale del sistema qualora il problema dell'inserimento del pregresso non venisse risolto nel più breve tempo possibile. Da ricordare anche che i vecchi archivi sono tuttora estranei alle forme di controllo espressamente previste per la “nuova” Banca dati ad opera del Garante per la Protezione dei dati personali che, per quanto concerne il pregresso, continua a mantenere solo poteri ispettivi. Una debolezza, insomma, ulteriormente aggravata dalla giurisprudenza risalente della Corte di Cassazione<sup>64</sup>, secondo la quale le procedure di archiviazione di dati genetici non sono *contra legem*, in quanto le disposizioni del Codice della *privacy* null'altro hanno che natura amministrativa<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> G. GENNARI, *La istituzione della Banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, cit., 71.

<sup>64</sup> «Non è inutilizzabile, in mancanza della violazione di un divieto di legge, l'accertamento sull'identità dell'indagato compiuto mediante ricorso ai dati relativi al DNA contenuti in un archivio informatico che la polizia giudiziaria abbia istituito prescindendo dalle cautele previste dal Codice della *privacy*». La Suprema Corte ha perciò ritenuto utilizzabile l'accertamento dell'identità dell'indagato avvenuto a seguito del profilo estratto da capelli rinvenuti all'interno di un'automobile: Cass., Sez. V, 5 febbraio 2007, Vulicevic e altro, in CED, n. 235969.

<sup>65</sup> «In definitiva, a causa dell'interpretazione della Suprema Corte sulla legittimità di banche dati non disciplinate dalla legge e al perdurare del silenzio legislativo e regolamentare sulla sorte degli archivi genetici “altri” rispetto alla banca dati nazionale, si è persa l'occasione, con la legge del 2009 prima e con il regolamento di attuazione poi, di chiarire la sorte degli archivi e delle banche dati attivi presso le forze di polizia o laboratori specializzati incaricati dalla magistratura», P. FELICIONI, *Il regolamento di attuazione della Banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, in *Diritto penale e processo*, 6, 2016, 743.

È da sottolineare, peraltro, che questa ulteriore *vexata quaestio*<sup>66</sup> non ha ancora trovato fine. Nel silenzio di un'esplicita previsione, contenuta nella legge relativamente agli archivi genetici preesistenti ed in presenza della richiamata giurisprudenza della Corte di Cassazione riguardante la legittimità di banche dati non previste per legge, la questione dei cinquantamila profili<sup>67</sup> del DNA conservati presso la Polizia o l'Arma dei Carabinieri, che – ricordiamolo – non comunicano tecnicamente tra di loro, continua a rimanere un problema assai rilevante per quanto riguarda la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti<sup>68</sup>, almeno fino a quando tali dati non saranno stati complessivamente trasferiti all'interno della Banca dati nazionale, prefigurando, in questo periodo di transizione, una sorta di doppio binario.

## 6. Il Regolamento attuativo adottato con D.P.R. 7 aprile 2016, n. 87 e i suoi contenuti relativamente a consultazione dei profili e loro cancellazione

Per quanto riguarda l'aspetto della consultazione dei dati, è opportuno sottolineare che quest'ultima attività, al contrario di quanto avveniva nella legge istitutiva, è chiaramente definita nel Regolamento n. 87 del 7 aprile 2016. Nella legge, infatti, si parlava della Banca dati solo con riferimento alle sue attività in termini di «raccolta» e di «raffronto», senza appunto considerare quelle attività di consultazione che inevitabilmente vanno a toccare anche le possibili forme di collaborazione in ambito nazionale e transnazionale. Non si tratta di una differenziazione di poco conto, in quanto, sotto questo profilo, entra in gioco l'evenienza di una attività di ricerca al fine di determinare la concordanza di nuovi *samples* con altri presenti in archivio, senza che questo necessariamente predetermini un'implementazione della stessa Banca dati. In ogni caso, ciascuna consultazione potrà avvenire solo su richiesta motivata al personale in servizio presso la Banca dati e relativamente ad uno specifico reato oggetto di indagine (art. 9), sia in ambito nazionale che in ambito transnazionale, attraverso il punto di contatto nazionale istituito in adempimento al Trattato di Prum, di cui si è in precedenza parlato.

Il successivo art. 10 si occupa delle metodologie tecniche per l'inserimento ed il raffronto tra profili con una concordanza positiva o con una quasi concordanza, esaltando così la necessità che il materiale genetico sia qualitativamente affidabile e certificato. Ma soprattutto questo articolo è rilevante per l'individuazione delle norme di concordanza, tema che si presta a interpretazioni giuridiche articolate, tanto variegati sono i possibili intrecci scientifico-normativi che si possono venire a creare tra comparazioni automatiche, profili noti, ignoti, appartenenti a persone scomparse, di consanguinei ecc. Vero è comunque che il rischio di violare la riservatezza dell'individuo può essere limitato vietando che l'approvvigionamento delle banche dati venga ricondotto a metodiche che esulano dai casi

---

<sup>66</sup> L'esistenza di archivi genetici ben prima della istituzione della Banca dati nazionale e della legge 85/2009 è del resto divenuta a tutti manifesta nel momento in cui un imputato per furto ha scoperto (siamo nel 2006) che il proprio profilo di DNA era stato conservato dall'Arma dei Carabinieri. Aveva pertanto presentato un ricorso all'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali la quale, pur decidendo per l'inammissibilità, aveva, proprio a seguito di quel ricorso, svolto una successiva ispezione presso il RIS di Parma da cui era emersa la presenza di un archivio di profili del DNA nella struttura.

<sup>67</sup> P. FELICIONI, *Il regolamento di attuazione della Banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, cit., 742.

<sup>68</sup> Il problema risiede nel fatto che tutte quelle tutele che stiamo descrivendo, previste nella legge 85/2009, non sono applicabili ai dati conservati in archivi estranei alla Banca dati stessa.

specificatamente previsti dalla legge e grazie anche al fatto che, in caso positivo di concordanza a seguito di un raffronto con un profilo conservato in Banca dati, l'identificazione del soggetto possa avvenire solo dopo la comunicazione all'autorità e al sistema (Afis) che aveva motivatamente avanzato istanza di consultazione<sup>69</sup>.

Di particolare rilievo sono le disposizioni contenute nel capo IV del regolamento (artt. 19-25), dedicate alla disciplina delle modalità di analisi dei dati, al fine di garantire l'attendibilità dell'accertamento, nonché i tempi di conservazione dei campioni. La norma generale, al suo art. 13, prevede la cancellazione d'ufficio del profilo e la conseguente distruzione del campione biologico a seguito di assoluzione con sentenza definitiva «perché il fatto non sussiste, perché l'imputato non lo ha commesso, perché il fatto non costituisce reato o perché il fatto non è previsto dalla legge come reato». In questo modo si esprime una previsione che ci diversifica significativamente da altre banche dati, le quali impongono invece un obbligo di specifica richiesta di cancellazione anche per coloro che sono stati assolti, i quali quindi vedrebbero in futuro mantenere comunque le proprie informazioni in Banca dati, a meno che non decidano di attivarsi per tutelare il proprio interesse all'eliminazione del dato stesso. La cancellazione, in Italia, avviene invece automaticamente, anche a seguito di identificazione di cadavere o qualora venga ritrovata la persona scomparsa: in questo caso è prevista la cancellazione d'ufficio dei dati dei consanguinei che li avessero volontariamente forniti. Infine, la cancellazione può essere disposta anche quando le operazioni di prelievo siano state compiute in violazione delle disposizioni previste all'art. 9 della legge.

---

<sup>69</sup> Il sistema deputato ad acquisire e gestire le impronte digitali ma anche dei dati genetici è l'*Automated fingerprint identification system* (Afis) del Casellario centrale d'identità. L'AFIS rende possibile rispettare il requisito espresso nell'art. 12, legge 85/2009, secondo cui «i profili del DNA e i relativi campioni biologici non contengono le informazioni che consentono l'identificazione diretta del soggetto cui sono riferiti». Infatti, i dati personali del soggetto sottoposto a prelievo vengono inseriti nel sistema Afis, mentre la Banca dati DNA conterrà il profilo genetico anonimizzato, che da solo non può permettere di identificare un soggetto bensì solo di effettuare una comparazione tra profili. Per consentire di risalire ai dati personali riferiti al profilo di DNA inserito nella Banca dati (che può avvenire solo in caso di concordanza), è stato studiato un sistema basato su un numero univoco identificativo, generato dall'Afis, che permette di associare il profilo DNA riscontrato nella Banca dati con l'identità (e dunque i dati anagrafici) del soggetto cui il profilo appartiene, gestiti dall'Afis.

I tempi di conservazione dei campioni biologici (art. 24)<sup>70</sup> e dei profili del DNA (art. 25)<sup>71</sup> sono tra le questioni più delicate della nuova disciplina<sup>72</sup> e rappresentano l'elemento che maggiormente va a diversificare i *database* nazionali tra loro: attraverso le disposizioni inerenti queste tematiche si individuano indirettamente anche le scelte di politica giudiziaria operate nei singoli Paesi<sup>73</sup>.

Per quanto attiene le modalità di distruzione, è imprescindibile la lettura dell'art. 24 del regolamento, il quale stabilisce con chiarezza l'obbligo di distruzione del DNA estratto e tipizzato, ma prevede anche che la parte di campione biologico eventualmente non utilizzata ed il campione di riserva siano conservati per otto anni prima della loro definitiva distruzione, con una scelta temporale che non trova corrispondenze esplicitate al riguardo in altri Paesi. Seppure il tempo previsto sia decisamente inferiore al massimo possibile previsto dall'art. 13 della legge 85/2009, laddove si stabiliva che «il campione biologico è conservato per i tempi stabiliti nel regolamento di attuazione d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, e comunque non oltre 20 anni dall'ultima circostanza che ne ha determinato il prelievo», tuttavia la scelta attuata nel regolamento avrebbe potuto essere ancora inferiore. Si pensi al fatto che alcuni Paesi, ad esempio la Gran Bretagna, distruggono il campione a distanza di soli sei mesi dalla sua tipizzazione. Probabilmente la scelta italiana degli otto anni è da considerarsi in rapporto al fatto che la Banca dati ha iniziato da poco la sua attività e quindi, causa il grande arretrato da gestire, si è fatto ricorso ad uno spettro temporale legato alla validità dei materiali di analisi che hanno scadenza simile. Comunque sia, è auspicabile che, arrivata a regime l'implementazione della Banca dati, si possa diminuire significativamente il tempo di mantenimento dei campioni.

<sup>70</sup> Art. 24: «Tempi di conservazione dei campioni biologici: (1) Il DNA estratto dai campioni biologici, dopo la sua completa tipizzazione deve essere distrutto. Le operazioni di distruzione devono essere verbalizzate da parte del personale del laboratorio operante. (2) Durante la fase che intercorre tra l'estrazione del DNA e la sua distruzione, le operazioni cui è sottoposto il campione di DNA e la sua ubicazione a temperatura controllata in frigo o in congelatore devono essere registrati nel LIMS. (3) La parte del campione biologico non utilizzata ed il secondo campione di riserva sono conservati per un periodo di otto anni. (4) Decorso il termine di cui al co. 3, i campioni biologici devono essere distrutti da parte del personale in servizio presso il Laboratorio centrale. Di tale operazione è redatto verbale. L'avvenuta distruzione è comunicata per via telematica all'AFIS, al fine di permettere l'aggiornamento del dato relativo all'esistenza di un precedente prelievo».

<sup>71</sup> Art. 25: «Tempi di conservazione dei profili del DNA: (1) I profili del DNA ottenuti dai soggetti di cui all'articolo 9 della legge sono conservati per trenta anni dalla data dell'ultima registrazione di cui all'articolo 5, comma 1. (2) Quando il profilo del DNA si riferisce a persone condannate con sentenza irrevocabile per uno o più dei reati per i quali la legge prevede l'arresto obbligatorio in flagranza, o per taluno dei reati di cui all'art. 407, co. 2, lettera a), del codice di procedura penale, il periodo di conservazione è elevato a quaranta anni dalla data dell'ultima registrazione di cui all'art. 5. (3) Il profilo del DNA ottenuto da un soggetto di cui all'art. 9 della legge nei cui confronti, in sede di emissione di sentenza di condanna irrevocabile, sia stata ritenuta la recidiva, è conservato per quaranta anni. (4) In caso di concordanza del profilo del DNA ottenuto da un reperto con quello ottenuto da un campione, nella Banca dati è conservato il solo profilo del DNA acquisito dal campione biologico di cui ai co. 1, 2 e 3 per la durata massima ivi prevista».

<sup>72</sup> Oggi, oltre al regolamento in analisi, la materia è ancor più puntualmente individuata da un decreto ministeriale di natura primariamente tecnica. Si tratta del Decreto del Ministero dell'Interno intitolato: "Modalità di cancellazione dei profili del DNA, di distruzione dei campioni biologici, di immissione e aggiornamento dei dati necessari ai fini della determinazione dei tempi di conservazione dei medesimi profili DNA", Decreto 12 maggio 2017, in G.U. del 15 giugno 2017, n.137. Questo ulteriore decreto si è reso necessario per definire compiutamente le modalità attraverso cui cancellare i profili o distruggere i campioni biologici.

<sup>73</sup> Per una analisi comparata, si conceda il rinvio a L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona*, cit., in particolare al Cap. III.

Per quanto riguarda invece la cancellazione del profilo, la cui disciplina è contenuta nell'art. 25 del regolamento, essa è tracciata nel solco del principio della «non eccedenza dello strumento rispetto al fine perseguito». Ne consegue che il termine massimo di 40 anni dall'inserimento, ipotizzato dal legislatore nella l. 85/2009, viene ridotto a 30, ma con la possibilità di essere nuovamente esteso di ulteriori 10 anni qualora ci si trovi di fronte a reati gravi, a una recidiva o alla ritenuta maggiore pericolosità del condannato<sup>74</sup>.

Conclusivamente, sul tema della cancellazione dei dati, può essere affermato come il legislatore italiano, memore anche della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sopra richiamata (sentenza Marper), abbia scelto in modo attento la strada del bilanciamento tra repressione del reato e tutela della riservatezza.

## 7. Osservazioni conclusive

Trattare dell'analisi del DNA per fini giudiziari (ma anche della raccolta e della conservazione degli stessi campioni) e valutare quali variabili debbano essere tenute in considerazione quando si studia questa materia, è esercizio assai complesso, per una serie di ragioni ampie. Infatti, a fronte dei tanti specifici quesiti giuridici richiamati nelle pagine di questo lavoro, se ne affacciano altri di livello più generale e non sempre di stretto carattere giuridico. *In primis*, ci si deve misurare con un elemento psicologico che vede nella vulgata comune, spesso indotta dalla realtà filmica, l'analisi del DNA come "prova regina" in grado di risolvere con (supposta) certezza ogni caso giudiziario. Seppure siano innegabili le grandi potenzialità e i risultati raggiunti grazie all'utilizzo delle analisi genetiche<sup>75</sup>, tuttavia avvalorare questa presunta certezza porta ad una visione distorta del mezzo<sup>76</sup> e a limitare la parte dibattimentale nel processo stesso<sup>77</sup>. Altro elemento di complessità è il rapporto del diritto con l'incessante

<sup>74</sup> Nel dettaglio, il periodo di conservazione è elevato a 40 anni solo nel caso in cui il profilo del DNA si riferisca a persone condannate con sentenza irrevocabile per uno o più dei reati per i quali la legge prevede l'arresto obbligatorio in flagranza, o per reati di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), del C.p.p., oltre alla recidiva in sede di emissione di sentenza di condanna irrevocabile. Onde evitare che vengano conservati in Banca dati più profili del DNA di uno stesso soggetto, in caso di concordanza del profilo del DNA ottenuto da un reperto con quello ottenuto da un campione, nel *database* è conservato, per il periodo previsto, il solo profilo acquisito dal campione biologico.

<sup>75</sup> V. *supra* nota 1.

<sup>76</sup> Come affermato dal giudice americano Alex Kozinski in merito alla possibile contaminazione «*the integrity of the result [of DNA comparison] depends on a variety of factors that are, unfortunately, not nearly so foolproof: the evidence must be gathered and preserved so as to avoid contamination; the testing itself must be conducted so that the two samples being compared do not contaminate each other; the examiner must be competent and honest. As numerous scandals involving DNA testing labs have shown, these conditions cannot be taken for granted, and DNA evidence is only as good as the weakest link in the chain*», A. KOZINSKI, *Criminal law 2.0*, in *Georgetown Law Journal Annual Review of Criminal Procedure*, 44, 2015, VI. Per quanto riguarda i possibili errori delle analisi genetiche per uso forense e soprattutto per quanto riguarda i «campioni insufficienti», si veda G. GENNARI, *La genetica alla prova delle Corti: il Low Copy Number nella giurisprudenza italiana e internazionale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1, 2016, 195 ss. Sull'esiziale tema del rapporto tra prova scientifica ed errore giudiziario vedi J. VUILLE, A. BIEDERMANN, F. TARONI, *Accounting for the potential of error in the evaluation of the weight of scientific evidence*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Understanding Wrongful Conviction. The protection of the innocent across Europe and America*, Padova, 2015.

<sup>77</sup> Non può esistere una giustizia genetica a-valutativa, in cui il giudice validi acriticamente la prova scientifica: quest'ultimo infatti è chiamato sempre e comunque a conoscerne i tratti distintivi e, laddove necessario, a

mutamento della scienza che è, ed è stata, portatrice di avanzamenti tecnologici in materia di analisi genetica spesso vorticosi e non in linea con la connaturata "lentezza" del diritto<sup>78</sup>. E se questo non bastasse si apre anche il contiguo tema non solo della velocità del mutamento tecnologico, ma dello stesso rapporto tra piano tecnico-scientifico e ruolo del giudice chiamato a sfide sempre più complesse<sup>79</sup>.

Se i profili problematici appena richiamati non fossero sufficienti per definirne la difficoltà di inquadramento complessivo, sulla stessa materia, ed in particolare nell'utilizzo di questo mezzo di prova, si proiettano ulteriori e inquietanti sfide, a partire da quella ipotesi sull'inviolabilità di alcuni diritti fondamentali che - come descritto nelle pagine che precedono - non attengono solo alla sfera personale, ma anche alla controllabilità nella e della circolazione dei propri dati. Ragionando, infatti, di *familial searching*<sup>80</sup>, si può comprendere come si stia costruendo una vera e propria ipotesi sulla inviolabilità

---

metterla in discussione, a partire dal contraddittorio che «si può fare anche sulla scienza, valorizzando il confronto tra gli esperti sia nel selezionare i fatti rilevanti, sia nell'applicazione delle leggi scientifiche a quei fatti. [...] In sostanza il contraddittorio va applicato anche alla prova scientifica». P. TONINI, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, in C. CONTI (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011.

<sup>78</sup> «Di fronte all'incertezza scientifica, non appare più sicuro il diritto, troppo lento nei suoi meccanismi conoscitivi e di adeguamento in rapporto alle accelerazioni della conoscenza scientifica e delle applicazioni tecnologiche, e soprattutto in difficoltà a mediare non solo tra le acquisizioni scientifiche e le posizioni sociali e politiche, quanto - all'interno di queste - tra diversi modelli etici, religiosi, ideologici di riferimento», così A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, XII.

<sup>79</sup> Il tema è riassunto mirabilmente dalla domanda «sino a che punto il giudice può deresponsabilizzarsi ed affidarsi a dati esterni, facendo dipendere la decisione di sua competenza da soggetti che non hanno la legittimazione che è conferita al giudice dalla sua peculiare posizione», R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005. Sul tema ancora più specificamente sia consentito il rinvio a L. SCAFFARDI, *Iudex peritus peritorum? L'utilizzo del DNA nel processo penale ed il ruolo del giudice*, in C. A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESE (a cura di), *Ius Dicere in a globalized world*, Roma, 2018.

<sup>80</sup> Vedi *supra* nota 7. Qui appare di interesse sottolineare come attualmente si tratti di una metodica utilizzata soprattutto nel Regno Unito e in alcuni Stati negli USA come la California, il Colorado o la Virginia. Diversamente, altri Stati invece l'hanno messa al bando nei loro *Statutes* (Maryland e District of Columbia). Su questa dicotomica scelta in USA, che va a toccare anche tematiche relative a possibili discriminazioni etniche, ravvisabili comunque anche sul piano dell'esperienza britannica, si vedano nella numericamente significativa bibliografia: D. KAYE, *Why So Contrived? The Fourth Amendment and DNA Databases After Maryland v. King*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 104, 2014, 66; D.J. GRIMM, *The Demographics of Genetic Surveillance: Familial DNA Testing and the Hispanic Community*, in *Columbia Law Review*, 107, 5, 2007, 1164-1194; E. MURPHY, *Relative Doubt: Familial Searches of DNA Databases*, in *Michigan Law Review*, 109, 3, 2010, 291-348; R. DRESSER, *Families and Forensic DNA Profiles*, in *The Hastings Center Report*, 41, 3, 2011, 11-12; C.J. GERSHAW, A.J. SCHWEGHARDT, L.C. ROURKE, M. WALLACE, *Forensic Utilization of Familial Searches in DNA Databases*, in *Forensic Science International: Genetics*, 5, 2011, 16-20; S.P. MYERS, M.D. TIMKEN, M.L. PIUCCI, G.A. SIMS, M.A. GREENWALD, J.J. WEIGAND, K.C. KONZAK, M.R. BUONCRISTIANI, *Searching for First-degree Familial Relationships in California's Offender DNA Database: Validation of a Likelihood Ratio-based Approach*, in *Forensic Science International: Genetics*, 5, 2011, 493-500; N. RAM, *Fortuity and Forensic Familial Identification in Stanford Law Review*, 63, 2011, 751-813; C.N. MAGUIRE, L.A. MCCALLUM, C. STOREY, J.P. WHITAKER, *Familial searching: A specialist forensic DNA profiling service utilising the National DNA Database to identify unknown offenders via their relatives — The UK experience*, in *Forensic Science International: Genetics*, 8, 2014.

della sfera privata del singolo a favore di una non determinata giuridicamente famiglia biologica<sup>81</sup> (ovvero non perfettamente portata all'interno dei confini civilistici della nozione di famiglia), determinata da una incontrollabilità della circolazione dei dati diffusi da eventuali aventi (o danti) causa<sup>82</sup>.

Insomma, nelle nostre società tecnologicamente avanzate sembra emergere sempre più un generale pericolo: che al modificarsi, implementandosi, della tecnologia questa spesso entri in rapporto conflittuale con la tutela dei diritti individuali. Ad esempio, attraverso un impiego diffuso di informazioni genetiche, quali quelle utilizzate per le indagini forensi, queste potrebbero condurre a derive deterministiche. Si potrebbe allora arrivare a ridurre l'essere umano alla mera sequenza del suo DNA, così da indurre a ritenere che questioni sociali o altri problemi specifici dell'uomo siano esclusivamente attribuibili al genoma dell'individuo<sup>83</sup>. Ecco allora che il rischio potrebbe assurgere a pericolosa certezza, qualora si giungesse a giudicare l'uomo attraverso il suo *identikit* genetico<sup>84</sup>, non consentendo conseguentemente di considerare la responsabilità e la volontà individuale<sup>85</sup> come fattori fondamentali delle scelte e dei comportamenti. E un ulteriore risvolto negativo e discriminatorio delle tecnologie genetiche applicate all'azione investigativa potrebbe essere innescato dal collegamento fra il *DNA fingerprint*, ritenuto capace di "generare" condotte devianti, e l'origine etnica del soggetto al quale appartiene<sup>86</sup>.

Ai ricordati scenari che la materia presenta, si pone per lo studioso che si addentra nel coacervo di queste intricate questioni, un onere (dovere) sostanziale e cioè quello di riuscire a determinare compiutamente l'esistenza di disposizioni applicabili sulla base di regole e principi già enucleabili in relazione ad ambiti di applicazione equiparabili. È questo certamente un problema non nuovo e che sempre più richiede di essere affrontato dal legislatore, dal giudice o dal giurista, in questo come in altri campi che attengono più generalmente alle nuove tecnologie.

Ciò che si è cercato di mettere in luce nelle pagine che precedono è come, pur essendo previsti oggi mezzi di prova limitativi dei diritti dei singoli, impensabili un tempo, questi vengono assunti sulla base di una norma legislativa primaria che rinvia all'autorizzazione del giudice tenuto a validare, nel caso

<sup>81</sup> Si veda al proposito quanto espresso da Tomasi laddove segnala l'impossibilità: «per gli ordinamenti giuridici della *western legal tradition*, di restare inerti di fronte alle sollecitazioni derivanti dalla natura ultra-individuale e, in particolare, familiare dei dati genetici». M. TOMASI, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Trento, 2019, 354.

<sup>82</sup> Sia lecito al proposito il rinvio a L. SCAFFARDI, *Dati genetici e biometrici: nuove frontiere per le attività investigative*, cit., 48 ss.

<sup>83</sup> «Un certo determinismo biologico, infatti, tende a esaurire i profili dell'identità individuale nel solo patrimonio genetico, valutando come condizioni effettive quelle che sono condizioni solo ipotetiche, senza considerare la ricchezza che fa di ogni essere umano un'entità straordinariamente complessa, unica e irripetibile», C. CASONATO, *La discriminazione genetica: una nuova frontiera nei diritti dell'uomo?* in *Atti del XV Convegno AIDC*, Messina-Taormina, 2001, 2 ss.

<sup>84</sup> Stigmatizza i problemi derivanti dal determinismo biologico Chieffi, che sottolinea anche come sia stato paventato il pericolo che: «i dati genetici dei criminali siano in seguito impiegati per avviare «ricerche sulla biologia umana», non limitate all'accertamento degli autori dei reati ma estese alla verifica della predisposizione al crimine di emarginati, pregiudicati e individui che diano luogo a qualche sospetto». L. CHIEFFI, *Ingegneria genetica e valori personalistici*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 85.

<sup>85</sup> Si consulti sul tema E. CALÒ, *Il ritorno della volontà. Bioetica, nuovi diritti ed autonomia privata*, Milano, 1999.

<sup>86</sup> Sul punto cfr. K. ROTHENBERG, A. WANG, *The Scarlet Gene: Behavioral Genetics, Criminal Law, and Racial and Ethnic Stigma*, in *Law & Contemporary Problems*, 69, 1, 2006.

concreto, da una parte i presupposti di costituzionalità che hanno portato al prelievo biologico coattivo e dall'altra la conformità a Costituzione delle leggi di autorizzazione. Ben si può comprendere, quindi, la delicatezza del ruolo del giudice, ma prima ancora – e più a monte – del legislatore. A quest'ultimo è stato affidato, infatti, il compito di trovare un equilibrio costituzionalmente conforme che possa consentire alle forze di polizia e alle autorità giudiziarie di sfruttare le grandi potenzialità dei nuovi strumenti scientifici, pur rimanendo in un alveo di legittimità e di garanzia dei diritti inviolabili dell'individuo<sup>87</sup>. Ma quello che sembra un obiettivo raggiunto con la legge 85/2009 e successive implementazioni regolamentari, non rappresenta un equilibrio stabile e definitivo perché, visto il dinamismo della materia di cui si tratta, il tema richiede e richiederà sempre una continua attenzione. Come manifestano le pagine di questo scritto, la Costituzione italiana è rimasta e rimane la strada maestra dell'interpretazione. Quella Costituzione che ha posto come suo valore fondante la persona e che ha permesso al giudice di dichiarare illegittime proprio le norme approvate in palese lesione dell'individuo; una Costituzione che attraverso questa lente deve continuare ad essere letta, perché non vi può essere giustizia giusta<sup>88</sup> se questa non è collegata con l'uomo che è alla base del suo dispiegarsi.

---

<sup>87</sup> Il legislatore come il giudice si trovano a dover considerare due aspetti, il primo di ambito pubblico – le potenzialità del mezzo nella repressione di reati – ed il secondo di carattere individuale – l'incidenza sulla persona delle analisi a cui viene sottoposta –; ecco allora che deve essere ricercato un necessario equilibrio: un bilanciamento che tenga conto delle rispettive richieste ed esigenze, senza giungere ad infingere i diritti coinvolti, costituzionalmente tutelati. Su questo primo quanto esiziale aspetto, si veda in senso generale il lavoro di Ruotolo a cui si rinvia per la bibliografia contenuta: M. RUOTOLO, *Costituzione e sicurezza tra diritto e società*, in A. TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Rimini, 2014. Più specificamente questo tipo di valutazione deve essere fatta anche quando si tratti di dato genetico, il quale ulteriormente porta a riflettere sulla persona nella sua dimensione costituzionale, e con essa su tutte quelle situazioni giuridiche soggettive che potrebbero risultare compromesse da un utilizzo o da una illecita diffusione dei dati raccolti. Diviene perciò necessario riflettere sui vari interessi che entrano in gioco perché «*the future development of the database depends on the scope of the right to respect for private life*» (A. ROBERTS, N. TAYLOR, *Privacy and the DNA Database*, in *European Human Rights Law Review*, 4, 2005, 391) e, *amplius*, del più generale diritto dell'inviolabilità della persona e della sua dignità su cui L. SCAFFARDI, *Nuove tecnologie, prevenzione del crimine e privacy: alla ricerca di un difficile bilanciamento*, in S. TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Bologna, 2013.

<sup>88</sup> Come ricorda G. CAPOGRASSI, va considerato «il processo come un insieme di operazioni tecniche tendenti a raggiungere nel più breve tempo tecnico un risultato pratico, come se si trattasse di risolvere un problema amministrativo o tecnico, si snatura il processo nella sua essenza. Il processo è attuazione di giustizia, cioè attuazione giusta di giustizia», in *Opere*, volume IV, Milano, 1959, 153.



## Diritto alla salute e “ciclo del farmaco” nel prisma dei principi costituzionali\*

Pasquale Costanzo\*\*

RIGHT TO HEALTH AND "PHARMACEUTICAL CYCLE" IN THE PRISM OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

ABSTRACT: Starting from the legal regime of drugs in the perspective of the constitutional right to health, the contribution discusses the life cycle of medicinal products: from scientific research and the clinic from scientific and clinic research until the drug is placed on the market. Particular attention is given to two important figures in the cycle: the attending physician and the pharmacist; as well as the essential right to access pharmaceutical treatments.

KEYWORDS: Freedom of research; pharmaceutical experimentation; price of medicines; pharmaceutical profession; access to medicines

SOMMARIO: 1. Premessa circa il rilievo costituzionale del farmaco – 2. Il farmaco al centro di un sistema normativo “multilivello” e “multidirezionale” – 3. Il “ciclo del farmaco” nella prospettiva costituzionale: la libertà di ricerca e di sperimentazione – 4. La registrazione e l’immissione in commercio – 5. La formazione del prezzo dei medicinali – 6. La professione farmaceutica e la prescrizione medica – 7. L’informazione e la pubblicità farmaceutica – 8. L’accesso ai farmaci (i LEA) – 9. Alcune conclusioni

### 1. Premessa circa il rilievo costituzionale del farmaco

L’acostamento della classe di beni denominati a vario titolo farmaci con i principi della Costituzione repubblicana è stato esperito innumerevoli volte e nelle più disparate sedi nel dilatato tempo che ormai ci separa dall’entrata in vigore della Carta, e ciò benché, appunto, solo di “acostamento” sembri apparentemente corretto ragionare, non rinvenendosi in essa, a differenza che per altri testi fondamentali stranieri<sup>1</sup>, una loro diretta considerazione<sup>2</sup>.

\* Contributo destinato agli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*.

\*\* Professore Emerito di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Genova. Mail: [pasquale.costanzo@unige.it](mailto:pasquale.costanzo@unige.it). Contributo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Esempio in tal senso è la Costituzione svizzera, che, oltre a proclamare che «*toute personne bénéficie des soins nécessaires à sa santé*» (art. 41, comma 1, lett. b), assegna alla Federazione la competenza a legiferare in materia di agenti terapeutici (art. 118, comma 1, lett. a). Inoltre, lo stesso testo afferma che «*dans les limites de leurs compétences respectives, la Confédération et les cantons veillent à ce que chacun ait accès à des soins médicaux de base suffisants et de qualité. Ils reconnaissent la médecine de famille comme une composante essentielle des soins médicaux de base et l’encouragent*» (art. 117, comma 1, lett. a), precisando persino che «*la Confédération et les cantons pourvoient, dans les limites de leurs compétences respectives, à la prise en compte des médecines complémentaires*» (art. 118, comma 1, a).

<sup>2</sup> Non sembra indispensabile al nostro scopo fornire una nozione precisa di farmaco, che peraltro non risulta del tutto stabile nemmeno a livello scientifico, e di cui non consta, *et pour cause*, un’univoca definizione normativa (l’art. 29 della l. n. 833 del 1978 allude al diverso piano della sua funzione sociale), mentre da parte dell’art. 1 del

Tale circostanza ha abbastanza prevedibilmente generato un'intensa e consistente letteratura circa lo statuto giuridico-costituzionale del farmaco<sup>3</sup>, tanto da rendere probabile la ripresa di argomentazioni già svolte e di acquisizioni concettuali piuttosto consolidate allorché ci si proponga, come nella presente occasione, di evidenziare il ruolo che i principi costituzionali hanno avuto nell'orientare i precetti ed il dato giurisprudenziale nella materia.

Si accetta comunque di correre tale rischio, ritenendo di perdurante utilità offrire una panoramica circa gli esiti sortiti da quei principi soprattutto nella giurisprudenza costituzionale, cercando di mettere nel contempo in evidenza l'ascendente esercitato su di essa dalla prospettiva medico-scientifica<sup>4</sup>.

Ponendo mente, inoltre, all'occasione che si celebra, si ha motivo di ritenere che anche la complessa sfaccettatura che caratterizza il fenomeno in esame possa contribuire a ragguagliare intorno al grado di adesione del nostro contesto istituzionale alla pratica dell'eguaglianza e al godimento dei diritti fondamentali posti a fondamento del carattere democratico del sistema.

Conduce allora, indirettamente ma con certezza, verso l'obiettivo la configurazione stessa che della salute fornisce l'art. 32 Cost., che notoriamente ne propone una connotazione bifronte<sup>5</sup> quale oggetto, cioè, vuoi di un fondamentale diritto del singolo individuo, vuoi dell'interesse della collettività tutta intera, con formule che, in entrambi i casi, non appaiono identicamente replicati altrove nel testo costituzionale.

È quindi il caso di sottolineare come questa singolare attribuzione del carattere della «fondamentalità» ad un diritto di natura sociale sembri alludere soprattutto alla sua portata pregiudiziale rispetto al

---

d.lgs. n. 219 del 2006 viene fornita una definizione abbastanza tautologica («ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane»). Sul punto rilevano comunque anche le definizioni fornite dall'OMS che ragiona di «qualsiasi sostanza o prodotto usato per esplorare o modificare sistemi fisiologici o patologici, quindi a scopo terapeutico o a scopo diagnostico, con beneficio di chi li riceve» e in ambito eurounitario dalla direttiva 2004/27/CE, che, articolando maggiormente la precedente direttiva 2001/83/CE, si riferisce a: «a) ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane; e b) ogni sostanza o associazione di sostanze che possa essere utilizzata sull'uomo o somministrata all'uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica» (in maniera del tutto simile si esprime, in sede di attuazione, l'art. 1 del d.lgs. 24 aprile 2006 n. 219). In argomento, V. DURANTE, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'Oms al diritto attuale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, 132 ss.

<sup>3</sup> Si rinvia, per tutti, a G.F. FERRARI, F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco*, Bari, 2015, e P. COSTANZO (a cura di), *Aspetti e problemi della disciplina giuridica dei farmaci*, Genova, 2017. Cfr. altresì F.F. VINCIERI, C. CIRENEI, *La gestione normativa dei medicinali*, 5 ed., Roma, 2015.

<sup>4</sup> Per alcuni sguardi d'insieme, si rinvia sin d'ora a C. TUBERTINI, *La giurisprudenza costituzionale in materia di tutela della salute di fronte alla nuova delimitazione delle competenze statali e regionali*, in *Astrid* ([www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)), 2005; D. MORANA, *La «tutela della salute»: punti fermi e perduranti incertezze nella giurisprudenza costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, Padova, 2007, 197; B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 211; M. SICLARI, *L'articolo 32, primo comma, della Costituzione italiana nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *Lex Social: Revista de derechos sociales*, 2012, 79; P. COSTANZO, *Esiste un diritto alla dispensazione gratuita dei farmaci*, in P. COSTANZO (a cura di), *Aspetti e problemi della disciplina giuridica dei farmaci*, *cit.*, 74.

<sup>5</sup> Ricorrente è il paragone del diritto alla salute ad un Giano bifronte: cfr. G.L. CANDITO, *Nota a Consiglio di Stato – Sezione terza, sentenza 13 novembre 2017, n. 5227*, in *Il Diritto Amministrativo* ([www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it)), nel senso di vedervi sia un diritto soggettivo, sia un interesse legittimo; più di recente, L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, Torino, 2018.



godimento di ogni altro diritto, compreso quello alla vita, nonché alla sua non negoziabilità di principio<sup>6</sup>. L’ascrizione, invece, della salute anche all’interesse comunitario, pare voler identificare, rispetto alle qualificazioni che l’interesse riceve in altri luoghi<sup>7</sup>, in modo più concreto l’ambito nel quale dello stato di salute di ciascuno profittano vicendevolmente tutti i consociati<sup>8</sup>.

Analogamente, questa sorta di metonimia insita nella sintetica formula costituzionale del diritto alla salute attende di essere sciolta riferendo il diritto più tangibilmente alla sua tutela. Pur se della stessa formula non sfugge il particolare richiamo alla dimensione preventiva ed alla sua nozione estesa, comprensiva anche dei diversi ambienti, di vita e di lavoro, dove si svolge la personalità di ciascuno.

La particolare originalità della disposizione costituzionale nel suo complesso può esser inoltre apprezzata guardando al modello, ossia al Preambolo della Costituzione francese del 1946, che pure, ma più programmaticamente, prevede che la salute sia tutelata, senza tuttavia il risalto e gli illuminati dettagli (si pensi alla previsione di cure gratuite agli indigenti) che caratterizzano invece la disposizione italiana<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> La letteratura sullo statuto giuridico della salute è ormai sterminata: senza alcuna pretesa di esaustività, v. S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. CALAMANDREI, E. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, 333; M.S. GIANNINI, *La tutela della salute come principio costituzionale*, in *Inadel*, 1960, 816; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista infortuni e malattie professionali*, I, 1961, 1, ora in *Raccolta di scritti*, Milano, 1972; L. CARLASSARE, *L’art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L’amministrazione sanitaria italiana*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1967, 113; M. BESSONE, E. ROPPO, *Diritto soggettivo alla salute, applicabilità diretta dell’art. 32 Cost. ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Politica del diritto*, 1974, 766; L. MONTUSCHI, *Art. 32, 1° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, 146; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, 21; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, 21; M. LUCIANI, *Salute - I) diritto alla salute – diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991; R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, 1997, 513; M. COCCONI, *Il diritto dalla tutela della salute*, Milano, 1998; C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Torino, 2001; L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003; R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 2593; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006; L. BUSATTA, *op. cit.*

<sup>7</sup> Ad es. come «generale» (artt. 35, comma 4; 42, comma 4; 43; 118, comma 5, Cost.) o «pubblico» (art. 82 Cost.).

<sup>8</sup> Occorre peraltro ricordare come, secondo la Corte costituzionale (sent. n. 118 del 1996), il rilievo attribuito alla salute in quanto interesse della collettività, idoneo da solo a «giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell’uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale», non potrebbe implicare che qualcuno possa «essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri». Infatti, «la coesistenza tra la dimensione individuale e quella collettiva della disciplina costituzionale della salute nonché il dovere di solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo, impongono che si predisponga, per quanti abbiano ricevuto un danno alla salute dall’aver ottemperato all’obbligo del trattamento sanitario, una specifica misura di sostegno consistente in un equo ristoro del danno».

<sup>9</sup> L’obiettivo più circostanziato della tutela della salute entrerà per vero anche nel nostro testo fondamentale grazie alla legge costituzionale n. 3 del 2001, estrapolando, per così dire, con maggior brillantezza, a motivo del più immediato collegamento con il principio dell’art. 32 Cost., un tipo di competenza legislativa regionale già implicato dalla precedente e più “gestionale” formula dell’assistenza sanitaria e ospedaliera. Similmente, del resto, v. gli statuti speciali: artt. 17, St. Sicilia; 4, Sardegna; 3, Valle d’Aosta; 4 Friuli-Venezia Giulia; e 8, Trentino-Alto Adige.

Tali considerazioni si completano ricordando come il contrasto alla malattia, non meno che nei confronti, ad es., della povertà o della denutrizione, manifesta un momento qualificante dell'impegno per la rimozione degli ostacoli di cui ragiona l'art. 3, c. 2, della Costituzione in vista del pieno sviluppo della persona umana e dell'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Da questo quadro, quasi sillogisticamente, se pure in via implicita od indiretta, si conferma finalmente il rilievo costituzionale del bene farmaco, attesa la sua stretta strumentalità alla tutela della salute, sicché è alla luce di tale premessa che risulta utile prendere le mosse per intraprendere il percorso ricostruttivo a cui si faceva poc'anzi riferimento.

## 2. Il farmaco al centro di un sistema normativo “multilivello” e “multidirezionale”

Poiché la finalizzazione terapeutica di una certa sostanza dipende evidentemente dalla sua comprovata efficacia, può banalmente osservarsi che qualsiasi farmaco si presenta, anche nei casi più semplici, come il prodotto di attività di ricerca e di verifica clinico-medica: di qui l'ulteriore osservazione del rilievo di una sorta di ciclo di esistenza del farmaco stesso, dalle forme della sua ideazione al suo inserimento nei circuiti della distribuzione, dalla sua somministrazione fino alla revoca dei prodotti obsoleti ed al loro smaltimento, secondo quindi una successione di fasi caratterizzate da relativa autonomia, dall'intervento di diversi soggetti e dalla gestione dei relativi diritti ed interessi.

Ma ciò che specialmente sembra avere qui importanza è la vocazione di praticamente tutte le fasi del ciclo ad essere orientate da qualche principio costituzionale non solo di portata generale, ma anche di tipo specifico, quali esemplarmente la libertà di ricerca scientifica, la tutela delle invenzioni, la libertà d'iniziativa economica, la tutela dell'ambiente e, appunto ed in posizione centrale, la protezione della salute: ciascuno di tali principi facendo spesso appello allo svolgimento di apposite competenze o alla presenza di appropriate strutture organizzative pubbliche e private.

Non sorprende, quindi, che alla disciplina giuridica del farmaco concorrano una pluralità di plessi normativi destinati a governare settori diversi del relativo comparto, talvolta anche improntati o addirittura direttamente promananti da livelli regolatori sovranazionali come, ad esempio, i principi internazionali in materia di sanità, e, rispettivamente, la disciplina eurounitaria in tema di ricerca e produzione farmaceutica. Sicché, ricorrendo ad una metafora di moda, non ci sono difficoltà a definire quello del farmaco un sistema normativo non solo “multidirezionale”, ma anche “multilivello”, specie se si considera che in ambito nazionale anche alle regioni è costituzionalmente garantito un ruolo di primo piano nella materia della salute<sup>10</sup>.

## 3. Il “ciclo del farmaco” nella prospettiva costituzionale: la libertà di ricerca e di sperimentazione

Benché il testo costituzionale enunci con molta chiarezza all'art. 33 il principio della libertà della scienza, dopo aver affermato all'art. 9 che la stessa ricerca scientifica deve essere promossa da parte

<sup>10</sup> Che anzi rappresenta, a ben vedere, la parte più cospicua del loro campo d'intervento. Per una agile panoramica del complessivo sistema, cfr. F. TOTI, *La sanità in Italia*, Bologna, 2014.

della Repubblica, poche questioni come quelle sorte con riguardo alla ricerca ed alla sperimentazione farmaceutica si sono rivelate tanto complesse e delicate.

E ciò perché la relativa libertà, già di per sé suscettibile, nonostante la rimarchevole assenza di limiti espliciti nel testo costituzionale, d’essere bilanciata nel conflitto con altri beni e diritti parimenti rilevanti<sup>11</sup>, appare esposta anche a condizionamenti fattuali di varia origine e natura. Si pensi ai casi di completo asservimento della ricerca agli interessi industriali<sup>12</sup> o a quelli in cui essa, purtroppo perlopiù in ambito pubblico, mena vita grama a causa dell’inadeguato finanziamento in spregio di quanto predicato dall’art. 9 Cost. Resistenze, poi, possono essere non infrequentemente originate da motivi etici e religiosi; ma anche una regolazione arcigna, verosimilmente ossequiosa nei confronti dei variegati interessi dianzi citati, può essere in grado di ostacolare la libertà in questione.

La casistica di maggior impatto costituzionalistico per quanto concerne questa prima fase del ciclo ci riporta senz’altro alla cruciale questione, affrontata dalla sent. n. 20 del 1978 della Corte costituzionale, in cui il principio costituzionale condusse ad invalidare la risalente esclusione dalla brevettabilità dei farmaci<sup>13</sup>. Anche se non vi sono difficoltà a ritenere che la spinta decisiva sia provenuta dall’esigenza di regolazione di un’attività d’impresa sprovvista fino ad allora di remunerativi ritorni economici e, di riflesso, tali da giustificare adeguati incentivi alla onerosa attività di ricerca delle case farmaceutiche<sup>14</sup>.

Ad un confronto totalmente diverso è stata chiamata la Corte con la sent. n. 84 del 2016 (sull’utilizzo terapeutico degli embrioni). La decisione, questa volta, non è risultata troppo felice per l’efficacia parametrica dei principi costituzionali rilevanti, avendo la Consulta in pratica rinunciato ad un loro bilanciamento con il valore della dignità (nella specie: dell’embrione).

Al di là, comunque, del particolare esito della vicenda, è del tutto notevole il ruolo giocato dalla dignità umana (oltre che dalla sicurezza e dalla tutela della salute), sia nell’ordinamento interno, sia in quello eurounitario, che risultano assai vigili, se non sul momento puramente speculativo, certamente sulle ricadute sperimentali dell’attività di ricerca scientifica. In questo quadro, del resto, si comprende la posizione sempre più centrale acquisita dai vari comitati etici incaricati appunto di valutare, in un’ottica interdisciplinare e auspicabilmente indipendente, il carattere etico della sperimentazione farmacologica sull’uomo<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> È stato acutamente rilevato come la libertà in questione non coincida con un “tutto” che può essere trattato alla stregua di un unico parametro costituzionale: R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 6.

<sup>12</sup> Intriganti “informazioni” sul punto sono fornite da P. SCHIRRIPIA, *La vita sociale dei farmaci*, Lecce, 2015, 159.

<sup>13</sup> Sulla relativa problematica, v. R. PARDOLESI, *Sul divieto di brevettazione di farmaci*, in *Foro italiano*, I, 1978, 80; G. SENA, *Imprese farmaceutiche e brevettabilità dei medicinali*, in *Diritto Commerciale*, 1978, 619; A. VANZETTI, P. MARCHETTI, *Commento a Corte Cost. 20 marzo 1978 n. 20*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1978, 881. Ancora di recente, v. A. CAUDURO, *L’accesso al farmaco*, Milano, 2017, 23; C. CASONATO, *I farmaci, fra speculazioni e logiche del costituzionalismo*, in P. COSTANZO (a cura di), *Aspetti e problemi della disciplina giuridica dei farmaci*, cit., 16.

<sup>14</sup> Si noti che nella decisione si ritennero assorbite le «censure motivate da violazione degli articoli 42 e 43».

<sup>15</sup> In materia, L. MARINI, *I Comitati etici per la sperimentazione clinica dei medicinali. Competenze nella normativa comunitaria e nazionale*, Roma, 2001; C. TOMINO, *Ruolo e funzioni dei Comitati etici nelle sperimentazioni cliniche dei medicinali*, in G. LUCIGNANI (a cura di), *Sperimentazione e registrazione dei radiofarmaci*, Milano, 2013, 127; G. SAVORANI, *La sperimentazione dei farmaci*, in P. COSTANZO (a cura di), *Aspetti e problemi della disciplina giuridica dei farmaci*, cit., 290.

Potrebbe pertanto apparire in controtendenza il *pressing* a cui sono stati talvolta sottoposti magistratura e amministrazione allorché (l'ammissione al) la sperimentazione è apparsa come l'estremo tentativo di far fronte ad un danno reputato, allo stato delle conoscenze mediche, irreparabile per la salute e la vita stessa. Ci si riferisce esemplarmente al caso della cd. multiterapia antitumorale Di Bella con cui la Corte costituzionale ha dovuto misurarsi nella sentenza n. 185 del 1998 e che qui mette conto di ricordare per l'obiettivo della Corte di non sconfessare comunque la priorità da accordare al quadro supervisionato dalle competenti istanze scientifiche, lasciando quindi al margine iniziative spontanee di ogni genere<sup>16</sup>.

Ancora la Corte, nella successiva sentenza n. 188 del 2000<sup>17</sup>, ha chiarito come non fosse stata sua intenzione creare dal nulla obblighi di prestazione terapeutica a costo zero e tali da produrre effetti invasivi delle competenze riservate agli organi tecnico-scientifici della sanità, essendosi comunque determinata nell'ambito di una sperimentazione già in atto e non a rimorchio di libere scelte individuali circa il trattamento terapeutico preferito.

Principio, quest'ultimo, evidentemente non del tutto compreso o condiviso dato che successivamente nel, c.d. caso Stamina, diversi giudici ed una compagine ministeriale, malgrado anche la netta avversione della scienza ufficiale, sono parsi accodarsi ad ondate emozionali mediatiche<sup>18</sup>.

#### 4. La registrazione e l'immissione in commercio

Le vicende descritte ruotano dunque intorno al fattore critico consistente nell'utilizzo di farmaci ancora soggetti a sperimentazione, di non provata efficacia e assenza di significativi effetti avversi: qualità essenziali perché un principio attivo sia ammesso alla registrazione, quale viene concessa solo in base ad una trasparente procedura amministrativa di valutazione delle risultanze della sperimentazione farmacologica<sup>19</sup>.

Anche su tale punto, sembra possibile estrapolare dalla sentenza n. 121 del 1999<sup>20</sup> una netta posizione della Corte costituzionale di *favor* per la scienza ufficiale nella prospettiva di evitare rischi per il bene

<sup>16</sup> Censurando in pratica solo il fatto che la diversità di condizioni economiche tra gli affetti da patologie tumorali incurabili con le terapie codificate potesse ingenerare una diversa tutela delle aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute: sulla sentenza, cfr. A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul caso «Di Bella»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1528. La decisione ha attratto la forte attenzione anche della dottrina francese in prospettiva comparata: cfr. B. MATHIEU, *La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel – A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n. 185 du 20 mai 1998*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, 61.

<sup>17</sup> Coglie il punto efficacemente anche A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 63.

<sup>18</sup> Si ricordi in particolare un servizio ad effetto della trasmissione televisiva "Le Iene", conclusosi con una sorta di ammissione di colpa: v. *Caso Stamina, Le Iene "La nostra unica colpa è esserci appassionati a storie di gravi malattie"*. La replica del curatore della trasmissione di Italia 1 "Denunce fantasiose, il pasticcio un errore dello Stato", in <https://www.lastampa.it/> (sito web consultato il 10.2.19).

<sup>19</sup> In tema, cfr. L.P. TRONCONI, *Sperimentazione clinica sull'uomo e tutela della salute. Profili di diritto pubblico*, in *Il Politico*, 2001, 495; F. GIUNTA, *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici*, in *Diritto pubblico*, 2002, 623; E. ALBINI, *Profili legali della sperimentazione clinica*, in *Pratica Medica & Aspetti Legali*, 2009, 163; e, da ultimo, ancora G. SAVORANI, *op. cit.*

<sup>20</sup> Nel giudizio per conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato sorto a seguito di ordinanza del Pretore di Lecce.

salute<sup>21</sup>. In particolare, la Corte, sempre dialogando con se stessa, ha qui argomentato la non occasionalità di quanto già statuito nella già citata sentenza n. 185 del 1998 col disconoscere il potere di sostituirsi agli organi tecnico-scientifici nella valutazione dell'efficacia di un farmaco, e traendone un principio cogente per ogni altro giudice<sup>22</sup>. Letta in controluce, la decisione mette, dunque, al centro dell'attenzione l'essenzialità della registrazione nel complessivo ciclo del farmaco stesso<sup>23</sup>, tanto più che, con essa, si abilita il farmaco ad essere immesso sul mercato<sup>24</sup> e ad essere somministrato ai pazienti<sup>25</sup>.

## 5. La formazione del prezzo dei medicinali

Contestualmente alla commercializzazione, un'altra delicata procedura prende avvio, ossia quella della fissazione del prezzo di vendita del farmaco<sup>26</sup>: tema rispetto a cui le “sensibilità” del dettato costituzionale sono ancora messe vivacemente alla prova.

Le difficoltà consistono infatti nel conciliare l'esigenza, da un lato, di rientro dagli esborsi fatti sino a quel momento, specie per ricerca e sperimentazione, cui va ad aggiungersi ora anche l'adeguato compenso dei distributori intermedi e dei farmacisti professionali; e, dall'altro lato, la necessità che il costo per il consumatore finale e, prima ancora, per l'acquirente pubblico risultino sopportabili onde non compromettere la stessa possibilità di cura che si vorrebbe e si dovrebbe incentivare.

Benché al problema siano state date varie soluzioni nel tempo, l'incrocio (o il conflitto) tra impulso all'impresa e promozione della salute ha sempre penato a raggiungere accomodamenti ritenuti appieno soddisfacenti specie per l'iniziativa economica, avendo la tutela della salute prevalso – va detto – in sostanziale coerenza con la sua primazia assiologica dal punto di vista costituzionale. Si

<sup>21</sup> La Corte ha infatti sottolineato come l'essenza dell'iniziativa pretorile di ordinare l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio su pazienti, diversi dai singoli ricorrenti nel giudizio di merito ai fini della meritevolezza o meno della cd. cura Di Bella oltre quanto statuito eccezionalmente in via legislativa, si sarebbe risolto in un non consentito accertamento finalizzato ad accertare, in via generale, la validità della cura in parola.

<sup>22</sup> Al legislatore pertiene, invece, il compito, sempre secondo la Corte, di «prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali» acquisite, si badi, a loro volta, «tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati» (sent. n. 282 del 2002, cit., e, più di recente, sent. n. 8 del 2011).

<sup>23</sup> A tenore dell'art. 6 del d.lgs. n. 219 del 2006, «nessun medicinale può essere immesso in commercio sul territorio nazionale senza aver ottenuto un'autorizzazione dall'AIFA o un'autorizzazione comunitaria a norma del regolamento 2004/726/CE».

<sup>24</sup> Si noti ancora come secondo l'ordinanza n. 396 del 1990 della Corte costituzionale, l'esigenza di piena ed esauritiva tutela della salute imposta dalla Costituzione sarebbe assolta dal «solo uso di farmaci regolarmente commerciabili, a norma di legge, nel territorio dello Stato». In materia, v. P. SAVONA, *L'autorizzazione all'immissione in commercio dei farmaci tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Giustamm* (<https://www.giustamm.it/>); in argomento anche G. MASSARI, *La sicurezza dei farmaci in Italia, tra vincoli sopranazionali e riparto interno di competenze*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 141.

<sup>25</sup> Con la sentenza n. 8 del 2011, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 35 della legge della Regione Emilia-Romagna 22 dicembre 2009, n. 2, nella parte in cui attribuiva alla Regione il potere di prevedere, in fase di aggiornamento del prontuario terapeutico regionale, l'uso di farmaci anche al di fuori delle indicazioni registrate nell'autorizzazione all'immissione in commercio.

<sup>26</sup> Cfr. C. PANERO, *La filiera dei farmaci in Italia. Regolazione e prospettive di liberalizzazione*, Milano, 2012, 58.

comprende, dunque, perché, fin dall'originario sistema dei prezzi amministrati dei farmaci<sup>27</sup>, passando per quello cd. sorvegliato<sup>28</sup>, fino all'attuale sistema negoziale, la Consulta, quando se ne è presentata l'occasione, abbia sempre teorizzato la compatibilità costituzionale dei contenimenti autoritativi di vario tipo posti al costo dei medicinali<sup>29</sup>.

Il discorso vale ovviamente solo per la categoria delle specialità medicinali rimborsate dal Servizio sanitario nazionale e non per quelle lasciate alle fluttuazioni del libero mercato<sup>30</sup>. Laddove resta necessario che siano i farmaci più "importanti" ad essere oggetto dell'attenzione pubblica anche nell'attuale più liberale regime della formazione negoziale dei prezzi del farmaco<sup>31</sup>.

L'incidenza sul prezzo riguarda però non solo chi abbia interesse a remunerare l'impresa farmaceutica ma anche il soggetto sul quale poi l'onere del prezzo si riversa: ecco perché un altro fronte su cui i principi costituzionali si dimostrano operativi ha riguardato il ruolo delle regioni nella materia. Con la decisione n. 330 del 2011, la Corte costituzionale, infatti, chiamando in causa sia il principio di leale collaborazione, sia quello dell'autonomia del bilancio regionale, ha riconosciuto il diritto anche di queste ad entrare nel concerto delle voci (Ministeri, AIFA, rappresentanti delle case farmaceutiche) tese a definire il livello di rimborsabilità dei farmaci<sup>32</sup>.

Infine, assolutamente non trascurabile è anche il ridetto fronte eurounitario: da parte delle istituzioni europee, infatti, pur mostrandosi consapevolezza circa le esigenze che a livello statale possono giustificare un qualche tipo di controllo sui prezzi in questione, si è decisamente orientati a non introdurre,

<sup>27</sup> Su tale fase, cfr. C. FERRARI, *La determinazione autoritativa dei prezzi*, in ID., *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, Milano, 1987, 196.

<sup>28</sup> Cfr. l'art. 8 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, "Interventi correttivi di finanza pubblica".

<sup>29</sup> Circa la plausibilità del controllo pubblico a fronte dell'ammissione dei farmaci alla brevettazione, v. anche la sentenza n. 20 del 1978. Comunque, nella sentenza "capostipite" n. 29 del 1957, veniva già chiarito che «il prezzo d'imperio, persegue lo scopo di tutelare il pubblico sia da eventuali speculazioni, che potrebbero verificarsi in caso di emergenza con la rarefazione dei medicinali; sia da inconvenienti collegati al regime di libera concorrenza, che porterebbe al ribasso dei prezzi e, inevitabilmente, alla preparazione dei medicinali con materie prime meno costose, e perciò, con risultati terapeutici che potrebbero recare nocimento alla salute dei cittadini». Per decisioni che hanno ritenuto non censurabile lo sconto obbligatoriamente praticato dai produttori, cfr., tra le altre, le sentt. nn. 144 del 1972 e 201 del 1975 fino alla più recente in tema di farmaci innovativi n. 70 del 2017. Per converso, sulla plausibilità di un ragionevole margine di utile, cfr. Corte cost., sentt. nn. 103 del 1957, 30 del 1965, 144 del 1972 fino alla più recente n. 279 del 2006.

<sup>30</sup> Circa la presunta disparità di trattamento tra queste due categorie di farmaci, nella sent. n. 144 del 1972, la Corte ha affermato trattarsi «evidentemente di due situazioni non omogenee, per la diversa destinazione dei prodotti, diretti a categorie di consumatori caratterizzate da essenziali differenze obiettive, quali appunto, da un lato, gli assistiti da enti mutualistici, che per la loro particolare condizione di lavoratori e la correlativa situazione di inferiorità economica, lo Stato, in attuazione dei suoi compiti istituzionali sanciti dagli artt. 32 e 38 della Costituzione, ha giustamente considerato degni di una particolare prestazione; e, dall'altro, i consumatori ordinari, cui per la intrinseca diversità della loro posizione, non si è ritenuto di estendere tale particolare protezione».

<sup>31</sup> Cfr. la legge 24 novembre 2003, n. 326, recante individuazione dei criteri per la contrattazione del prezzo dei farmaci. In argomento, cfr. M. DELSIGNORE, *La regolazione dei prezzi dei farmaci*, in *Rivista della regolazione dei mercati* ([www.rivistadellaregolazioneideimercati.it](http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it)), 2, 2012

<sup>32</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 330 del 2011, che ha censurato il mancato coinvolgimento delle Regioni nella disciplina di aspetti specifici dell'assistenza farmaceutica rientranti nella materia della tutela della salute, poiché non ci si era limitati a fissare principi fondamentali ma, entrando nel dettaglio, aveva affidato la revisione dei criteri di remunerazione della spesa farmaceutica ad un accordo solo tra Ministeri, l'Agenzia italiana del farmaco e le associazioni di categoria.

per questa via, discriminazioni all'importazione e, comunque, alla commercializzazione dei farmaci provenienti dal mercato interno<sup>33</sup>.

## 6. La professione farmaceutica e la prescrizione medica

La necessaria sinteticità di queste note costringe ora a procedere ancora più avanti lungo il ciclo del farmaco per soffermarsi dove la sua commercializzazione trova, per così dire, la sua sede naturale, ossia la farmacia.

Svolte in forme di impresa privata o gravitante nel settore pubblico<sup>34</sup>, sono infatti le farmacie a dispensare in via esclusiva i medicinali non riservati all'uso ospedaliero, se si eccettua la marginale attenuazione costituita dalla recente ammissione delle cd. parafarmacie alla vendita dei cd. farmaci da banco o senza necessità di prescrizione medica<sup>35</sup>.

La delicata ed essenziale funzione di servizio pubblico svolto dalle farmacie nell'ambito del Servizio sanitario nazionale<sup>36</sup>, nel senso di dover costantemente assicurare la disponibilità di prodotti, talvolta essenziali per il mantenimento in vita delle persone<sup>37</sup>, ha motivato interventi del potere pubblico tesi ad assicurare tale continuità sul territorio e nel tempo. Anche qui può osservarsi come le relative

---

<sup>33</sup> Peraltro, secondo la Commissione europea, l'applicazione del diritto della concorrenza nel settore farmaceutico, sia a livello nazionale che a livello dell'UE, permetterebbe di disporre di medicinali più economici e di maggiori possibilità di scelta per i pazienti e i sistemi di assistenza sanitaria e di promuovere ulteriormente l'innovazione: cfr. la Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 28 gennaio 2019, *Applicazione delle norme sulla concorrenza nel settore farmaceutico (2009-2017)* – COM(2019) 17 final.

<sup>34</sup> Cfr. G. PIPERATA, *Farmacie*, in S. CASSESE, *op. cit.*, 2447 ss.; V. ANTONELLI, *Le farmacie nell'ordinamento italiano*, in *Amministrazione in cammino* ([www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it)), 2010. Sul più recente fenomeno della vendita di farmaci online, cfr. F. DANINI, *La vendita di farmaci su internet*, in P. COSTANZO (a cura di), *Aspetti e problemi della disciplina giuridica dei farmaci*, cit., 342.

<sup>35</sup> La Corte costituzionale, nella sent. n. 216 del 2014, da un lato, ha sottolineato come tra farmacie e parafarmacie «permangano una serie di significative differenze», e, dall'altro, ha affermato che l'incondizionata liberalizzazione dei farmaci di “fascia C” (a favore delle parafarmacie) inciderebbe, «con effetti che non sono tutti prevedibili, sulla distribuzione territoriale delle parafarmacie le quali, non essendo inserite nel sistema di pianificazione, potrebbero alterare il sistema stesso, che è posto, prima di tutto, a garanzia della salute dei cittadini». Sulla decisione, cfr. E. ALBANESI, *La vendita dei farmaci nelle c.d. parafarmacie tra valori costituzionali/eurounitari sottesi ed argomentazioni giurisprudenziali (apodittiche quelle della Corte costituzionale...) non precludenti soluzioni legislative alternative*, in P. COSTANZO (a cura di), *Aspetti e problemi della disciplina giuridica dei farmaci*, cit., 191.

<sup>36</sup> La Corte costituzionale, nella sentenza n. 448 del 2006, ha rammentato che, «sotto il profilo funzionale, i farmacisti sono concessionari di un pubblico servizio» e che tale servizio è «preordinato al fine di assicurare una adeguata distribuzione dei farmaci, costituendo parte della più vasta organizzazione predisposta a tutela della salute».

<sup>37</sup> Peraltro, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 388 del 1989, ha configurato il reato di interruzione di servizio pubblico ex art. 331 c.p., a carico del farmacista solo nel caso venga meno agli impegni assunti nella convenzione farmaceutica che disciplina il servizio sociale di assistenza e non quando sia incorso in un inadempimento dell'obbligo convenzionale di consegnare a credito i medicinali prescritti agli assistiti.

previsioni legislative siano state sempre avallate dalla Corte<sup>38</sup>, pur non mancando dubbi circa l'effettiva razionalità dei criteri seguiti<sup>39</sup>.

Anche l'esclusività da parte delle farmacie di talune prestazioni analitiche di prima istanza rientranti nell'ambito dell'autocontrollo è stata oggetto di contestazione: ma con la sentenza n. 66 del 2017 analoghe possibilità sono state negate dalla Corte alle parafarmacie, sia pure per il solo contrasto con i principi fondamentali della materia dell'organizzazione farmaceutica contenuti nella vigente normativa statale<sup>40</sup>, e non argomentandosi su una lesione diretta della salute (ovviamente attirando le critiche dei diretti interessati).

Restando nell'ambito dei farmaci soggetti a prescrizione medica, l'attenzione non può non essere portata anche sulla prescrizione stessa, che costituisce un atto di cura che impegna la responsabilità personale del medico e autorizza il farmacista a dispensare un certo medicinale. Tale responsabilità, a ben vedere, è molteplice: può riguardare l'appropriatezza terapeutica della prescrizione oppure la sua necessità a fronte dell'esborso erariale<sup>41</sup>. Si tratta, tuttavia, di aspetti che qui non si possono che semplicemente richiamare, mentre forse più rilevante risulta quello, pur intersecantesi con i precedenti, inerente all'autonomia professionale del medico prescrittore con riferimento, come recita il codice deontologico, alla sua coscienza ed ai suoi convincimenti tecnico-scientifici<sup>42</sup>.

Se, sotto questo secondo profilo, sembra ancora utile richiamare il cd. caso Di Bella in seguito a cui è stata legislativamente autorizzata<sup>43</sup>, se pure sotto strette condizioni, la cd. prescrizione *off label* di un farmaco<sup>44</sup>; sotto il primo, la problematica tocca questioni non meno delicate e vessate come il c.d. accanimento terapeutico e la somministrazione della cd. pillola del giorno dopo.

<sup>38</sup> Esemplarmente sentt. nn. 446 del 1988, 4 del 1996, 27 e 275 del 2003 e 76 del 2008.

<sup>39</sup> V., ad es. le osservazioni favorevoli alle parafarmacie rilasciate dall'Antitrust nell'ambito della sua attività di segnalazione e consultiva (AS1536 – Convenzionamento delle parafarmacie ai fini della vendita di dispositivi medici e di alimenti per fini medici).

<sup>40</sup> Sul tema, in generale, v. Corte cost., sentenza n. 44 del 2010, per cui va configurata la competenza del legislatore statale a fissare i principi fondamentali della materia della tutela della salute *ex art.* 117, comma 3, della Costituzione, e particolarmente in materia di farmaci, sicché, ad esempio, la Regione, titolare della competenza legislativa concorrente nella medesima materia, non potrebbe derogare né alle procedure, né alle forme prescritte dal legislatore nazionale.

<sup>41</sup> Sul tema, cfr. L. BENCI, *La prescrizione e la somministrazione dei farmaci*, 2a ed., Firenze, 2014; S. RODRIQUEZ, *L'iperprescrizione dei farmaci tra diritto alla salute, responsabilità del medico e spesa pubblica*, in P. COSTANZO (a cura di), *Aspetti e problemi della disciplina giuridica dei farmaci*, cit., 88.

<sup>42</sup> Il pensiero corre qui anche alle polemiche sollevate circa l'obbligo delle coperture vaccinali in cui risultano coinvolti anche operatori sanitari: razionalmente la Corte costituzionale, nella sentenza n. 5 del 2018, si è espressa nel senso che, anche a motivo del calo della copertura al di sotto della soglia del 95 per cento, raccomandata dall'OMS ai fini della "immunità di gregge", risulta giustificata l'introduzione (con il d.l. 7 giugno 2018, n. 73, conv. nella l. 31 luglio 2017, n. 119) dell'obbligo per dieci vaccinazioni, non avendo «indebitamente e sproporzionatamente sacrificato la libera autodeterminazione individuale in vista della tutela degli altri beni costituzionali coinvolti». Sul tema, cfr. F.S. FLORIO, *La questione vaccinale nel quadro degli assetti costituzionali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2017, 399.

<sup>43</sup> D.l. 17 febbraio 1998, n. 23, conv. nella l. 8 aprile 1998, n. 94.

<sup>44</sup> In un simile quadro, con la recente sentenza n. 151 del 2014, la Corte, confermando quanto già statuito nella precedente sentenza n. 8 del 2011, ha, tra l'altro, configurato l'elusione del ruolo dell'AIFA come un vizio del procedimento di individuazione dei farmaci *off label*, ridondante in un vero e proprio vizio di legittimità costituzionale dell'atto legislativo regionale inteso ad operare nella materia concorrente della salute.

In tema di accanimento terapeutico, è chiaro che la problematica supera il profilo pur non secondario della somministrazione farmaceutica e come tale attende di essere sciolta nella sua portata complessiva: in questo senso l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale, pur esibendo un carattere interlocutorio, nella sostanza certamente postulava un intervento legislativo che emancipasse dalla sola prospettiva punitiva la questione dell'eutanasia passiva<sup>45</sup>.

Circa la c.d. pillola del giorno (o di alcuni giorni) dopo, è l'ammissibilità dell'eventuale obiezione di coscienza del medico antiabortista che potrebbe soprattutto impensierire a causa dei valori costituzionali chiamati in causa dal dilemma: ma, anche a tal proposito, sembra difettare ancora la necessaria chiarezza sul piano giuridico, malgrado si siano avute prese di posizione in sede scientifica tese a rilevare la mancanza di caratteristiche abortive del farmaco contestato (sul punto, perspicuamente, v. TAR Lazio n. 10820/2014 del 5 luglio 2016).

## 7. L'informazione e la pubblicità farmaceutica

La commercializzazione di un farmaco e ancor più la sua prescrizione non sembrano poter prescindere da un retroterra informativo destinato a rendere edotti circa le complessive caratteristiche terapeutiche del prodotto. È vero che su tale punto risulta fondamentale soprattutto il cd. foglietto illustrativo, ma non potrebbero essere trascurati gli effetti prodotti anche dall'attività d'informazione scientifica e dalla stessa pubblicità.

Presunta la liceità dell'informazione scientifica in quanto (e se) concepita per tutelare, sia pure con evidenti ricadute economiche, l'interesse sanitario, dubbi riguardano invece l'attività pubblicitaria, in quanto ontologicamente orientata a far prevalere interessi economici (già nella sent. n. 20 del 1978 la stessa Corte aveva avuto cura di avvertire circa il possibile sviamento della pubblica opinione).

Di qui il divieto posto a tale attività nei confronti dei farmaci, il cui obiettivo è «di assicurare modalità della vendita coerenti con la funzione dei prodotti e con la tutela della salute, e cioè di evitare che l'acquisto dei medicinali possa essere influenzato da ragioni diverse da quelle della loro indispensabilità ai fini terapeutici» (Corte cost., sent. n. 430 del 2007<sup>46</sup>). Anche se tale divieto può venire derogato per quelle specialità che, per composizione e finalità, siano concepite e realizzate per essere utilizzate senza intervento di un medico per la diagnosi, la prescrizione o la sorveglianza nel corso del trattamento e, se necessario, il consiglio del farmacista<sup>47</sup>. Laddove – si osserva – è forte la pressione del mercato per aumentare ulteriormente le zone affrancate dal divieto<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Del tutto mancato, com'è noto, aprendo la strada alla sent. n. 249 del 2019 della stessa Corte.

<sup>46</sup> È quanto affermato con evidente analogia in materia di divieto di concorsi, di operazioni a premio e di vendite sottocosto aventi ad oggetto i farmaci.

<sup>47</sup> Cfr. l'art. 115 della l. 7 dicembre 2006, n. 296.

<sup>48</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. II, sentenza 27 luglio 2017, n. 3737, che ha statuito sull'equiparazione dei medicinali di origine vegetale agli OTC ai fini della possibilità di effettuarne la pubblicità, dopo che il riconoscimento dell'ammissibilità della pubblicità era stato operato dallo stesso giudice (sez. III, sentenza 12 maggio 2017, n. 2217) anche per medicinali senza obbligo di prescrizione (SOP) non appartenenti alla categoria dei medicinali di automedicazione (OTC).

## 8. L'accesso ai farmaci (i LEA)

Alla fine del ciclo del farmaco si colloca senza dubbio la persona che nel farmaco stesso potrebbe trovare rimedio per la sua patologia. Non v'è allora chi non veda come sia pregiudiziale la stessa possibilità di accedervi.

Anche se tale possibilità è stata aperta indistintamente dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale mercé il principio della gratuità dei medicinali per tutti gli interessati sulla base di una visione solidaristica del sistema e facendosi evidente affidamento sulla fiscalità generale per le necessarie risorse, le successive vicende della finanza pubblica si sono purtroppo incaricate di ricondurre il principio in ambiti più circoscritti.

Si è assistito, cioè, particolarmente da parte della Corte costituzionale, ad una certa relativizzazione del diritto fondamentale alla salute, nel senso che, come altri diritti costituzionali a prestazioni positive, la sua soddisfazione sarebbe improntata a gradualità «a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione» (Corte cost., sent. n. 455 del 1990).

Onde non incorrere in una clamorosa sconfessione della non negoziabilità del diritto fondamentale alla salute<sup>49</sup>: anche sotto il profilo farmaceutico che qui interessa, può rilevarsi come lo stesso disposto costituzionale, con l'identificare solo una certa classe di soggetti come meritevole di prestazioni di cura gratuite, possa implicare la liceità di una dispensazione onerosa delle cure stesse a coloro che non rientrano in tale classe, così che il problema si sposta sull'individuazione dei criteri di distinzione tra i soggetti bisognosi di cure e su cui il sindacato di costituzionalità resta salvo «nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa». Così, ad esempio, nella sentenza n. 184 del 1993, la Corte, dopo aver ritenuto plausibili le ragioni legislative che fondavano, per una certa categoria di soggetti, un'esenzione generale dal pagamento delle prestazioni sanitarie quale «attuazione del contenuto minimo essenziale del diritto alla tutela della salute, garantito dall'art. 32 della Costituzione», ne ha ritenuto meritevole un'altra categoria in quanto essa presentava «tutti gli elementi ai quali si ricollegano le ragioni dell'esenzione in esame»<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Per A. CAUDURO, *op. cit.*, 35, il vincolo discendente dalla «fondamentalità» imporrebbe più radicalmente una scelta costituzionalmente orientata nella destinazione delle risorse economiche disponibili, in una prospettiva differente dalla lettura che descrive il diritto fondamentale alla salute come diritto finanziariamente condizionato.

<sup>50</sup> Analogamente, con la sent. n. 309 del 1999, la Corte ha affrontato la questione del tipo di patologie per le quali l'indigente, che si trovi all'estero, ha diritto a cure gratuite. Così che, se, secondo la Corte, è vero che il «valore espresso dall'articolo 32 della Costituzione, nel suo puntualizzarsi in un diritto fondamentale del cittadino, può assumere accentuazioni diverse e graduate che dipendono anche dalla gravità della patologia e dall'entità dei rischi connessi al differimento della terapia» e che la «definizione del livello di tutela da accordare all'indigente all'estero postula dunque scelte che non possono essere direttamente compiute da questa Corte ma che sono rimesse al bilanciamento legislativo», ciò che «l'articolo 32 della Costituzione certamente non tollera, e che spetta a questa Corte colmare [...], è l'assoluto vuoto di tutela [...] per gli indigenti che si trovino temporaneamente nel territorio di Stati esteri nei quali non è loro garantita alcuna forma di assistenza sanitaria gratuita». La Corte, con la sent. n. 269 del 2010, ha, per altro verso, respinto l'idea che la formula dell'art. 32 relativa alla gratuità delle cure agli indigenti giovi nell'ambito del territorio nazionale ai soli cittadini italiani, estendendone gli effetti sia ai cittadini dell'Unione presenti sul territorio regionale che non risultano assistiti dallo Stato di provenienza, privi dei requisiti per l'iscrizione al SSR e che versino in condizioni di indigenza, almeno per quanto

In questo quadro, trova posto anche il tema dei cd. livelli essenziali di assistenza, tanto più che, come chiarito ancora dalla Corte costituzionale nella sent. n. 271 del 2008, in essi rientra a pieno titolo l'erogazione dei farmaci<sup>51</sup>. Non potendo affrontare qui *ex professo* l'argomento, ci si limita a ribadire come nei LEA i profili dell'onerosità o meno, nonché dell'appropriatezza trovino un punto importante di confluenza. Inoltre, come sottolineato nella sentenza n. 271 del 2008 e confermato nella successiva sentenza n. 44 del 2010, la dispensazione dei farmaci «rientra nei livelli essenziali di assistenza (LEA), il cui godimento è assicurato a tutti in condizioni di uguaglianza sul territorio nazionale [...], affinché non si verifichi che in parti di esso, “gli utenti debbano, in ipotesi, assoggettarsi ad un regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato” [...]»<sup>52</sup>. Ma neanche superiore ...dato che, con apparente paradosso, con la sent. n. 187 del 2012, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di talune discipline regionali che avevano previsto di non far pagare il *ticket* per certe prestazioni rientranti nell'ambito dei LEA per cui la legislazione statale invece lo prevedeva<sup>53</sup>. Secondo la Corte, infatti, il *ticket*, determinando il costo per gli assistiti dei relativi servizi sanitari, non costituirebbe solo un principio di coordinamento della finanza pubblica diretto al contenimento della spesa sanitaria, ma inciderebbe anche sulla quantità e sulla qualità delle prestazioni garantite, e, quindi, sui livelli essenziali di assistenza. Ne deriverebbe che la misura della compartecipazione dovrebbe essere omogenea su tutto il territorio nazionale, «giacché non sarebbe ammissibile che l'offerta concreta di una prestazione sanitaria rientrante nei LEA si presenti in modo diverso nelle varie Regioni».

---

riguarda l'erogazione delle cure indifferibili ed urgenti (tra l'altro, si noti, richiamando la disposizione costituzionale nel senso fatto proprio in una nota del Ministero della Salute); sia ai cittadini extracomunitari persino irregolarmente soggiornanti, dato che esiste «un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto» (sul tema, cfr. F. BIONDI DALMONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in *Le Regioni*, 2011, 1086). In materia rileva poi particolarmente anche la sentenza n. 61 del 2011 su cui v. A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale “dimezzato”?* in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.it](http://www.giurcost.it)), Studi 2011 (17.06.11).

<sup>51</sup> Sul punto, v. anche Corte cost., sentenza n. 282 del 2002. Sul tema generale, cfr. L. TRUCCO, *Farmaci e livelli essenziali in materia di diritto alla salute*, in P. COSTANZO (a cura di), *Aspetti e problemi della disciplina giuridica dei farmaci*, cit., 28.

<sup>52</sup> Peraltro, nella sentenza n. 271/2008, la Corte costituzionale non ha escluso che il legislatore nazionale, pur nell'ambito dei LEA, che avrebbero una generale finalizzazione di tipo egualitario, possa prevedere che una Regione differenzi, per il suo territorio, il livello di rimborsabilità dei farmaci; ma ne subordina la relativa decisione al procedimento individuato nel primo comma dell'art. 6 del d.l. n. 347 del 2001, ovvero sia al previo intervento scientifico teso ad individuare i farmaci che, in relazione al loro ruolo non essenziale, possono essere totalmente o parzialmente esclusi dalla rimborsabilità, in presenza di medicinali concedibili aventi attività terapeutica sovrapponibile ed un migliore rapporto tra costi e benefici.

<sup>53</sup> Un'analogica vicenda, che ha coinvolto anche la Regione Puglia, è stata riguardata dalla sentenza n. 325 del 2011, su cui si rinvia ad A. RUGGERI, *Summum ius summa iniuria, ovvero sia quando l'autonomia regionale non riesce a convertirsi in servizio per i diritti fondamentali (a margine di Corte cost. n. 325 del 2011)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.it](http://www.giurcost.it)), Studi 2011 (29.12.11) e particolarmente alle perplessità espresse dall'A. riassumibili nell'efficace formula: *autonomia e diritti: simul stabunt vel simul cadent*.

## 9. Alcune conclusioni

Si diceva all'inizio del valore, per così dire, termometrico dell'argomento affrontato, sia pure con la necessaria sintesi.

Il quadro delineato dovrebbe aver fatto percepire lo stato permanentemente febbrile che caratterizza tutte le questioni connesse e come al capezzale abbia da tempo cessato di fare la sua comparsa solo il medico di famiglia.

La salute (ed il farmaco) sembrano aver chiamato a consulto nella recente esperienza ordinamentale soprattutto le corti, compresa quella del Palazzo della Consulta, e non solo per dare svolgimento ad un diritto che la Carta definisce fondamentale, ma anche per inserirsi in quello che abbiamo definito il ciclo del farmaco, a volte per "bypassarne" le fasi, altre ancora addirittura per intervenire in problemi di appropriatezza terapeutica.

Se, per un certo verso, si tratta all'evidenza di un effetto espansivo dello stesso meccanismo costituzionale che, come mai prima, ha sollecitato e sollecita l'attenzione di tutti gli apparati e di tutti i livelli di governo per la tutela della salute (ciò che è bene), per un altro la sensazione è forte circa una qualche insufficienza della risposta terapeutica così come è congegnata. Insufficienza che si è potuta rilevare particolarmente sia a motivo delle rigidità venutesi a creare nel tempo nelle strutture deputate, vuoi in funzione di garanzia, vuoi però anche a tutela di interessi consolidati; sia per la permanente commistione dell'aspetto scientifico e quindi tendente alla valorizzazione di profili oggettivi e falsificabili, con altri più attinenti all'etica e alla religione, quindi difficilmente contrattabili talvolta con la stessa integrità della salute e della vita.

Se dunque è possibile oggi ragionare del plusvalore democratico apportato dal testo costituzionale del 1947 alla problematica della salute e a buon diritto compiacersene, è sul piano della laicità scientifica e della sua difesa anche contro ogni suggestione mediatica o maggioritaria (si potrebbe persino dire populista) che lo sforzo attende di essere decisamente condotto.

## Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche

Marco Plutino\*

VACCINATIONS. A CONSTITUTIONAL LAW-ORIENTED RECONSTRUCTION OF A TOPIC DOMINATED BY SCIENTIFIC EVIDENCE

ABSTRACT: Vaccinations are at the center of renewed attention due to the effects produced by social networks on democratic processes. The public debate, in particular on the issues around vaccinations, has been polluted by misinformation and conspiracy theories. The theme is therefore examined by focusing on the issue of scientific evidence and the role of both science and the law in regulating issues of public interest. The paper also deals with specific burning issues such as the rights and duties of medical and paramedical personnel and the balance between the right to health and the right to education of children. In conclusion, some possible solutions are offered.

KEYWORDS: Vaccinations; health; medical treatments; minors; scientific evidence.

SOMMARIO: 1. La rinnovata attualità del tema – 2. I recenti sviluppi ordinamentali – 3. Il riparto delle competenze tra Stato e regioni – 4. Vaccinazioni obbligatorie, raccomandate, incentivate tra scelte tecnico-scientifiche e regolamentazione giuridica – 5. Sul rifiuto o l'omissione della somministrazione o delle attività prodromiche da parte del personale medico (o paramedico) – 6. Riflessioni conclusive su un tema sensibile

### 1. La rinnovata attualità del tema

Le vaccinazioni<sup>1</sup> non sono nominativamente contemplate dalla Costituzione ma furono tenute in espressa considerazione nella scrittura dell'art. 32 con particolare riferimento all'individuazione dei limiti che avrebbe incontrato il diritto alla salute di fronte a trattamenti medici obbligatori disposti (dalla legge) per ragioni di salute pubblica<sup>2</sup>.

Nel delicato equilibrio tra diritto fondamentale individuale e interesse della collettività su cui è costruita la disciplina del bene "salute" nell'articolo 32 Cost. sono, in particolare, le vaccinazioni previ-

\* *Ricercatore confermato di diritto costituzionale presso l'Università di Cassino e del Lazio Meridionale. Mail: [m.plutino@unicas.it](mailto:m.plutino@unicas.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

<sup>1</sup> Intese quali somministrazioni di una piccolissima quantità di agente infettivo, di componenti del microorganismo o di proteine ottenute sinteticamente allo scopo di immunizzare il paziente alla malattia, spesso per tutta la vita e fatti salvi i richiami previsti dai relativi protocolli. Esistono diverse modalità di vaccinazione nell'ambito di un sostanziale consenso definitorio.

<sup>2</sup> V. in particolare l'intervento del Costituente Aldo Moro nell'Adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione del 28 gennaio del 1947, ad apertura di un dibattito che si concluse con la seduta del 24 aprile del 1947. Le uniche vaccinazioni obbligatorie al tempo erano quelle contro il vaiolo e la difterite. L'intervento di Aldo Moro è reperibile al seguente indirizzo: <https://storia.camera.it/lavori/sedute/28-gennaio-1947-scostituente-22-2#nav>.

ste dalla legge<sup>3</sup>, come obbligatorie a palesarsi quali atti sociali, comportamenti solidaristici espressione di una responsabilità sociale<sup>4</sup>. Con l'eccezione della vaccinazione contro il tetano (che ha motivazioni a sé, essendo la malattia infettiva non contagiosa), tale socialità giustifica un peculiare equilibrio della disciplina della salute, ove un obbligo di legge, per quanto ormai non coercibile<sup>5</sup>, costituisce comunque una deroga alla regola generale della c.d. libertà di cura, tutelata anche nel profilo negativo di scegliere di non sottoporsi o essere sottoposti alla somministrazione di trattamenti curativi o di prevenzione senza per ciò subire reazioni o sanzioni da parte dell'ordinamento<sup>6</sup>. Entro tale assetto il sacrificio dei singoli di sottoporsi alla somministrazione del vaccino o di subire le conseguenze giuridiche per essersi sottratto o aver sottratto – avendone la cura – chi si sarebbe dovuto vaccinare si giustifica non solo o tanto in nome della tutela della salute del vaccinando quanto per i rischi derivanti alla collettività dalla mancata immunizzazione dei singoli, e pertanto dal rischio di contagio, particolarmente grave per i soggetti più esposti. Questo approccio giuridico ha trovato un fondamento più stabile nelle acquisizioni della moderna immunologia, la quale ha fissato una regola – di cui si è detto, con enfasi, che è «tanto dimostrata quanto la forza di gravità»<sup>7</sup> – secondo cui raggiungendo una determinata percentuale di vaccinazioni entro un collettivo tendenzialmente isolato si consegue la c.d. “immunità di gregge” (“herd immunity”), intesa come una copertura vaccinale identificabile alla luce delle evidenze scientifiche nella misura del 90% o 95% di una popolazione, a seconda degli obiettivi

<sup>3</sup> La Costituzione menziona la “legge” e pacificamente si è sempre ritenuta la riserva in senso formale, potendo essere anche soddisfatta mediante l'adozione di fonti primarie del governo. Soprattutto in passato è esistita una fiorente e autorevole dottrina che ne ha affermato, inoltre, la natura (solo) relativa, salvo che per i trattamenti sanitari obbligatori che sono anche coattivi, per il coinvolgimento delle garanzie poste dall'art. 13 Cost. La riserva può essere inoltre ritenuta anche rinforzata per i limiti posti dall'art. 32 Cost., co. 2. Quanto all'intervento di fonti regionali, e quindi alla natura esclusivamente statale o no della riserva, nel campo dei trattamenti sanitari obbligatori di tipo vaccinale non sono certamente escluse quelle delle regioni ad autonomia differenziata che hanno specifiche funzioni in tema di igiene e sanità pubblica, e su cui v. D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002, 192, e, con riferimento ai possibili spazi per le regioni ad autonomia ordinaria, problematicamente, 199. Per il resto, sugli spazi di intervento normativo in tema, regionali, tra qualificazione della riserva e intrecci materiali di competenze, cfr. *infra* al par. 3. Quanto al secondo profilo, di recente è stato adottato un decreto-legge, su cui da ultimo v. in part. F. G. PIZZETTI, *Intervento*, in A. MORELLI (a cura di), *Forum. Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2017, 19, nonché, quanto alla discussione sui presupposti costituzionali per l'adozione del decreto-legge, la dottrina citata alla nota 42 (ma v. alcune notazioni critiche in A. A. NEGRONI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni – decreto-legge n. 73/2017 – è questione eminentemente di diritto costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2017).

<sup>4</sup> Sul dovere di solidarietà che connota la misura di un legittimo intervento autoritario in vista del perseguimento dell'interesse generale ad un'efficace profilassi v. in part. la sent. Corte cost. n. 307 del 1990.

<sup>5</sup> Sulla non coattività dei trattamenti sanitari obbligatori v. soprattutto la sent. Corte cost. n. 132 del 1992.

<sup>6</sup> Da ultimo la sent. Corte cost. n. 268 del 2017. Sui trattamenti sanitari obbligatori, in generale, A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Torino, 2006, 664 ss., E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, 1962 e C. TRIPODINA, *Art. 32 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 321 ss. ed ora G. SCACCIA, *Articolo 32*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, Bologna, 2018, 218-219.

<sup>7</sup> R. BURIONI, *Vaccinare serve a se stessi e agli altri*, in *Panorama*, 25 maggio 2017.

che ci si propone<sup>8</sup>. In tal modo, per un verso si evita il propagarsi di epidemie, per altro e più specificamente vengono messi al riparo dalle conseguenze della malattia coloro ai quali non possono essere somministrati i trattamenti vaccinali, con ancor più netta valorizzazione del principio costituzionale della solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.

Nel sistema normativo italiano questo equilibrio giuridico, relativo alle vaccinazioni (obbligatorie) generali<sup>9</sup> e ad un novero ristretto di casi<sup>10</sup>, è stato poi esteso *mutatis mutandis* a vaccinazioni variamente incentivate, tra le quali si sono venute enucleando nel tempo un gruppo di vaccinazioni "raccomandate"<sup>11</sup>, con la costruzione di un sistema a doppio binario di tutela che ha superato il vaglio della legittimità costituzionale.

Tale assetto è stato investito da contestazioni crescenti negli anni scorsi e ha rischiato di essere scosso nelle sue fondamenta. Entro un'inedita situazione prodotta dagli sviluppi dell'innovazione tecnologica e sui circuiti della comunicazione, con «un'opinione pubblica nevrotizzata da veleni mediatici»<sup>12</sup>, i vaccini sono stati oggetto di crescenti correnti di espressione critica che ne hanno contestato sicurezza, effetti e perfino l'utilità sulla salute umana, trovandosi investiti da una crescente sfiducia<sup>13</sup>. Come si possa essere giunti a questo punto davanti ad una delle più grandi scoperte dell'umanità e, insieme all'uso di acqua potabile, il principale fattore di allungamento della vita umana, è questione assai articolata e per la parte che coinvolge i rapporti tra scienza, politica e società esula dal presente

<sup>8</sup> L'O.M.S., raccomanda una copertura del 90% per garantire l'immunità di gregge, intesa come protezione indiretta per chi non ha sviluppato direttamente l'immunità. Ma ne raccomanda una più alta, ottimale, del 95% per mettere al riparo anche i non vaccinabili, che oltre a non aver sviluppato direttamente l'immunità non possono, temporaneamente o permanentemente, vaccinarsi.

Il discorso sull'immunità di gregge non vale ovviamente per il tetano, la cui copertura dovrebbe essere totale. Quanto al concetto di popolazione relativamente all'immunità di gregge si tratta di regola della popolazione stabilmente residente nei confini di uno Stato (salvo che non si prevedano vaccinazioni per il mero ingresso nello Stato), ma il criterio è tecnicamente (almeno sul piano teorico) suscettibile di essere esportato su scale diverse, come una classe scolastica o, in generale, individui che condividono un certo ambiente lavorativo o dove comunque trascorrono un numero cospicuo di ore della giornata. L'immunità di gregge è infatti, in definitiva, un obiettivo (o, come si è detto, due obiettivi). La questione ha una sua rilevanza giuridica specifica, come vedremo meglio *infra*.

<sup>9</sup> Che esauriscono il novero dei trattamenti sanitari obbligatori che riguardano l'intera popolazione, secondo quanto notato da M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2, 2012, 455 ss.

<sup>10</sup> Non va dimenticato che esistono vaccinazioni per specifiche categorie, sia di tipo obbligatorio che incentivato. L'ultima ondata di vaccinazioni obbligatorie ha riguardato l'epatite B: al 2005 ben 168 paesi avevano adottato il c.d. "schema Piazza", ovvero la strategia italiana risultante dai protocolli messi a punto dal medico e accademico Marcello Piazza.

<sup>11</sup> È in particolare a partire dal Piano sanitario nazionale per il triennio 1996-1998, approvato con d.P.R. 23 luglio 1998, che sono stati fissati obiettivi di politica vaccinale comprendenti livelli di coperture relative a vaccinazioni ulteriori a quelle previste come obbligatorie dalla legge e, per questo, offerte gratuitamente e attivamente da parte dei servizi sanitari.

<sup>12</sup> C. PINELLI, *L'obbligo di vaccinazione fra Stato e Regioni*, in *Diritto e salute. Rivista di sanità e responsabilità medica*, 2, 2018, 33.

<sup>13</sup> Un'indagine della Società italiana di pediatria preventiva e sociale del 2015, condotta su un campione di 488 specialisti, ha prodotto risultati piuttosto eclatanti: il 22% dei pediatri riteneva che un bambino dovesse essere protetto solo dalle malattie gravi e l'8% credeva più all'immunità acquisita con la malattia che non nella profilassi.

contributo, che si limiterà a trattare semmai dell'interazione tra le risultanze scientifiche e le soluzioni normative.

Per la sua natura tecnica la materia è dominata da evidenze<sup>14</sup> scientifiche di tipo medico-biologico (e, nel retroterra, della scienza chimica), con netta preponderanza dei profili biologici<sup>15</sup>. Perché il giurista possa comprendere e risolvere al meglio i problemi che hanno un retroterra tecnico occorrono informazioni il più possibile affidabili, facendo ricorso a saperi esperti<sup>16</sup>. Del tutto appropriatamente la Corte costituzionale a partire dalla sent. n. 282 del 2002, anticipata dalla sent. n. 134 del 1988, ha affermato che ogni intervento normativo in campo sanitario deve considerare lo stato dell'arte tecnico-scientifico, come desumibile dalle prese di posizioni scientifiche delle comunità o di organismi tecnici del settore<sup>17</sup>. Uno dei problemi maggiori che il giurista deve affrontare consiste precisamente in una diversità di sensibilità tra gli apporti, rispettivamente, dei medici e dei biologi di formazione, non mancando peraltro scienziati e accademici con *curricula* misti, che anzi tendono ad essere la regola per gli accademici medici che si dedicano all'immunologia e alla virologia. Se tali sospetti investissero la comune cittadinanza e gli esercenti le professioni sanitarie si tratterebbe della questione, a cui abbiamo fatto cenno, dei rapporti tra politica, scienza e società, che verrebbe a delinarsi nei suoi diversi profili della legittimazione sociale della scienza, della qualità dell'alta formazione, dell'aggiornamento professionale e di altre questioni consimili. Invece, fermo restando che i vaccini sono considerati dalla totalità delle comunità scientifiche implicate una straordinaria conquista dell'umanità<sup>18</sup>, utili ed efficaci<sup>19</sup> (anche e innanzitutto con riferimento al riconoscimento del c.d. ef-

<sup>14</sup> Si potrebbe parlare di realtà-evidenza, ovvero di una realtà colta all'interno delle strutture conoscitive (nel caso, scientifiche), in opposto alla realtà-credenze. Sulla distinzione v. F. D'AGOSTINI, *Menzogna*, Torino, 2012, 36. Va inoltre ricordato che la "precisione" è considerata un requisito importante per la verità, come suggerisce Bernard Williams.

<sup>15</sup> Del resto "la medicina si fonda su un insieme di conoscenze che appartengono alle scienze biologiche" (A. DINI, *Medicina, filosofia della*, in P. Rossi (a cura di), *Dizionario di filosofia*, Firenze, 1996, 234). Sia la virologia che l'immunologia sono scientificamente branche della biologia, anche se accademicamente, in Italia, sono settori medici ("MED"). In un ambito più medico o comunque più distanti dalla biologia sono la pediatria, l'igiene e la patologia in generale. Per quanto riguarda la biologia i settori più implicati dovrebbero essere la biologia clinica, la farmaceutica e la microbiologia in generale.

<sup>16</sup> In questo modo la teoria democratica si richiama al concetto di verità nel senso di non poter prescindere dal ricorso ad asserzioni e credenze basate su dati di fatto e a imputazioni di tipo empirico. M. FERRERA in ID., F. D'AGOSTINI, *La verità al potere. Sei scritti aletici*, Torino, 2019, 76.

<sup>17</sup> Gli organismi tecnici del settore (nel nostro caso, in particolare il Consiglio superiore di sanità e l'Istituto superiore di sanità) dispongono di ricercatori, ma sono utili soprattutto perché la loro autorevolezza fa sì che esprimano posizioni che offrono una ricognizione dello stato delle evidenze scientifiche in materia, offrendone in qualche misura un'informale certificazione. Costituiscono un ausilio per le scelte politiche che pure tendono, per evidenti ragioni (formali e informali), ad adeguarsi. La sentenza Corte cost. n. 134 citata nel testo ha ritenuto che convincenti riguardanti la scarsa utilità o possibile dannosità di un vaccino (nel caso, l'antipolio) non avessero un pregio tale da rientrare nella protezione accordata al rispetto della persona umana in quanto non suffragati da evidenze scientifiche.

<sup>18</sup> I dati Istat sulla mortalità infantile nel periodo 1887-2011 non lasciano adito a dubbi: da quasi 400 mila decessi all'anno di bambini sotto i cinque anni ai 2084 del 2011. Le malattie infettive erano le cause primarie. La senatrice a vita Elena Cattaneo, farmacologa e biologa, ha affermato che nel XX secolo, prima dell'avvento dei vaccini, sono morte per malattie infettive 1,7 miliardi di persone. V. l'intervista raccolta da A.A. TRISTANO, "Con l'Aifa nei processi stop ai casi Stamina", in *il Mattino*, 13 luglio 2017.

fetto gregge)<sup>20</sup> e, con qualche distinguo, sicuri<sup>21</sup>, non può omettersi di notare che dubbi relativi a diversi profili, come le modalità e le tempistiche di somministrazione, la selezione dei vaccini socialmente più utili rispetto all'ampio novero di quelli tecnicamente disponibili, e in conseguenza di quest'ultimo aspetto profili relativi alle somministrazioni congiunte e al c.d. sovraccarico da vaccinazione presentano voci discordanti di porzioni di comunità scientifiche<sup>22</sup>. Il giurista non può che rilevare puntualmente, per quanto può, tale stato, che per la scienza giuridica costituisce un problematico "dato" per esaminare la disciplina positiva delle vaccinazioni<sup>23</sup>. Tali voci vengono, è vero, vivamente

<sup>19</sup> Enfatichemente è stato detto che «il medico che rifiuta tale efficacia è come un contabile convinto che 2 più 2 faccia 5». *Nessuna libertà di scelta. I bambini senza copertura mettono tutti in pericolo*, int. a R. BURIONI, in *il Giornale*, 13 maggio 2017.

<sup>20</sup> Su questi profili appare corretta l'affermazione di Roberto Burioni: «Esiste l'intera comunità scientifica mondiale che – insieme a tutte le associazioni che si battono per migliorare la qualità della vita nei paesi in via di sviluppo – afferma l'utilità dei vaccini; poi c'è una schiera piccolissima, ma rumorosa, di persone senza alcuna autorevolezza scientifica, che per motivi che spesso corrispondono al loro interesse personale sostengono il contrario» (cit. da R. BURIONI, *Il vaccino non è un'opinione*, formato ebook, Milano, 2016). Ma v. le note successive.

<sup>21</sup> Tra l'altro va notato che sono gli unici trattamenti sanitari che, per la loro natura preventiva, vengono somministrati ad individui sani (o che dovrebbero esserlo, e questo è già un aspetto della questione), e anche da ciò deriva un fattore ulteriore di sicurezza. D'altro canto, occorre ricordare che non esiste un farmaco o vaccino capace di escludere *a priori* effetti collaterali e che i vaccini in quanto trattamenti generali statisticamente danno luogo a casistiche di reazioni avverse non irrilevanti.

<sup>22</sup> Il Regno Unito fa affidamento solo su vaccinazioni raccomandate ma sono ben trenta quelle da somministrarsi entro i primi trenta mesi del bambino e ai pediatri vengono riconosciute incentivazioni economiche connesse alle somministrazioni, che rendono il sistema notevolmente effettivo. Va detto che il tema in sé di un possibile "sovraccarico" da vaccini è oggetto di dispute scientifiche. Ad ogni modo, per quanto ancora oggetto di critiche, i calendari vaccinali indubbiamente operano una qualche scansione nella somministrazione dei tanti vaccini, per ragioni cautelari. Roberto Burioni da un lato afferma che la tempistica delle vaccinazioni è messa a punto con studi molto ampi in modo da garantire il massimo di sicurezza e protezione, dall'altro lascia intendere che la scansione della somministrazione dei vaccini non è così importante (è «stato calcolato che potremmo vaccinare contemporaneamente in tutta sicurezza un bambino con diecimila vaccini», R. BURIONI, *Vi svelo le otto fake news sui vaccini*, in *La Stampa*, 9 settembre 2017).

<sup>23</sup> Alcuni scienziati che sollevano dubbi rispetto ad un uno o più dei profili citati sono senza dubbio autorevoli. Per tutti valga il nome dello scienziato Luc Montagnier, premio Nobel per la Medicina nel 2008, e dell'accademico Giulio Tarro, già collaboratore di Sabin e insignito di diversi premi e incarichi internazionali (sul cui curriculum scientifico e professionale di studioso, comunque notevole, sono stati avanzati alcuni, invero, marginali dubbi; sulle sue posizioni v. *infra*) e dell'immunologo israeliano Yehuda Shoenfeld. Ricostruiamo la posizione di Luc Montagnier. Ricordando che lo scienziato a più riprese si è concesso esternazioni discutibili o comunque discusse (ad es. in tema di rapporto tra igiene, alimentazione e cronicizzazione dell'Aids, nel 2009) e si è inerpicato per ricerche che, forse anche generosamente, potrebbero chiamarsi "di confine" (come sull'omeopatia e, nel 2010, sulla c.d. "memoria" dell'acqua), la sua posizione sui vaccini può ricostruirsi nei seguenti termini. Conformemente al *mainstream* il Montagnier non esprime alcuna diffidenza nei confronti dei vaccini in quanto tali e ritiene l'atteggiamento anti-vaccinista un frutto avvelenato di questioni scientifiche che, a suo dire, non vengono dibattute con la dovuta libertà, determinando «polarizzazioni» nell'opinione pubblica. Egli ritiene che non esista alcun caso accertato di morte sospetta per l'uso di un vaccino, distinta dai c.d. danni da vaccino. Non indica alcuna correlazione strettamente causale tra vaccini e malattie. Montagnier afferma, in positivo: che i vaccini, come tutti i farmaci, hanno controindicazioni e che all'occasione possono essere molto pericolosi se scorrettamente somministrati; che vanno quindi somministrati con prudenza e alla luce di un esame concreto comprensivo di tutti i controlli del caso; afferma di ritenere più complessa rispetto al passato l'interazione tra i vaccini e la salute umana a causa dei tanti inquinanti esterni (argomentazione che, a questo

contrastate come posizioni antiscientifiche per quanto sostenute da scienziati<sup>24</sup>, e la circostanza è foriera di difficoltà per il giurista. In prima battuta può concordarsi con chi afferma che in un campo de-

livello, ci pare piuttosto vaga e generica). Più specificamente, che pur in assenza di una correlazione causa-effetto sistematica e comprovata *in alcuni casi* (l'espressione non è meglio specificata) la correlazione temporale tra la somministrazione dei vaccini, in particolare se contestuale a quella di anti-infiammatori, e le diagnosi di autismo meriterebbe di essere ulteriormente indagata, a causa di effetti deleteri che si produrrebbero sul cervello riguardo a possibili «fattori scatenanti di situazioni pre-esistenti». Con maggiore assertività ritiene che laddove siano previsti vaccini obbligatori la loro somministrazione entro i due anni di età sia un errore scientifico (e, di conseguenza, lo sarebbe sul piano giuridico-politico), sollevando pertanto dubbi sulla tempistica dei protocolli vaccinali (va detto: praticamente uguali in tutto il mondo che pratica i vaccini) e in generale sulle vaccinazioni indiscriminate. Usa citare a tale proposito alcuni casi come ad esempio l'anti-dengue nelle Filippine, sospeso nel 2017, dopo una decina di morti sospette, e le cui vicende processuali sono in corso; l'anti epatite B obbligatoria in Francia, che ha prodotto vicende cicliche, sui cui tratti si sta ancora dibattendo; l'anti-polio pressoché indiscriminata in Africa ed altri casi ancora. Infine, egli afferma che occorre più cautela con i nuovi vaccini, in particolare se obbligatori, adombrando forse l'insufficienza di controlli in termini di sicurezza prima della commercializzazione e ha ritenuto comunque eccessiva e viziata da interessi commerciali (v. in seguito le posizioni di Tarro) la previsione attuale di undici vaccini obbligatori in Francia (dove si noti che il ministro competente era un tecnico della materia) e, con le differenze del caso, altrove come in alcuni stati degli Stati Uniti. Ha sollevato dubbi, infine, sull'uso dell'alluminio, un coadiuvante, nella preparazione dei vaccini, una posizione presente anche in (sedicenti?) ricercatori "indipendenti" che sono invece contrari ai vaccini (c.d. no vax). Se ben comprendiamo la sua complessiva posizione di Luc Montagnier chiama quasi sempre in causa una carenza di cautela e prudenza nella somministrazione dei vaccini (c.d. vaccinazioni indiscriminate) con conseguente aumento delle probabilità dei c.d. danni da vaccino, compresa la comparsa di malattie non tanto a causa quanto in occasione della somministrazione del vaccino. Ma dal complesso delle sue argomentazioni non sembrano del tutto esclusi riferimenti a difetti o tossicità di alcuni vaccini e una contestazione di ordine generale sulle tempistiche dei protocolli. La questione più delicata, naturalmente, è l'adombrata insorgenza di malattie vere e proprie, in particolare neurologiche, sia pure non ad esito di un nesso causale in senso stretto e scientifico, o comunque non ancora verificato. Sono ipotesi di cui si dibatte tuttora nel caso francese e che hanno avuto strascichi nelle sedi europee, altrettanto discusse ma di estremo interesse, di cui parleremo nel paragrafo conclusivo. Esiste una varia giurisprudenza, in vari paesi, che conclude sulla sussistenza di un nesso *quodammodo* causale tra vaccini (anche relativamente ai vaccini obbligatori in ragioni di alcune professioni) e l'insorgere di diverse malattie. La questione è delicata perché richiederebbe di comprendere quale ruolo gioca lo stato di salute della persona e il modo, corretto o meno, con cui sia stato somministrato il vaccino. Non riteniamo, da giuristi, di poter dire di più.

<sup>24</sup> Possiamo riprendere, per tutte, la posizione espressa dal Presidente dell'Istituto superiore di Sanità, l'accademico Walter Ricciardi, che ritiene le esternazioni del Nobel non suffragate da evidenza scientifica in alcun aspetto. In effetti il premio Nobel non vanterebbe studi esattamente specifici sui profili accennati ma la questione merita di essere discussa più a fondo. Pare fuori luogo, se non grottesco, affermare, come talora viene fatto (ma non nel caso specifico da Ricciardi), che se uno scienziato non vanta pubblicazione scientifiche sul tema non potrebbe utilmente esprimersi perché lo farebbe al di fuori del proprio campo di competenze. Viceversa, è da ritenere che lo scienziato, quale che sia la sua statura scientifica, possa ben parlare di ciò di cui non ha mai scritto o di ciò su cui non ha fatto ricerca a condizione che gli si riconosca la capacità di possedere in astratto la metodologia ed usare in concreto la migliore e più autorevole letteratura (l'esistenza e l'individuazione della quale ci pare il vero punto) su cui basare le proprie opinioni argomentate di esperto. La conoscenza scientifica progredisce specializzandosi, per cui è corretto affermare che chiunque voglia trattare un tema controverso, anche se scienziato di chiara fama, «dovrebbe far pesare la sua credibilità usando fatti stabiliti da colleghi che studiano specificamente e scientificamente il problema in discussione» (G. CORBELLINI, *Scienza*, Torino, 2013, 70, e cioè chiunque può essere giudicato attendibile a patto che ciò che dica sia «fondato sulle migliori conoscenze prodotte della ricerca scientifica più avanzata», *ivi*, 71). Queste affermazioni valgono in genere sul piano della metodologia della ricerca scientifica, ma non è da escludere che, avendo ogni scienza il proprio metro e per il proprio metodo, anche in relazione allo stadio di maturazione e al proprio statuto spe-



licato come quello dei vaccini ogni esternazione qualificata dovrebbe essere improntata ad un forte senso di responsabilità<sup>25</sup> perché entra in circolo in una società della comunicazione che tende a spettacolarizzare qualunque contenuto e dove sono soprattutto i sensazionalismi e gli allarmismi a fare notizia. Ma provando a rilevare in modo più concreto lo stato dell'arte, può sicuramente dirsi che nel dibattito scientifico non esiste un atteggiamento definibile come "no vax" (cioè contrario ai vaccini in quanto tali) o anche solo di scetticismo in via generale nei confronti dei vaccini sui loro principali profili della utilità, efficacia e sicurezza. Si registrano dubbi, invece, su alcune soluzioni normative adottate e, prima ancora, sul grado da assegnare ad alcune evidenze scientifiche. Il dibattito è animato sia all'interno delle singole comunità scientifiche, sia tra comunità scientifiche che hanno statuti e metodologie diverse. In questo quadro, semplificando grossolanamente, può affermarsi che il versante degli scienziati-medici esperti (che generalmente intraprendono percorsi di specializzazione e altissima qualificazione in biologia) è assai meno connotato da dubbi e rilievi critici sui diversi versanti inerenti la composizione, l'uso e la somministrazione dei vaccini rispetto a quello degli scienziati-biologi "puri", più inclini a mettere in discussione alcuni aspetti di sicurezza, ma anche di utilità o composizione dei vaccini, che per gli altri appaiono relativamente assodati e non controversi<sup>26</sup>.

cifico, in qualche caso (come notò decenni addietro Geymonat) l'iperspecializzazione determini «isole di competenza» separate da distanze incolmabili. Riprenderemo la questione nel paragrafo conclusivo, ove si evidenzia che forse le distanze che appaiono incolmabili probabilmente non sono tali.

<sup>25</sup> D'altro canto, contro Tarro e Montagnier sono stati talora mossi argomenti di tipo anagrafico in ragione dell'avanzata età. La questione della senilità dei ricercatori, con tutte le problematiche connesse, non è ignota al dibattito epistemologico ma non può che essere risolta caso per caso e sulla base di precise evidenze, altrimenti appare un argomento inaccettabile e discriminatorio, se non odioso.

<sup>26</sup> Di recente l'acme si è raggiunto con la vicenda "Corvelva", una ricerca finanziata, modestamente, dall'ordine dei biologi (organizzazione professionale per quanto composta anche di scienziati) ma condotta dal Coordinamento veneto per la libertà delle vaccinazioni (Corvelva), animato da famiglie venete anti-vacciniste. Il fine dichiarato era quello di produrre analisi biologiche e chimiche sui vaccini in laboratori internazionali ed indipendenti. Non può omettersi la natura di tendenza dell'associazione in questione né di rilevare l'esiguità non solo del contributo ma del complessivo finanziamento (50.000 euro, mentre scriviamo) di cui dispone l'associazione rispetto all'obiettivo che si propone, ovvero di dimostrare che i vaccini «non sono conformi e non sono sicuri» a seguito di una sperimentazione attendibile. Va inoltre detto che, per quanto consta, allo stato Corvelva non ha saputo assicurare il tipo di certificazione in possesso, la validazione dei metodi e degli standard utilizzati nelle analisi e non ha reso noti i laboratori interessati. Una reazione è giunta dagli Atenei di Padova e Pavia. In particolare, i virologi dell'Università di Padova, Lanfranchi e Palù (quest'ultimo presidente della Società italiana e della Società europea di virologia) hanno assunta una dura posizione pubblica contro tale iniziativa, caratterizzata, a loro dire, da scorrettezze nel modo di procedere. Uno degli studi di Corvelva non avrebbe in effetti superato la revisione dell'unico revisore che ha studiato integralmente il documento. L'ordine dei biologi, da parte sua, ha replicato che i lavori condotti dai laboratori universitari sono spesso influenzati, se non direttamente finanziati, dalle case farmaceutiche. In verità risulta che prima di immettere sul mercato i vaccini occorre rispettare elevati standard nazionali ed internazionali a garanzia della qualità e della riproducibilità. Tutto il ciclo produttivo dei vaccini è sottoposto a controllo e ogni singolo lotto prima della distribuzione sul mercato sottostà ad un doppio controllo effettuato dall'azienda produttrice quanto da laboratori indipendenti e accreditati riuniti in una rete internazionale e controllati da enti pubblici (nel caso italiano, l'Istituto Superiore di Sanità). Viene talora replicato che i produttori di vaccini attualmente non sono obbligati ad esibire analisi sul prodotto finito e che il produttore può scegliere i "target" per i controlli. In verità anche Silvio Garattini, ricercatore di fama e fondatore dell'Istituto di ricerche farmacologiche "Mario Negri", pur non avanzando dubbi specifici sui vaccini, pone da tempo la questione della necessità di controlli indipendenti sui farmaci e ritiene la ricerca troppo orientata verso gli attesi benefici dei farmaci e molto meno attenta alla ricerca attiva degli effetti collaterali,

Alcune di queste controversie sono fuoriuscite dai recinti dei dibattiti scientifici e, banalizzate o estremizzate, hanno trovato in fattori tecnici e culturali della sfera pubblica e della società occidentale un *humus* favorevole alla ripresa degli aspetti più critici. Ne è conseguito un generalizzato calo delle coperture vaccinali, in particolare di quelle generali (quindi relative a soggetti minori di età), talora con esiti drammatici. I vaccini si sono trovati ad essere vittima del loro travolgente successo, anche per ragioni controintuitive, risalenti a questioni neuro-cognitive. Il cittadino comune non vede il beneficio immediato (basti pensare che l'ultimo morto di poliomielite risale al 1992, mentre il vaiolo è stato dichiarato scomparso nel mondo nel 1977), per quanto di enorme portata<sup>27</sup>, mentre è visibile la controindicazione, generalmente assai modesta ma inevitabile in ogni trattamento sanitario. Si rinuncia ad un vantaggio certo per un rischio incerto. L'esistenza di possibili, per quanto modeste, controindicazioni, costituenti un rischio limitato e di rara verifica<sup>28</sup> porta a trascurare il vantaggio, apparentemente impalpabile, derivante dall'immunizzazione, di enorme portata soprattutto per i soggetti immunodepressi<sup>29</sup>.

I vaccini sono poi investiti dalla critica che la loro assunzione a trattamenti variamente incentivati dalla pubblica autorità sarebbe spinta da interessi commerciali dell'industria farmaceutica. Ora, tali interessi in sé indubbiamente esistono e potrebbero anche costituire in teoria un problema per la definizione delle politiche pubbliche, ma è stato fatto notare, nel caso concreto, che il costo da sopportare in alternativa da parte degli apparati pubblici, o addirittura i privati, per la cura delle conseguenti malattie sarebbe, secondo alcune stime, notevolmente superiore<sup>30</sup>.

---

che per lo più emergono dalle segnalazioni. V. ad es. S. GARATTINI, *La ricerca tra rigore e trasparenza*, in *il Mattino*, 19 aprile 2017. In ogni caso, le ricerche Corvelva sono ancora in corso ma l'ordine dei biologi si è risolto a chiedere la restituzione del finanziamento in quanto, in spregio al metodo scientifico, sono state improvvidamente anticipate alcune conclusioni.

<sup>27</sup> L'immunologo Alberto Mantovani nel suo libro "Immunità e vaccini" del 2016 ha stimato che essi salvano nel mondo cinque vite ogni minuto (7.200 al giorno) e saranno in grado di evitare 25 milioni di morti entro il 2020. Per avere un dato più sicuro, perché relativo al passato, è stato affermato che prima del vaccino per l'epatite B la malattia causava circa diecimila morti l'anno in Italia ancora negli anni '80, secondo i dati dell'epoca dell'Istituto superiore di Sanità.

<sup>28</sup> Sul tema la sent. Corte cost. n. 307 del 1990, punto 2 del «considerato in diritto» (ripresa anche dalla sent. Corte cost. n. 258 del 1994) pose come requisiti di compatibilità tra le previsioni legislative di vaccini obbligatori e l'art. 32 Cost. che la loro somministrazione non incidesse negativamente sullo stato di salute delle persone assoggettate «salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità appaiono normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili».

<sup>29</sup> Sull'impossibilità di applicare un criterio di rischio zero e in generale sul principio di precauzione in tema, ed anche più in generale, A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, in *Osservatorio di diritto sanitario di Federalismi.it*, 15 novembre 2017, 9 ss.

<sup>30</sup> Tale costo andrebbe calcolato basandosi su evidenze scientifiche e proiezioni statistiche. Secondo Burioni la cura delle relative malattie costerebbe un multiplo rispetto al costo dei vaccini, fornendo un profitto ben superiore alle medesime *lobbies*. Si fa osservare che il fatturato dei vaccini in Italia nel 2015 è stato di 300 milioni di euro ma i costi del solo farmaco per l'epatite C, per cui non esiste un vaccino, è stato di 1.700 milioni di euro. Va inoltre notato che il fatto che insistano interessi commerciali vale per ogni prodotto ad uso medico e non è di per sé indice di qualcosa di turpe, se tale interesse non si sposa con pratiche in senso lato corruttive che spingano il prodotto a scapito della salute o di un altro bene giuridicamente garantito. In effetti i vaccini non muovono, allo stato, fatturati enormi ma appaiono nell'immediato futuro il settore trainante e quello di maggior crescita dell'industria farmaceutica, al netto degli sviluppi giuridici che ovviamente incidono sulle decisioni di investimento. Ha sottolineato il punto Giulio Tarro, presidente della Commissione sulle biotecnologie della

Quanto poi a quei sistemi, come l'ordinamento italiano, che prevedono forme di obbligatorietà dei vaccini, il ruolo della prevalente cultura individualistica e narcisistica, descritta da tanta sociologia contemporanea (Bauman, Beck, Lasch, etc.), in combinato con l'avvento di nuove tecnologie, non solo potenzia alcuni *bias* cognitivi ma conduce al tendenziale rifiuto di ogni imposizione e, talora, a evadere da comportamenti solidaristici. Sul piano strettamente giuridico va detto che il rifiuto delle imposizioni trova un ampio riscontro negli sviluppi normativi internazionali ove le ragioni della civiltà giuridica e la centralità della persona pongono il "consenso informato" a base di tutte le attività medico-sanitarie e terapeutiche<sup>31</sup>, facendo della salute il campo di elezione dell'autodeterminazione del singolo<sup>32</sup>. Bisogna però ricordare che la Convenzione di Oviedo, il principale di questi riferimenti internazionali, all'art. 26 prevede significative ipotesi di restrizioni all'esercizio dei diritti<sup>33</sup>. Non esiste pertanto una libertà di scelta in tema che sia priva di conseguenze per gli altri e comunque ragionare in termini di autodeterminazione non può condurre a esporre il prossimo ad un pericolo probabile, tanto più se soggetto debole, perché l'ordinamento si incamminerebbe verso una china distruttiva della convivenza e di se stesso. I *free rider*, ovvero coloro che godono di benefici e servizi (l'immunità

---

virosfera all'Unesco (cfr. G. TARRO, *10 cose da sapere sui vaccini*, Roma, 2018, *passim*) che il calo dell'uso dei vaccini ha corrisposto alla fase delle citazioni in giudizio dei produttori con i relativi, sostanziosi, risarcimenti, tanto che erano rimaste solo tre case farmaceutiche a produrre vaccini. Con il sistema del consenso informato e con leggi come quella legge italiana del 1992 le case produttrici avrebbero ritrovato un contesto incentivante una ripresa della produzione e il sistema sarebbe stato ulteriormente rilanciato, secondo Tarro, dalle riunioni di Davos. Il dott. Miloud Kaddar, *senior advisor e health economist* dell'Organizzazione mondiale della Sanità (funzionario ma non sprovvisto di pubblicazioni in tema) ha definito spettacolare il tasso di crescita del mercato dei vaccini e ha affermato che ormai sono il motore dell'industria farmaceutica, a scampo dell'ancora limitata incidenza sui fatturati: rappresentano una grande promessa di profitto, con previsione di quadruplicazione dei fatturati in meno di dieci anni grazie ai nuovi prodotti programmati, molti dei quali dichiarati rilevanti per i paesi in via di sviluppo. La questione ha poi il versante del tema dei vincoli di bilancio, che è variamente affrontato ad es. nelle recenti e più volte citate sentenze Corte cost. n. 268 del 2017, con un cenno finale al punto 7.3 del «considerato in diritto» e più diffusamente, anche con riferimento ai costi gravanti sui sistemi sanitari regionali, n. 5 del 2018, in particolare nei punti 9 e segg. del «considerato in diritto».

<sup>31</sup> Cfr. Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata con legge n. 145 del 28 marzo 2001, a cui si aggiunga la Direttiva europea del dicembre del 2009 che rende il consenso informato obbligatorio per tutti i tipi di vaccinazione. Su questi sviluppi vedi anche *infra* alla nota 57.

<sup>32</sup> Su un piano problematico, S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1 ss.

Nel paese più attento alle libertà individuali, la Gran Bretagna, l'introduzione del primo obbligo vaccinale, relativo al vaiolo, nel 1840, in nome di un bene non individuale come la salute pubblica, provocò una forte reazione fino all'organizzazione di leghe. Ma già le prime sperimentazioni di Jenner, a fine '700 e sempre relative al vaiolo, attirarono aspre critiche e sferzanti satire. Ancora decenni dopo la previsione dell'obbligatorietà le resistenze erano tali che si disciplinò l'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario. Va ricordato che non mancano gli appigli normativi in quanto l'art. 8 della Cedu parla di «intangibilità della sfera di autodeterminazione privata e familiare», prima ancora che in tema di diritto alla salute. La Convenzione è stato peraltro ritenuta spesso un argine agli atteggiamenti anti-vaccinisti.

<sup>33</sup> I diritti come patrimonio irrinunciabile della persona umana sono una costante della giurisprudenza della Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 11 del 1956. Sull'autodeterminazione relativamente alle cure con particolare riferimento ai profili del consenso informato e al bilanciamento tra i diversi interessi in gioco v. in part. le sent. C. Cost. n. 438 del 2008 e n. 253 del 2009. Più di recente, con riferimento a noti casi di cronaca che sono stati portati all'esame della Corte costituzionale v. l'ord. n. 207 del 2018, la sent. n. 144 del 2019 e n. 242 del 2019.

di gregge, nel caso) senza aver sopportato i sacrifici connessi, mettono a repentaglio i benefici con rischi sia di tipo personale – tra l'altro generalmente destinati a ripercuotersi su familiari di cui si ha la responsabilità della cura, in una miope valutazione dei loro interessi...<sup>34</sup> – che soprattutto sociali, scaricati su individui che non sono in condizione di essere vaccinati e che non traggono più beneficio indiretto dalle vaccinazioni altrui, correndo altissimi rischi per la propria salute.

Un ruolo negativo hanno avuto anche sviluppi normativi e di prassi, solo in parte riflesso di questo nuovo clima culturale e di questi sviluppi normativi internazionali. La disciplina italiana delle vaccinazioni è divenuta progressivamente più blanda e gli apparati pubblici distratti nella sua applicazione relativamente alla prevenzione, all'informazione e al controllo.

Una modifica a livello normativo statale (d.P.R. 26 gennaio 1999, n. 355) superava la previsione secondo cui i dirigenti degli istituti scolastici non potevano ammettere gli alunni alla frequenza della scuola o agli esami se non previa presentazione delle certificazioni delle avvenute vaccinazioni, facendosi salvi alcuni obblighi di segnalazione per l'adozione di provvedimenti conseguenti alla Asl e al Ministero della sanità. Da metà degli anni 2000 si facevano sentire gli effetti dell'attuazione del nuovo titolo V, parte II, Cost. con una discutibile e confusa regionalizzazione di alcuni profili della materia su cui sarà opportuno tornare (par. 3). Anche se gli obblighi vaccinali non sono mai venuti formalmente meno, i vincoli e le sanzioni sono state variamente allentate. Con atti non legislativi si è consentito che le regioni, in presenza di determinate condizioni di efficacia ed efficienza dei servizi vaccinali, potessero dar corso a regimi derogatori con sospensione a tempo indeterminato delle sanzioni amministrative previste dalla legge statale per l'inadempimento degli obblighi vaccinali nel quadro di politiche sperimentali di superamento di detti obblighi previste dal Piano Nazionale Vaccini 2005-2007, seguito da quello 2012-2014<sup>35</sup>.

Il risultato sinergico dell'operare di fattori culturali e normativi, in anni marcati dalla presenza dei *social network* e con ampi spazi occupati dalla disinformazione, è stata la dispersione dell'immunità di gregge, nel caso italiano sia per le vaccinazioni raccomandate che per quelle obbligatorie, con risultati in qualche caso drammatici<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Sull'interesse del bambino, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiano ai loro compiti di cura, con riferimento alle vaccinazioni obbligatorie, si veda già la sentenza Corte cost. n. 258 del 1994.

<sup>35</sup> Ciò è accaduto in Piemonte, Sardegna e Veneto. Su tali vicende, in generale, cfr. *infra* al par. 3. Emblematico il caso veneto, dove era intervenuto in via sperimentale un regime sospensivo dell'obbligo con la legge regionale n. 7 del 2007, seguita da diversi atti amministrativi. Il tasso di copertura vaccinale era rimasto, almeno per alcuni anni, piuttosto elevato grazie ai programmi di prevenzione e informazione. La regione in seguito ha dovuto fronteggiare un significativo calo delle coperture vaccinali approvando la deliberazione della Giunta regionale n. 1935 del 2016.

<sup>36</sup> Anche se è l'opinione pubblica francese a detenere il record di scetticismo sui vaccini, i maggiori guasti si sono prodotti in Italia. Limitandosi al morbillo, oggetto di vere e proprie epidemie, ancora nel 2018 l'Italia era paese Ue con il maggior numero di casi di contagio, pari ad un terzo del totale (60.000, secondo un'analisi dell'O.M.S.), con un totale in Europa di 72 morti (il doppio dell'anno precedente). Grave negli anni scorsi anche l'epidemia di meningite, localizzata soprattutto nella Regione Toscana. La copertura del morbillo, crollata nel periodo 2010-2016 fino ad arrivare all'85%, è tornata solo nei mesi scorsi al 92% (e in alcune regioni a livello dell'immunità di gregge) grazie a campagne di informazione e di stampa e grazie ad un approccio normativo di maggior rigore. Vengono pubblicati settimanalmente dei bollettini dall'Istituto superiore di Sanità.

I richiami di organismi europei e internazionali<sup>37</sup>, gli allarmi delle società scientifiche e i costi economici e sociali del significativo calo delle vaccinazioni hanno infine condotto ad una revisione delle politiche pubbliche con l'obiettivo di ristabilire le coperture ottimali. Nell'ottobre del 2016 un'inusitata esternazione del Capo dello Stato ha affermato che andavano contrastate con decisioni rapide le gravi involuzioni del dibattito pubblico come la critica dei vaccini in modo «sconsiderato e privo di fondamento»<sup>38</sup>.

Le considerazioni delle pagine precedenti della vicenda relativa alle vaccinazioni, largamente ricostruttive e sociologiche, danno conto, come non si potrebbe con i soli strumenti del diritto, delle cause che stanno alla base degli sviluppi ordinamentali recenti<sup>39</sup>.

## 2. I recenti sviluppi ordinamentali

Una prima risposta dell'ordinamento è venuta con l'approvazione del "Piano nazionale di prevenzione vaccinale 2017-2019", di cui all'intesa sancita dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano in data 19 gennaio 2017. Il Piano è intervenuto pochi giorni dopo la fissazione dei nuovi "L.e.a." (livelli essenziali di assistenza)<sup>40</sup>, nei quali erano ricomprese prestazioni ulteriori rispetto a quelle fissate dalla legge. Il Calendario allegato al Piano<sup>41</sup> ha anticipato così la volontà del governo di attuare appieno i protocolli e gli schemi internazionali sulle vaccinazioni in modo da rispettare gli obblighi assunti a livello europeo ed internazionale<sup>42</sup>.

Con i crismi della straordinaria necessità ed urgenza del provvedere, determinata anche dall'imminenza del nuovo anno scolastico<sup>43</sup>, e anticipata per alcune soluzioni da norme regionali e comunali

<sup>37</sup> In particolare, dell'Organizzazione mondiale della Sanità nel 2016, con una lettera del suo Ufficio regionale europeo e, quello durissimo, del commissario alla Salute della Commissione europea, Andriukaitis, del 23 novembre 2017, in occasione della presentazione del Rapporto sullo stato di salute nell'Unione europea

<sup>38</sup> 24 ottobre 2016, al Quirinale, in occasione della cerimonia dedicata all'Associazione per la ricerca contro il cancro. Già nel 2015 v'era stata una presa di posizione, all'unanimità, del Comitato nazionale di bioetica, 24 aprile 2015 ("Mozione. L'importanza delle vaccinazioni". Cfr. [www.bioetica.governo.it](http://www.bioetica.governo.it)) e l'approvazione, sempre all'unanimità, di un documento da parte della Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri (8 luglio 2016). Dopo l'esternazione del Capo dello Stato si è registrato ancora l'intervento di un rapporto dell'Accademia dei Lincei (12 maggio 2017).

<sup>39</sup> Questo bisogno emerge chiaramente dalla sent. n. 5 del 2018 (a cui dedicheremo spazio in seguito), come ha notato C. PINELLI, *L'obbligo di vaccinazione*, cit., 33.

<sup>40</sup> D.P.d.C. 12 gennaio 2017. I vaccini sono entrati nei L.e.a. fin dalla loro prima approvazione nel 2001 con d.P.d.C. 29 novembre 2001.

<sup>41</sup> La prassi di allegare il calendario al Piano risale al Piano 2005-2007 e successivi, prima dei quali veniva adottato con decreto ministeriale apposito (v. d.m. 7 aprile 1999)

<sup>42</sup> In particolare, il Piano d'azione europeo per le vaccinazioni (2015-2020) e il Piano globale dell'OMS (2011-2020). Sulla profilassi internazionale, come materia implicata, e le sue conseguenze, cfr. *infra*.

<sup>43</sup> Sulla sussistenza in concreto dei requisiti costituzionali la dottrina non è apparsa unanime. V. soprattutto A. AMATO, *Decreto-legge: tra urgenza di annunciare ed "evidente" ritardo nel provvedere*, in *Forum costituzionale*, 21 giugno 2017, 1 ss. In A. MORELLI (a cura di), *Forum. Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2017, critico Pizzetti, 19 ss. (con riferimento all'assenza di tali caratteri, in particolare di uno stato definibile come emergenziale, nel Piano Nazionale Prevenzione Vaccini che ha anticipato di poco il decreto e nelle dichiarazioni dell'allora Presidente del Consiglio, ma anche guardando alle specifiche motiva-

entro i limiti delle rispettive competenze<sup>44</sup>, il decreto legge 7 giugno 2017, n. 73 (c.d. decreto Lorenzin<sup>45</sup>), recante “Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale”, poi convertito, con modifiche, nella legge 31 luglio 2017, n. 119, innalza a dieci (inizialmente dodici) le vaccinazioni obbligatorie per i minori di età compresa tra zero e sedici anni e per i minori stranieri non accompagnati: anti-poliomielitica, anti-difterica, anti-tetanica, anti-epatite B, anti-pertosse, anti-*Haemophilus influenzae* tipo b, anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite, anti-varicella<sup>46</sup>. Di queste, le prime quattro corrispondono alle vecchie vaccinazioni obbligatorie, di cui è stato confermato e rafforzato l’obbligo giuridico e, tra le nuove, le ultime quattro sono sottoposte ad un regime “flessibilizzato” restando soggette a periodica revisione, triennale, circa l’obbligatorietà in base ai dati epidemiologici e alle coperture vaccinali raggiunte<sup>47</sup>. Sono inoltre indicate ad offerta attiva e gratuita da parte delle regioni e province autonome altre quattro vaccinazioni: anti-meningococcica B, anti-meningococcica C, anti-pneumococcica, anti-rotavirus.

Nei mesi successivi alcune correnti critiche del dibattito pubblico si sono incentrate non solo sulle nuove ipotesi obbligatorie e sulla crescita del numero delle vaccinazioni obbligatorie e raccomandate, ma soprattutto sull’intreccio tra gli obblighi previsti dalla legge e il godimento del diritto (e nel caso, dovere) all’istruzione da parte dei minori non vaccinati alla luce delle previsioni della legge e dell’apparato sanzionatorio amministrativo e pecuniario per i vaccinabili non adempienti, pur note-

---

zioni di adozione del decreto) nonché Sorrenti (33) e Ruggeri (25); a favore Salazar (36, che pure avrebbe richiesto una più stringente e meno apodittica motivazione del decreto) e più decisamente Maestri (p.39) e Currieri (p.30). Sottolinea l’inevitabile politicità della decisione D’Andrea (49). La disciplina è esaminata ed inquadrata in tendenze di lungo periodo della forma di stato e di governo da D. CODUTI, *La disciplina delle vaccinazioni obbligatorie alla prova di forma di stato e di governo*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 1 ss.

<sup>44</sup> Senza interrogarci qui a fondo sulle competenze regionale in tema di istruzione alla luce degli intrecci con le altre materie (su cui v. *infra*, al par. 3), le regioni sono competenti per l’istruzione relativamente agli asili comunali e quelli privati accreditati. Per prima l’Emilia-Romagna con legge regionale n. 19 del 2016 (in tema di “Servizi educativi per la prima infanzia”), in part. all’art. 6, co. 2, ha posto come requisito di accesso del minore ai servizi educativi e ricreativi pubblici e privati l’aver assolto gli obblighi vaccinali prescritti dalla normativa vigente, introducendo pertanto (salvo deroghe previste nella medesima disposizione) una condizione al godimento del diritto all’istruzione senza incidere sugli obblighi vaccinali in quanto tali, la cui fissazione non era di competenza regionali. L’esempio è stato poi seguito dalla Regione Calabria (legge regionale n. 6 del 2017) e poi da diverse iniziative da parte di altre regioni, di varia natura giuridica e non tutte giunte in porto. Anche sul piano dei comuni, alcuni avevano modificato loro regolamenti relativamente alle proprie competenze (scuole materne comunali e servizi per la prima infanzia) ponendo l’assolvimento degli obblighi vaccinali come requisito per l’accesso a detti servizi comunali. Le soluzioni sono state ritenute conformi all’ordinamento, cfr. Tar Friuli-Venezia Giulia, Trieste, I sez., sent. 16 gennaio 2017, n. 20, e poi dal Consiglio di Stato, sez. III, ord. 21 aprile 2017, n. 1662.

<sup>45</sup> Consultabile al link: <http://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/dettaglioAtto?id=59548>.

<sup>46</sup> Similmente, in Francia il numero delle vaccinazioni obbligatorie per la prima infanzia è di recente salito da tre ad undici, con la *Loi 2017-1836 de financement de la sécurité sociale pour 2018*, in conseguenza della promozione a obbligatori dei vaccini fino ad allora raccomandati. Cfr. M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2017, 455 ss. nonché S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018, 47 ss. e L. PEDULLÀ, *Profili costituzionalistici in materia di vaccinazioni: uno sguardo comparatistico*, in *Osservatorio di diritto sanitario di Federalismi.it*, 25 luglio 2018, 6 ss.

<sup>47</sup> Sul punto v. *infra*, al par. 3.

volmente alleggerito dalla legge di conversione<sup>48</sup>. Su tale questione la legge è intervenuta facendo proprie le soluzioni emerse nei mesi precedenti a livello regionale e locale, già incidenti sul diritto all'istruzione in nome di ragioni di sicurezza nella frequentazione dei locali scolastici (sul punto, meritevole di approfondimento, v. *infra* nel par. 3). Per quanto riguarda il profilo legislativo la normativa statale ha ripreso la disciplina regionale relativa alla scuola non dell'obbligo, ma per quella dell'obbligo si è trovata davanti ad un vincolo costituzionale più forte. La decisione finale è stata, come vedremo in seguito, di operare una netta differenziazione della disciplina per i due casi. Un altro punto di notevole rilievo pratico, e connesso, ha investito la disciplina dell'inserimento nelle classi dei minori che non abbiano effettuato le vaccinazioni obbligatorie (art. 4 del decreto, convertito con modifiche), da intendersi sia come i minori che non possono vaccinarsi sia, e all'opposto, di coloro che, pur potendo, non sono vaccinati, almeno nei limiti in cui la legge ne consente la frequenza scolastica (anche per questo si rinvia alla trattazione v. *infra*).

Il cambio di governo e le posizioni pubbliche assunte da suoi esponenti hanno fatto ipotizzare una revisione sostanziale che non si è ancora prodotta, e gli ulteriori interventi normativi cui pure si è dato corso hanno confermato l'impianto del legislatore del 2017, che nel frattempo è stato sindacato come non irragionevole ed anzi riconosciuto come ben calibrato dalla Corte costituzionale<sup>49</sup>. Non si è introdotto in particolare, ad oggi, il c.d. obbligo flessibile, ovvero un obbligo eventuale e subordinato a determinate condizioni, previsto da una delle circolari emanate in quei mesi dai ministri Bussetti (Istruzione) e Grillo (Salute), in anticipazione di un disegno di legge (A.S. n. 770) di superamento della legge n. 119, mai approvato definitivamente. Il governo Conte è intervenuto invece a ridosso del nuovo anno scolastico con un decreto-legge, il n. 91 del 25 luglio 2018, che è stato convertito, con modificazioni, nella legge 21 settembre 2018, n. 108 (c.d. milleproroghe) limitandosi a ribadire la proroga dell'autocertificazione già prevista dalla circolare e per il resto confermando l'impianto della legge precedente con l'implicito assunto di rinviare al futuro un intervento di tipo sostanziale. Il sistema attualmente vigente prevede che il rispetto degli obblighi vaccinali sia un requisito per l'iscrizione all'asilo nido e alle scuole dell'infanzia (per i bambini da 0 a 6 anni), mentre dalla scuola primaria in poi (fino alla secondaria e ai 16 anni) non è previsto per i minori non vaccinati un divieto di iscrizione, frequenza e partecipazione agli esami (v. in part. art. 1, 3 e 3 bis del testo coordinato del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73). Tuttavia, nel caso in cui non siano stati rispettati gli obblighi vaccinali viene attivato dalla Asl un percorso di recupero della vaccinazione; diversamente, i genitori incorrono

<sup>48</sup> Ridotto l'importo della multa nella sua entità massima e proporzionata al numero dei vaccini obbligatori non somministrati (ma sul punto del modo di applicare le sanzioni, di competenza delle regioni, si discute: attualmente l'orientamento prevalente sarebbe di applicare una sola sanzione nella logica di quanto previsto dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, all'art. 8, e di non ripetere l'irrogazione all'inizio di ogni anno scolastico; ma in realtà è proprio l'avvio dei procedimenti sanzionatori che stenta). È stata abolita la segnalazione da parte delle Asl al tribunale dei minori, che tendeva a ripristinare quanto previsto negli anni pre-1999. Una ricostruzione compiuta delle modifiche dell'apparato sanzionatorio tra il decreto-legge e la legge di convenzione ora nella sent. Corte cost., n. 5 del 2018, «considerato in diritto», punto 4. La legge ha innanzitutto uniformato le condotte dei dirigenti scolastici in quanto, in particolare dopo il 1999, era di norma o di prassi ormai quasi sempre a loro discrezione richiedere o meno il certificato vaccinale ai genitori degli alunni.

<sup>49</sup> Sent. n. 5 del 2018, cit., punto 8.2.5 del «considerato in diritto».

in una sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 500 euro (art. 1 co. 4 cit.)<sup>50</sup>. È stato esteso all'a.s. 2018/2019 il regime, transitorio, che consente la possibilità di autocertificare<sup>51</sup> l'avvenuta vaccinazione dovendo presentare la documentazione comprovante l'effettuazione delle vaccinazioni obbligatorie entro il 10 marzo 2019 (art. 3 bis, co.1 cit.)<sup>52</sup>. Da tale data non è stato più possibile autocertificare e la mancata consegna della certificazione ha comportato per le scuole non dell'obbligo il divieto di ingresso e frequenza presso gli istituti e per quelle dell'obbligo l'attivazione delle procedure volte all'accertamento degli inadempimenti vaccinali ai fini della irrogazione delle relative sanzioni. L'assetto complessivo, allo stato oggetto di iniziative di riforma solo parlamentari<sup>53</sup>, pare pertanto essere frutto di un bilanciamento più che ragionevole tra la salute come fondamentale diritto ed interesse della collettività, il dovere di solidarietà sociale e il diritto-dovere all'istruzione. Il doppio binario si giustifica per il fatto che il diritto all'istruzione è anche un dovere per i minori che frequentano la scuola dell'obbligo (ex. art. 34, co. 2, Cost.). Per i frequentanti l'asilo nido e la scuola materna (*recitius*: servizi educativi, e ricreativi, per l'infanzia e scola dell'infanzia) esiste una dimensione di mero diritto all'istruzione che per quanto di connotazione costituzionale e non certo del tutto inconsistente<sup>54</sup> è certamente cedevole rispetto alla dimensione solidaristica e che consente pertanto di subordinare la frequenza alle avvenute vaccinazioni.

Nel frattempo, un inedito quanto significativo "patto trasversale per la scienza"<sup>55</sup>, promosso dal medico e accademico virologo Roberto Burioni e siglato da parte di autorevoli personalità del mondo della cultura e politiche il 10 gennaio 2019 è sembrato segnare una svolta culturale rispetto ad anni di diffuso atteggiamento antiscientifico e di disinformazione trionfante nell'opinione pubblica.

<sup>50</sup> Come tutte le sanzioni pecuniarie potrebbe proporsi in astratto l'opportunità, e perfino la legittimità, di norme che imponendo sanzioni in misura fissa o relativamente fissa non tengano conto del reddito, ma va ricordato che tali sanzioni nel tempo sono venute a sostituirne di ben più gravi e che comunque anche nell'*iter* della legge che oggi le prevede si sono ridotte notevolmente rispetto alle proposte iniziali.

<sup>51</sup> L'autocertificazione era nata, nella c.d. circolare Bussetti, per le difficoltà derivanti per il primo anno di applicazione della legge a causa delle diverse realtà territoriali di partenza, con particolare riguardo allo stato delle anagrafi vaccinali, visti i numerosi anni di incertezza normativa e della frequente trascuratezza dei rapporti amministrativi tra Asl e scuole, tanto che dopo l'entrata in vigore della legge la gran parte delle regioni si sono fatte promotrici di accordi tra le scuole e le Asl. Tuttavia, la proroga dell'autocertificazione disposta dalla legge, ormai venuta meno, era stata frutto di una decisione sostanzialmente politica e prevista quasi come alternativa al c.d. obbligo flessibile, disposto dall'allora circolare. A tale proposito può ricordarsi che il d.m. del Ministero della Salute 17 settembre del 2018 ha ripristinato l'Anagrafe nazionale vaccini e l'ha disciplinata.

<sup>52</sup> In sede di prima applicazione della legge del 2017 v'erano state alcune segnalazioni da parte dei dirigenti scolastici di genitori che non avevano ottemperato agli obblighi vaccinali, ma la maggior parte delle vicende giudiziarie riguarda, naturalmente, le scuole non dell'obbligo. Ad es. a gennaio 2019 numerosi genitori sono stati indagati dalla procura di Pesaro per non aver ottemperato al divieto di far frequentare le scuole materne ai propri figli non vaccinati ("inosservanza dei provvedimenti dell'autorità"; cioè in sostanza non hanno prodotto l'autocertificazione). Allo stesso modo non sono mancate denunce per false autocertificazioni con contestazioni di falso ideologico di privato in atto pubblico.

<sup>53</sup> Al Senato della Repubblica è in discussione l'A.S. 770 (Patuanelli-Romeo), di cui si è detto nel testo, che si annuncia significativamente innovativo.

<sup>54</sup> A. RUGGERI, *Intervento*, A. MORELLI (a cura di), *Forum. Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2017, 25.

<sup>55</sup> Sul sito [www.pattoperlascienza.it](http://www.pattoperlascienza.it) è leggibile il documento e i materiali dell'Associazione che è nata intorno al Patto.

Il mutato clima ha investito anche la giurisprudenza. Dopo anni di pronunce ondivaghe e talora certamente poco o male argomentate si sono registrate prese di posizione della Suprema Corte, da ultimo ritenendo non “sindacabili in sede penale” le “direttive ministeriali fondate sulle risultanze dei più recenti studi epidemiologici” escludenti il nesso tra vaccino e autismo<sup>56</sup> e respingendo per manifesta infondatezza il ricorso di una coppia avverso una decisione del Tribunale di Milano, sulla scorta anche di precedenti pronunce<sup>57</sup>. Sul piano amministrativo, tra le altre, una sentenza del T.a.r. Friuli, sez. I, 16 gennaio 2017, n. 20 afferma che non è compito del giudice entrare nel merito delle disquisizioni scientifiche e che, pertanto, “in tale delicata materia risulta necessario quindi rifarsi alla consolidata letteratura scientifica e in particolare a quanto stabilito dell’Organizzazione mondiale della Sanità, oltre che dagli organi sanitari italiani”. Accedendo a questo punto già nel 1999 l’Organizzazione mondiale della Sanità aveva costituito una commissione permanente per lo studio degli effetti collaterali dei vaccini dalla quale emergeva che nella maggior parte dei casi gli eventuali effetti collaterali associati ai vaccini («reazioni avverse») sono lievi e facilmente curabili e che i gravi effetti (c.d. danno da vaccino, meritevoli di un indennizzo inteso quale “equo ristoro del danno patito”<sup>58</sup>) che talora – nell’ordine di un caso ogni alcuni milioni di somministrazioni<sup>59</sup> – si registrano parrebbero legati all’er-

<sup>56</sup> Campo aperto dal caso Wakefield, relativo ad un articolo apparso su Lancet nel 1998 e successivamente ritrattato in quanto frutto di una frode scientifica dell’autore.

<sup>57</sup> Già con la sent. della Cassazione civ., sez. lavoro, n. 12427 del 2016 si veniva ad escludere sulla base delle risultanze scientifiche qualunque correlazione tra autismo e vaccino. Similmente nel 2017 la Cassazione aveva dichiarato inammissibile il ricorso di un padre di un bambino autistico contro il tribunale di Palermo, confermando l’assenza di nesso tra la somministrazione del vaccino e l’autismo e nel 2018, ancora, la Cassazione confermando la decisione della Corte di Appello di Napoli. Sul tema, ora, una ricerca danese condotta su ben 625.842 bambini avrebbe confermato l’assenza di nesso, nel senso che bambini non vaccinati e vaccinati sono colpiti da sindromi autistiche con la medesima frequenza (anzi leggermente più elevata nei bambini non vaccinati). Sul punto v. comunque *infra*.

<sup>58</sup>Cfr. in part. limitatamente al danno da vaccino cagionato da vaccinazioni obbligatorie le sentt. n. 307 del 1990, dopo la legge 25 febbraio 1992, n. 210, e la sent. n. 118 del 1996. In tempi più recenti cfr. le sentt. Corte cost. n. 27 del 1998, n. 423 del 2000 e n. 107 del 2012. Sull’equiparazione ai fini dell’indennizzo delle vaccinazioni raccomandate v. le sentt. Corte cost. n. 27 del 1998, n. 226, n. 423 del 2000, n. 107 del 2012, e, da ultimo, la sent. n. 268 del 2017, ove si ribadisce che si tratta di indennizzo e non di risarcimento del danno per il pregiudizio individuale e che la collettività ne deve sostenere i relativi costi per ragioni solidaristiche tanto più che il soggetto è addivenuto alla decisione di vaccinarsi senza esservi obbligato (punto 7.1 del «considerato in diritto»). Nella sentenza la Corte ha precisato che per le vaccinazioni raccomandate si riserva una analisi mirata sulle peculiarità di ciascuna raccomandazione, escludendo un’estensione automatica a tutti i casi di profilassi provenienti dalle autorità pubbliche dei principi («pur chiari») della propria giurisprudenza (punto 7 del «considerato in diritto»). La Cassazione ha chiarito, ad es. nella sentenza Cass. civ., sez. lav., 18 luglio – 14 novembre 2017, n. 26875 che il verificarsi del danno e il nesso causale tra la somministrazione di vaccini (o la terapia trasfusionale) ed esso sono da valutarsi secondo un criterio di «ragionevole probabilità scientifica». Diverse giurisprudenze, nella difficoltà di reperire prove scientifiche in senso proprio, si sono orientate verso formule che richiamano l’esistenza di elevate probabilità o la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti (v. il par. conclusivo). Per la dottrina, v. ora in part. F. POLITI, *La tutela del diritto alla salute nella Costituzione italiana*, in F. MARIANELLI (a cura di), *Lineamenti di diritto sanitario*, Pisa, 2016, 7 e ss, ed in part. 29.

<sup>59</sup> Un dato concreto proviene dalla Regione Veneto, che ha messo in atto una sorveglianza sistematica dei danni derivanti dalle vaccinazioni (c.d. Canale Verde), arrivando a valutare più di ventisei milioni di vaccinazioni nel periodo considerato (1993-2011). Gli eventi gravi che non si sono risolti spontaneamente sono stati ventuno, quindi più o meno un caso ogni milione e duecentoquarantamila dosi di vaccino. Nessuna morte è stata direttamente o indirettamente attribuibile alla somministrazione di vaccini.

rore umano inteso come carenza di cautele che il livello delle conoscenze scientifiche prescrivono in relazione alla natura degli interventi, nonché ad una omessa o incompleta informazione (tanto che il corretto espletamento dei protocolli relativi al “consenso informato” funge da manleva per il personale sanitario<sup>60</sup>) con esclusione, in ogni caso, di correlazioni in senso strettamente scientifico tra vaccino e gravi malattie allo stato attuale delle conoscenze scientifiche<sup>61</sup>. Ma sul punto, fondamentale, sarà necessario tornare per meglio specificare sia le posizioni della scienza sia alcune conclusioni a cui perviene la giurisprudenza in rapporto alle evidenze scientifiche.

Appare ora possibile affrontare alcune questioni che meritano una trattazione specifica.

### 3. Il riparto delle competenze tra Stato e regioni

Dal 2017 la disciplina delle vaccinazioni ha subito significative modifiche. Sul piano delle competenze normative ed amministrative in tema di vaccini si registra un intreccio di titolarità statali e regionali ad intervenire ma entro una linea tendenziale di compressione dell'autonomia regionale in nome del prevalere di interessi unitari e infrazionabili. Ciò è stato ritenuto non illegittimo, se non teorizzato, dalla significativa sent. Corte cost. n. 5 del 2018, che costituisce un caposaldo per ricostruire l'assetto delle competenze in materia, almeno alla luce della normativa vigente. La Corte, richiamando la precedente sentenza n. 169 del 2017 ha ribadito che «il diritto alla persona di essere curata efficace-

---

Una pagina delicata, con risultanze ancora non definitive, è costituita dalle vaccinazioni ai militari su cui di recente è stata prodotta una relazione conclusiva assai problematica da parte della “Commissione parlamentare d'inchiesta sull'uranio impoverito”. Si trattava, in quel caso particolare, di vaccinazioni multiple e risultate quasi indiscriminate.

<sup>60</sup> Dal momento che le vaccinazioni obbligatorie pongono obblighi di legge non coattivi si pone la questione del ruolo del consenso, ormai “libero” (nel caso dei minori, sia che detto consenso sia prestato dai genitori che dal giudice minorile; cfr. sent. Corte cost. n. 132 del 1992). Il Codice deontologico dei medici prevede che vada acquisito per ogni trattamento medico consenso o dissenso informato. In realtà sembra di non potersi porre alcun obbligo anche solo a firmare una modulistica di “dissenso informato”. La mancata firma sul modulo di consenso informato comporta l'impossibilità di procedere al trattamento, quindi appare fuori luogo parlare (come fa il Codice) di una preliminare acquisizione di un dissenso informato. Andrebbe solo acquisita prova che coloro che sono sottoposti agli obblighi o chi ne rappresenta gli interessi si siano presentati al colloquio previsto dalla legge n. 119 del 2017 volto a «fornire ulteriori informazioni sulle vaccinazioni e di sollecitarne l'effettuazione», o quantomeno prova dell'avvenuta convocazione. Del resto, mancano previsioni espresse circa le conseguenze per il rifiuto di presentarsi alle convocazioni, ma se il consenso informato funge da manleva per il personale somministrante le vaccinazioni, deve esistere ed essere conservata una documentazione comprovante l'esperimento del tentativo previsto dalla legge, che è un obbligo a carico degli uffici procedenti utile a non incappare in una contestazione di omissione di atti d'ufficio. La ricostruzione non intende svilire l'istituto del consenso informato come invece avverrebbe se si ritenesse superfluo raccogliarlo alla luce dell'obbligatorietà della prestazione. Potrebbe discutersi a lungo se la libertà del consenso fondi un diritto a rifiutare la somministrazione obbligatoria oppure sia solo il presupposto per l'eventuale accertamento della violazione degli obblighi di legge. Ma in caso di somministrazione resta necessario e, a certi effetti, fondamentale acquisire il (previo) consenso informato. Si potrà dire, certo, che l'acquisito consenso ha un senso diverso da quanto avvenga per trattamenti non obbligatori, ma ciò che davvero muterebbe in modo radicale i termini della questione sarebbe la coercibilità, qui inesistente.

<sup>61</sup> Cfr. la ricostruzione di un immunologo di fama, e protagonista (c.d. schema Piazza) dei protocolli italiani, M. PIAZZA, *La svolta del vaccino per tutti, Napoli ha dato l'esempio*, in *il Mattino*, 19 ottobre 2015. Una ricostruzione delle accuse nei confronti dei vaccini (accusati volta a volta di provocare autismo, cancro, epilessia, danni neurologici eccetera) è in A. GRIGNOLO, *Tre secoli di accuse mai dimostrate*, in *la Repubblica*, 24 novembre 2015.

mente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica [...] deve essere garantito in condizioni di eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi della comunità scientifica nazionale e internazionale»<sup>62</sup>. Su questa base può ritenersi che le istanze unitarie, rappresentate dal presidio della legislazione statale, derivino da tre versanti, che concorrono allo scopo. In primo luogo, dalla riserva di legge prevista dall'art. 32 Cost., co. 2, che nell'individuare un oggetto lo riserva alla disciplina della legge, con ampio ruolo dello Stato comunque sia qualificata tale riserva. In secondo luogo, dalle norme di riparto della competenza statale e regionale in senso proprio, ovvero sia dalle competenze legislative esclusive statali di cui l'art. 117, secondo co. lett. m, n, q Cost., rispettivamente in tema di determinazione dei livelli di assistenza, di norme generali in materia di istruzione (richiamate prima ancora dall'art. 33, co. 2, Cost.; in cui rientrerebbero le norme relative alle iscrizioni, agli adempimenti e alla frequenza scolastica con cui, secondo la Corte cost., sono definite le caratteristiche basilari dell'assetto ordinamentale e organizzativo del sistema scolastico) e di profilassi internazionale; nonché dalle competenze legislative concorrenti mediante una visione forte dei "principi fondamentali della materia" nei diversi campi implicati dalla disciplina delle vaccinazioni come disciplinata attualmente dalla legge, in particolare istruzione (salvo l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione dell'istruzione e formazione professionale) oltreché, ovviamente, tutela della salute. Tale quadro normativo fa recedere nettamente le attribuzioni regionali, anche relativamente a norme statali di contenuto specifico e dettagliato purché coesenziali e integrate con i principi del settore. La Corte tuttavia ritiene che residuino spazi di espressione non del tutto marginali («non indifferenti») relativamente all'organizzazione dei servizi sanitari e all'identificazione degli organi competenti a verificare e sanzionare le violazioni discendenti dagli obblighi di legge<sup>63</sup>, a cui andrebbero aggiunte le competenze legislative residuali rilevanti in tema.

La potestà legislativa dello Stato di dettare norme sull'obbligo vaccinale, coi diversi titoli di competenza secondo i diversi profili, si impone alle regioni senza possibilità di deroghe<sup>64</sup>, mentre sul piano amministrativo la legge di conversione del decreto-legge n. 73 del 2017 ha offerto un potenziamento del ruolo delle regioni in omaggio alla leale cooperazione<sup>65</sup>. In particolare la legge n. 119 del 2017 dispone che gli obblighi previsti dalla legge trovano origine nella necessità di garantire il conseguimento degli obiettivi prioritari del Piano nazionale vaccinale (2017-2019), sancito d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome e specifica che

<sup>62</sup> Sul punto v. già la fondamentale sent. Corte cost. n. 282 del 2002 nonché la sent. n. 338 del 2003.

<sup>63</sup> Punto 7.2.2. del «considerato in diritto», sent. Corte cost., n. 5 del 2018.

Sul punto dell'organizzazione sanitaria e ai suoi profili di regionalizzazione sia consentito rinviare, per alcuni rilievi critici sulle prime applicazioni, a R. MANFRELLOTTI, M. PLUTINO, *Profili dell'organizzazione sanitaria tra centralismo e regionalizzazione: prospettive di riforma*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003, 95 ss.

<sup>64</sup> A. PATANÈ, *Obbligo di vaccinazioni e riparto delle competenze legislative. Nota a Corte cost., n. 5 del 2018*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1, 2018, 269 e, già, D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2008, 4970 ss.

<sup>65</sup> Che resta «la chiave di volta del sistema delle competenze statali e regionali per la salute», secondo D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2018, 11.

all'accertamento, alla contestazione e all'irrogazione delle sanzioni «provvedono gli organi competenti in base alla normativa delle Regioni e delle province autonome». Le regioni, sempre tramite la Conferenza, vengono coinvolte con l'espressione di un parere nella decisione di sospendere l'obbligatorietà di alcune (quattro) vaccinazioni quando le soglie di copertura lo rendessero possibile. La Corte afferma che il contemperamento dei diversi principi in materia lascia al legislatore statale la scelta delle modalità attraverso le quali assicurare il raggiungimento degli obiettivi, ovvero una prevenzione efficace delle malattie infettive, sia con riferimento alla tecnica prescelta (obbligo o raccomandazione) sia, in caso di scelta dell'obbligo (come è avvenuto), delle sanzioni più appropriate per l'inadempimento in modo da rendere l'obbligo il più possibile effettivo.

Davanti a questo quadro, che fa perno sugli impegni internazionali dello Stato e sul principio di eguaglianza su tutto il territorio nazionale, sembrano non esservi spazio per le regioni né per flessibilizzare gli obblighi in nome di un sacrificio minore possibile (rispetto ad altri diritti o interessi) alla luce di un principio di proporzionalità, né per irrigidirli in nome di una valutazione propria degli obiettivi solidaristici o della tutela della salute. Di conseguenza le frazioni di popolazione più ridotte considerate specificamente dalla legge per conseguire e mantenere, almeno al loro interno, la c.d. immunità di gregge (ad oggi, le classi scolastiche), rilevano per obiettivi particolari che la legge intende conseguire in attuazione delle norme costituzionali; non sembrerebbero poter essere riferite da una futuribile legge regionale a circoscrizioni territoriali, dato che la Corte sembra escludere questa possibilità anche per la legge statale in nome dell'omogeneità della disciplina a livello nazionale. La Corte pare chiudere nettamente rispetto ad una politica vaccinale "a macchia di leopardo" come si era determinata dopo il 2001 con atti non legislativi, di programmazione, rimasti in vigore a lungo e sui quali non si era potuta pronunciare<sup>66</sup>. Del resto da allora il quadro è mutato con un ruolo più forte dello Stato (più vaccini obbligatori ex art. 32, co. 2, Cost.; un impianto di sanzioni di una qualche serietà, e comunque ribadito; la correlazione tra diritto all'istruzione e adempimento degli obblighi vaccinali ristabilita con riferimento alla scuola non dell'obbligo). Ma, pur da riconsiderare attentamente, anche un ruolo meno forte dello Stato non dovrebbe condurre alla luce dell'attuale posizione della Corte costituzionale a conclusioni molto diverse.

Se al legislatore statale spetta sia di stabilire la tecnica, al fine di applicarla omogeneamente sul territorio nazionale, sia il relativo apparato sanzionatorio o comunque la normativa che la serve<sup>67</sup>, appare

<sup>66</sup> A cui si aggiunga, nell'ambito della stessa vicenda generale, che la Corte non aveva neanche potuto conoscere in via principale la legge Regione Veneto n. 7 del 2007, perché (forse ovviamente, dati i presupposti) non impugnata dal governo del tempo, ma se ne era occupata solo in via incidentale e con un profilo molto limitato, ed era stata costretta ad un'ordinanza di inammissibilità, la n. 87 del 2010 per difetto di motivazione in punto di rilevanza, ove però con significativo *obiter dictum* aveva riguardo di precisare l'impregiudicatezza del proprio esame rispetto all'assetto delle competenze statali e regionali, con particolare riferimento al rispetto dei principi fondamentali della materia posti dallo Stato. Tra coloro che avevano sollevato dubbi sull'idoneità dell'atto non legislativo a rendere cedevole le norme statali sull'obbligo F. CORVAJA, *La legge del Veneto sulla sospensione dell'obbligo vaccinale per l'età evolutiva: scelta consentita o fuga in avanti del legislatore regionale?*, in *Osservatorio delle fonti*, 1, 2008, 2, 5 e V. MOLASCHI, *Verso il superamento degli obblighi vaccinali: considerazioni alla luce del Piano piemontese di promozione delle vaccinazioni 2006*, in M. ANDREIS (a cura di), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, 2006, 92.

<sup>67</sup> Sul punto c'era il precedente delle sentenze relative alla normativa di estensione del divieto di fumo, Corte cost. n. 361 del 2003 e n. 63 del 2006.

tutt'altro che semplice immaginare un coinvolgimento attivo nell'implementazione delle vaccinazioni<sup>68</sup>, al di là dei predetti, angusti, spazi dell'organizzazione dei servizi sanitari e dell'identificazione degli organi competenti a verificare e sanzionare le violazioni discendenti dagli obblighi di legge. E allo stato attuale della legislazione e della giurisprudenza costituzionale non sarebbe consentito alle regioni con propria legislazione di prevedere misure per far fronte a situazioni epidemiologiche locali (emergenziali o meno) in modo da raggiungere una migliore copertura vaccinale<sup>69</sup>. Ciò deve dirsi in particolare per le annunciate iniziative legislative regionali che intenderebbero irrigidire il sistema degli obblighi vaccinali nella prospettiva di un'eventuale "flessibilizzazione" prodotta dalla legge statale, con un ritorno alla scelta di base della tecnica delle raccomandazioni. Del resto, la flessibilizzazione degli obblighi è già prevista per quattro vaccinazioni attualmente obbligatorie ma con coinvolgimento delle regioni a mezzo di mero parere tramite la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano (art. 1 comma 1 del decreto legge n. 73 del 2017, come modificato dalla legge n. 119 del 2017), mentre è escluso che vi possa procedere con decisione unilaterale ciascuna di esse. Sembra di poter concludere che non può che spettare allo Stato di approntare un'adeguata soluzione per garantire a tutti i cittadini gli adeguati livelli di copertura, da realizzare con la collaborazione delle regioni. L'obbligo flessibile a suo tempo ipotizzato dal governo considerava anche situazioni locali e circoscrizioni territoriali come ambiti di possibile differenziazione di trattamento, ma ciò comunque sarebbe stato previsto da una legge statale e in ogni caso la Corte sembra chiudere nella sent. 5 del 2018 anche ad ipotesi siffatte, potendosi di conseguenza prefigurare soltanto forme di flessibilizzazione (vaccino per vaccino) riguardanti l'intero territorio nazionale.

Se certamente dalla giurisprudenza costituzionale recente emerge una critica radicale al c.d. federalismo sanitario per come si è venuto a dispiegare negli ultimi anni, con riferimento alle vaccinazioni e non solo, a maggior ragione però destano perplessità le criticità che la legislazione palesa con riferimento all'insufficiente tutela del diritto allo studio di minori non vaccinabili perfino in riferimento alla scuola dell'obbligo. La giurisprudenza costituzionale esplicita un atteggiamento di chiusura nei confronti di soluzioni differenziate a livello regionale in nome di un'eguaglianza da farsi valere sul territorio nazionale, prima ancora della riserva di legge (assoluta o relativa che sia) e dei titoli di competenza più specifici, la quale porterebbe a imporre sacrifici identici senza poter venire in rilievo la diversa efficienza dei sistemi regionali. Tale chiusura dovrebbe valere anche per leggi regionali che meglio volessero garantire il complesso equilibrio scaturente dall'art. 32 Cost. in combinato disposto con gli artt. 33 e 34 Cost., creando tuttavia differenziazioni normative, come la legge regionale Molise del 12 settembre 2018, n. 8, che arriva a subordinare la frequenza scolastica all'avvenuta somministrazione anche dei vaccini raccomandati (art. 1), con bilanciamento non equilibrato tra diritto all'istruzione e tutela della salute individuale e collettiva e in ogni caso al di fuori della competenza del legislatore regionale<sup>70</sup>. Non diversamente, la regione Puglia è intervenuta con legge n. 27 del 2018 ponendo mi-

<sup>68</sup> In tal senso A. PATANÈ, *Obbligo*, cit., 276.

<sup>69</sup> L'ipotesi è stata prospettata in dottrina da V. MOLASCHI, *Verso il superamento*, cit., 102 e da D. MESSINEO, *Problemi in tema di discipline regionali nei trattamenti sanitari: il caso dei vaccini*, in *Le Regioni*, 2009, 336.

<sup>70</sup> La legge è stata impugnata dal Governo ed infatti dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sent. n. 186 del 2019, ove si afferma che la disciplina statale pone «vincoli inderogabili».

sure assai incisive e discutibili in tema di vaccinazioni per gli operatori sanitari ed è stata dichiarata illegittima nella parte *de qua*<sup>71</sup>.

Ma allo stesso tempo le leggi statali appaiono irragionevoli nella misura in cui dettano una normativa non capace, evidentemente, di assicurare il diritto allo studio tanto più laddove è anche un obbligo costituzionale, non consentendo di esplicitare in ambito scolastico quei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. a beneficio del minore che possono farsi valere anche attraverso soluzioni organizzative adeguate<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Corte cost. sent. 137 del 2019, di parziale illegittimità della legge. Anche l'Emilia-Romagna è intervenuta in tema ma in modo assai meno incisivo. Non ha utilizzato la legge ed infatti non ha inciso sulla disciplina delle vaccinazioni, limitandosi a prevedere la possibilità di non consentire che per il personale sanitario non vaccinato possa lavorare in determinati reparti.

<sup>72</sup> Un bambino di otto anni, quindi iscritto alla scuola dell'obbligo, immunodepresso e pertanto non vaccinabile, non ha potuto far ritorno a scuola per la presenza nella sua classe di diversi bambini non vaccinati, la cui circostanza, impedendo di assicurare nella classe la c.d. immunità di gregge, avrebbe costituito per lui un gravissimo rischio. La regione ove il minore risiede, il Lazio, da un lato ha annunciato un'iniziativa legislativa per il caso che la legislazione statale venisse a flessibilizzare l'obbligo a vaccinarsi (ma in questo caso l'obbligo, allo stato, sussiste, mentre è la sua effettività che non è assicurata adeguatamente) dall'altro sta portando avanti un disegno di legge della Giunta, approvato ed attualmente all'esame del Consiglio regionale, il cui art. 2 prevede che nelle scuole dell'obbligo, in presenza di classi nelle quali vi siano più di due minori non vaccinati, le Aziende sanitarie locali possano proporre alle autorità scolastiche competenti «l'adozione di interventi provvisori di urgenza, ivi compresa la sospensione temporanea dall'attività scolastica» degli studenti non vaccinati. Tale previsione appare non conforme (nonostante quanto affermato in via generale dall'art. 1) con le previsioni legislative statali che contengono già delle soluzioni mirate con cui garantire la frequenza del minore non vaccinabile, e tra queste non figura l'adozione da parte dei dirigenti scolastici di interventi provvisori di urgenza per ragioni di sicurezza (se non di carattere generale, sul plesso in questione). La normativa statale attuale prevede invece la distribuzione dei minori non vaccinati (ma vaccinabili) tra le classi dell'istituto in modo da garantire la sussistenza in ciascuna dell'immunità di gregge. La soluzione va ad incidere sul principio della continuità didattica che però, nel nostro ordinamento, ha uno statuto di una qualche consistenza soltanto per i minori disabili ammessi al sostegno (cfr. legge n. 107 del 2015, all'art. 1, co. 181, lett. c, punto 2, nonché l'art. 14 d. lgs. n. 66 del 2017) e la cui deroga in ogni caso è un sacrificio, certamente cedevole rispetto a situazione di violazione della legge e connotate da assenza di solidarietà sociale, assai minore rispetto alla sospensione dell'obbligo scolastico. Tuttavia, le circospezioni e i limiti di cui è circondata la previsione non sono evidentemente capaci di rendere effettivo il diritto all'istruzione del minore non vaccinabile. L'articolo 4 della legge n. 119 del 2017, nel suo testo consolidato, dispone che il dirigente scolastico inserisca «di norma» («sono inseriti, di norma, in classi») gli alunni che non possono vaccinarsi o per i quali le vaccinazioni debbono essere differite in base a specifiche condizioni cliniche documentate attestata dal medico di medicina generale o dal pediatra di libera scelta in classi di soli minori vaccinati o immunizzati e che comunque entro il 31 ottobre di ogni anno debba comunicare all'ASL le classi in cui sono presenti più di due alunni non vaccinati. Tuttavia, la norma pone un limite di ordine organizzativo che, in realtà, rimonta a vincoli di ordine finanziario: «fermi restando il numero delle classi determinato secondo le disposizioni vigenti e i limiti di cui all'articolo 1, comma 201, della legge 13 luglio 2015, n. 107, e all'articolo 19, comma 7, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111». A parte l'inciso singolare («di norma»), peraltro abbastanza frequente nelle regolamentazioni in campo scolastico (circolari, e ordinanze ministeriali), che sembrerebbe voler rendere meno tassativa la previsione, va affermato che di fronte al rango degli interessi in questione (e, perché no, anche alla limitatezza dei casi) i limiti legislativi alle dotazioni organiche e alle provviste finanziarie che impediscono la creazione di nuove classi (dato che la redistribuzione degli alunni potrebbe non essere possibile o sufficiente a conseguire lo scopo) non paiono ragionevoli. Va ricordato che la legge n. 104 del 1992 ma con significative, e discutibili, estensioni anche la circolare nota prot. n. 4439 del 16 luglio 2012, n. 60 prevedono la possibilità della scuola a domicilio, ed in particolare la seconda anche per alunni non disabili. La finalità della legge, tuttavia, è chiara-

#### 4. Vaccinazioni obbligatorie, raccomandate, incentivate tra scelte tecnico-scientifiche e regolamentazione giuridica

La scienza medica tende a suggerire di largheggiare nell'uso dello strumento dell'obbligo giuridico o di una raccomandazione che sia altamente effettiva ogni volta che una vaccinazione appaia consigliabile secondo un calcolo medico costi-benefici (v. *supra* al par.3 con riferimento alla sentenza n. 5 del 2018). Pur nella differenza della tecnica utilizzata, abbiamo appurato che anche i Piani Vaccinali, nel riaffermare l'importanza di adeguate coperture anche per le vaccinazioni raccomandate e nell'inserirle nei calendari vaccinali, ne sottintendono l'uguale utilità, fatte le opportune differenze giuridiche. Ed è proprio su questo piano che scienza medica e giuridica hanno approcci diversi, in quanto le vaccinazioni raccomandate sul piano medico-sanitario possono non esserlo necessariamente sul piano giuridico-positivo (il contrario non dovrebbe mai accadere). La legge del 2017 sembra pertanto adottare quest'ottica medica, già tracciata nei Piani Vaccinali, trasformando tutte le precedenti vaccinazioni raccomandate in obbligatorie (allora dodici, poi dieci) e facendo sparire una distinzione significativa per il trattamento giuridico ma contestata dagli scienziati, a partire da immunologi e virologi<sup>73</sup>. Nella visione medico-scientifica del fenomeno, del resto, incide il modo stesso di intendere la raccomandazione medica, che ha un valore *quodammodo* cogente: la cura in campo medico si "raccomanda" e in ambito medico raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo<sup>74</sup>. Senonché una diversità di approccio si giustifica o può giustificarsi non solo per il diverso angolo visuale del legislatore e della scienza medica, ma anche per il diverso ruolo che ha la raccomandazione nell'uno e nell'altro campo, nell'ambito di una funzione esortativa e, nel caso, incentivata che è frequente negli ordinamenti moderni. Si tratta pertanto di due ordini diversi, posti da scienze diverse, ma che devono interagire, e dove l'evidenza scientifica, la statistica, la scelta politico-legislativa sono chiamate a trovare un equilibrio credibile e coerente con il quadro costituzionale.

---

mente di consentire l'istruzione quando il minore è impossibilitato per ragioni di salute a frequentare la scuola, e non certo quando potrebbe farlo se tutti adempissero ad un obbligo di legge! (a parte che nei casi concreti manca quasi sempre lo stanziamento dei relativi fondi da parte degli uffici scolastici regionali). Il bambino non vaccinabile ha più che mai bisogno di socialità e ritorno ad una vita normale e può a certe condizioni farlo se è guarito e convalescente ma anche se le terapie e i ricoveri ospedalieri fossero compatibili con la frequenza. Ben strano rovesciamento: si ricordi che durante la discussione delle nuove linee legislative di politica vaccinale erano i genitori non vaccinisti a minacciare il ricorso all'istruzione domiciliare, ai sensi della citata circolare, pur di non essere costretti ad assolvere agli obblighi vaccinali. Ora quella circolare, che prevede l'istruzione domiciliare come parte dell'offerta formativa scolastica, viene utilizzata come *extrema ratio* da genitori che hanno bambini immunodepressi pur di consentirgli di avvalersi del servizio dell'istruzione... Evidentemente, ripetiamo, l'assetto attuale non è sufficiente a garantire gli interessi che dichiara prevalenti, e pertanto appare di discutibile legittimità costituzionale. Piuttosto può notarsi che altri casi simili dimostrano che già con la normativa vigente una serie di situazioni difficili possono essere risolte, perché qualche bambino immunodepresso è potuto tornare a scuola grazie alle misure predisposte dalla Asl (nel caso Roma2) ed in particolare offerte agli studenti frequentanti l'istituto.

<sup>73</sup>V. ad es.: «il decreto elimina l'insensata divisione tra vaccini obbligatori e facoltativi». Intervista a Burioni, "Serviva più severità, multare i genitori non è la soluzione", in *la Repubblica*, 21 maggio 2017.

<sup>74</sup> «nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quelle che separa i due concetti nei rapporti giuridici». Punto 8.2.4 del «considerato in diritto», sent. n. 5 del 2018.

Vero è che la distinzione giuridica finora praticata in Italia tra vaccinazioni raccomandate e obbligatorie, e cioè una loro compresenza, non è tra le più ricorrenti in ambito comparativo, ove prevale un approccio unitario dell'uno o dell'altro tipo più sintonico con la negazione in campo medico-sanitario dell'opportunità di differenziare i trattamenti. Tuttavia va notato che l'assolutizzazione della visione scientifico-medica non si ritrova nella mediazione che ha portato al testo definitivo, con l'avallo di un'autorevole istituzione tecnica (l'Istituto superiore di Sanità), con la riduzione delle vaccinazioni obbligatorie da dodici a dieci e con la previsione di ulteriori vaccinazioni "raccomandate", venendo a ripristinare la distinzione tra le due tipologie di vaccinazioni. In tal modo si ripropone la questione del *proprium* della ragione distintiva tra di esse, ed in particolare della ragione in base alla quale una vaccinazione obbligatoria possa o debba diventare raccomandata e viceversa, volta a volta, in presenza di entrambe le tipologie. Una scelta, ripetiamo, che se adottata non può che essere frutto di esercizio di discrezionalità legislativa per quanto fondata su dati statistici e scientifici<sup>75</sup>. Sul piano tecnico-giuridico possono essere infatti diverse le soluzioni per garantire il livello di copertura<sup>76</sup>, che appare in ultima analisi l'unico vero vincolo di ordine tecnico-scientifico che dovrebbe limitare la discrezionalità del legislatore<sup>77</sup>. La stessa pericolosità della malattia, pur dipendendo da accertamenti scientifici e da proiezioni statistiche, deve condurre poi ad una valutazione politica inerente ai costi e ai benefici in termini di salute umana, ma più in generale comprensivi di valutazioni inerenti al dispendio delle risorse finanziarie (che finanziano pur sempre anche altri diritti fondamentali...) e, in definitiva, di equilibrio tra tutela dell'individuo e della collettività circa la tipologia di intervento per il contrasto che vanno sottoposte necessariamente all'interno del circuito della responsabilità politica. Su questo punto torneremo nel paragrafo conclusivo.

Non va dimenticato, in ogni caso, che le vaccinazioni raccomandate e obbligatorie non esauriscono il campo né delle vaccinazioni tecnicamente possibili - determinato dal livello di avanzamento della scienza: attualmente sarebbero disponibili un centinaio di vaccini - alcune delle quali possono non essere oggetto di regolamentazione giuridica (sul piano, sia chiaro, della previsione nei Piani vaccinali, nei calendari e, pertanto, nella somministrazione da parte delle autorità pubbliche), né tantomeno sul piano dell'intervento dell'autorità sanitaria pubblica. Le vaccinazioni raccomandate, come categoria giuridica di trattamenti sanitari, sono emerse gradualmente, per differenza rispetto ai casi in cui la legge statale prevedeva l'obbligo vaccinale, laddove si predisponesse un intervento incentivato a vario titolo da parte delle autorità pubbliche. Tuttavia, a sua volta, non ogni trattamento sanitario di profilassi proveniente dalle autorità pubbliche è "raccomandato" (se, in alternativa, non è obbligatorio) in

<sup>75</sup> Sul punti, in particolare 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 ss. e C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016, 1 ss., ed ora A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta online*, 1, 2018, 87 ss., con particolare riferimento alla sent. n. 5 del 2018.

<sup>76</sup> V. *amplius* M. PLUTINO, *Le vaccinazioni, una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra auto-determinazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, in V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale*, Napoli, 2017, 421 ss. Sul punto anche C. SALAZAR, *La Corte costituzionale immunizza l'obbligatorietà dei vaccini*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2018, 467.

<sup>77</sup> Si concorda pertanto con A.A. NEGRONI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni (decreto-legge n. 73/2017) è questione eminentemente di diritto costituzionale*, *ult. cit.*

quanto la natura tecnicamente raccomandata del trattamento sanitario deve emergere da una serie di elementi sintomatici che la Corte riassuntivamente elenca in una recente decisione ove peraltro non indica il peso relativo di ciascun elemento ai fini della qualificazione<sup>78</sup>.

## 5. Sul rifiuto o l'omissione della somministrazione o delle attività prodromiche da parte del personale medico (o paramedico)

A questo punto è possibile discutere delle ipotesi in cui, rispettivamente, il personale medico<sup>79</sup> deputato si sottrae o annuncia di volersi sottrarre al compito di somministrare le pratiche vaccinali o sono i soggetti obbligati dalla legge a sottoporvisi (o, più di frequente, coloro che ne hanno la tutela giuridica) che accampano un diritto a sottrarsi, o che decidano comunque di sottrarsi, alla somministrazione.

Negli ultimi anni non sono mancati casi di personale medico più o meno apertamente contrario alla somministrazione di vaccini che è stato sottoposto a contestazioni disciplinari, con procedimenti che si sono conclusi con l'irrogazione di sanzioni fino alla radiazione dall'albo professionale<sup>80</sup>. Tali procedimenti danno, per la verità, adito a dubbi per il gravissimo danno inferto al godimento di un diritto fondamentale consistente nell'esercizio della professione a seguito di una procedura non adeguatamente garantista, ma questa è questione affatto generale, attinente sia al modo d'essere dei poteri disciplinari che all'insistenza di una riserva di legge in materia, che richiederebbe spazi diversi per essere discussa<sup>81</sup>. Tralasciando la responsabilità disciplinare, quanto alla sussistenza di altre forme di responsabilità giuridiche in primo luogo va distinta nettamente la libertà di espressione dalla condotta materiale di non vaccinare, che semmai ne è il coerente sviluppo operativo. La libertà di espressione dovrebbe essere la più ampia a patto che non si traduca in un'omissione del proprio dovere d'ufficio, che può (e in genere, deve) essere anche di tipo informativo, e dunque espressivo. Nell'esercizio di una libertà di espressione, magari in un convegno o in un seguitissimo *talk show*, il medico che sollevasse dubbi sui vaccini non dovrebbe incorrere in sanzioni dell'ordinamento giuridico (con l'eccezione, eventualmente, di quelle disciplinari<sup>82</sup>), salvo immaginare casi-limite in cui le ma-

<sup>78</sup> Punto 7 del «considerato in diritto» della sentenza Corte cost. n. 268 del 2017.

<sup>79</sup> Parleremo essenzialmente del personale medico sia perché in più diretto contatto con la comunità scientifica (anche tramite gli ordini professionali), sia perché il personale para-medico opera nelle proprie attribuzioni pur sempre nell'ambito di un indirizzo medico, ma sul personale para-medico v. comunque *infra*.

<sup>80</sup> Allo stato risultano essere il dott. Roberto Gava, dall'ordine dei medici di Treviso; il dott. Dario Miedico, attivo nel Coordinamento del movimento per la libertà di vaccinazione e la dott.ssa Gabriella Lesmo, già iscritti all'ordine dei medici di Milano.

<sup>81</sup> Sul punto si rinvia a V. BALDINI, *Verità e libertà nell'espressione del pensiero ... Prendendo spunto da casi concreti ...*, in *dirittifondamenti.it*, 2, 2017, 5-6.

<sup>82</sup> Non è il caso in questa sede di approfondire la questione della natura giuridica degli ordini professionali – ora considerati come enti pubblici non economici di diritto privato (prevalentemente in ottica interna), ora come organizzazioni professionali o di categorie estranee alla pubblica amministrazione, ovvero istituzioni senza scopo di lucro (dotate di personalità giuridica) a servizio delle famiglie, secondo la prevalente visione al livello dell'Unione europea – e quindi se e in che termini facciano parte, o no, dell'ordinamento giuridico statale.

nifestazioni dell'espressione non rischino di integrare le fattispecie di reato fondate sull'ipotesi del turbamento dell'ordine pubblico<sup>83</sup>.

Diverso è il caso di chi sia investito di funzioni pubbliche nell'ambito del sistema nazionale che presiede alle vaccinazioni perché costui esercita la libertà espressiva funzionamento allo svolgimento di una funzione o di un ufficio pubblico, nella realizzazione di un assetto ove sono contemperati interessi e diritti costituzionali in un campo caratterizzato peraltro dalla grande sensibilità e dal notevole impatto, anche emotivo, del tema sull'opinione pubblica. In questo caso la libertà di espressione, se non è funzionalizzata, opera comunque entro la realizzazione dei propri doveri d'ufficio, il cui venir meno comporta l'integrazione di specifiche figure di reato. A questo punto però occorre distinguere, nell'ottica del nostro ordinamento, il caso che le vaccinazioni siano obbligatorie per legge dal caso che siano (solo) raccomandate, perché in quest'ultimo caso non v'è un obbligo di legge e si pone maggiormente la questione della lealtà nella prospettazione delle argomentazioni nell'esplicazione di quella funzione informativa in tema di vaccini che è sicuramente generale e peraltro comune a tutti i trattamenti medici. Più semplicemente, nel caso di omissioni a procedere alla somministrazione delle vaccinazioni obbligatorie o della dissuasione da parte del pediatra di libera scelta, ancor più con dichiarazioni menzognere attestanti uno stato clinico tale da impedire la vaccinazione di un assistito, si verrebbero a configurare fattispecie di reato come l'omissione di atti d'ufficio o il falso ideologico. Pertanto, può ritenersi che con riferimento alle vaccinazioni raccomandate gli obblighi del medico e del pediatra dovrebbero essere assolti – quanto alla fase che si risolve nella funzione espressiva – fornendo ai pazienti o ai loro rappresentanti un'adeguata informazione, chiara, completa, equilibrata (quindi non tendenziosa, non mendace, non esagerata, non caratterizzata da abuso dell'altrui credulità e così via) circa gli effetti dei vaccini alla luce delle comuni risultanze scientifiche. Rispetto a queste informazioni il cittadino, come è stato spesso notato in generale in tema di consenso informato, è abbastanza disarmato, avendo di norma ben pochi strumenti di valutazione per formarsi un giudizio realmente autonomo. Una forma impropria (e inammissibile) di obiezione di coscienza si avrebbe poi se, in conseguenza di una credenza, si procedesse ad esentare sistematicamente o comunque con leggerezza i pazienti dalle vaccinazioni, per cui l'eventuale decisione, del medico di famiglia o del pediatra, di certificare uno stato clinico non compatibile con le vaccinazioni o l'avvenuta immunizzazione a seguito di malattia naturale devono essere basate su dati clinici oggettivi, controllabili, alla luce

<sup>83</sup> L'invocazione dell'art. 656 del c.p. («Chiunque pubblica o diffonde notizie false, esagerate o tendenziose, per le quali possa essere turbato l'ordine pubblico, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a trecentonove euro»), un reato di pericolo la cui applicazione è stata interpretata dalla giurisprudenza in maniera piuttosto restrittiva, in teoria potrebbe ricorrere in qualche caso come nell'assenza di senso di equilibrio nelle esternazioni relative alla sicurezza vaccinale, per quanto la disposizione rinvii a questioni di non semplice risoluzioni quali l'evidenza scientifica, la falsità di una notizia, l'esagerazione, per non dir – a tacer dal riferimento all'ordine pubblico – dell'assai fumoso connotato della "tendenziosità". Considerazioni non molto diverse potrebbero farsi per l'art. 661 c.p. in tema di abuso della credulità popolare con turbamento dell'ordine pubblico. Ad ogni modo l'obbligatorietà disposta da una legge di una vaccinazione a tutela di un interesse collettivo come la salute sicuramente rientra astrattamente tra i casi che possono essere ricoperti da reati specifici atti a turbare l'ordine pubblico. Non è il caso di discutere in questa sede il fondamento dei c.d. reati di opinione. È sufficiente rilevare che la dottrina prevalente ritiene di poter individuare dei limiti costituzionali alla libertà di espressione in tal senso.

della concreta situazione del paziente<sup>84</sup>. Ancora più grave sarebbe la posizione di chi, contrario ai vaccini, all'atto materiale di somministrarli fingesse solo di inoculare il vaccino, in tal modo ingannando coloro che si sono sottoposti alla vaccinazioni (e coloro che eventualmente ne fanno gli interessi), creando un rischio relativo alla salute del (non) vaccinato e di terzi che non è frutto né di libera autodeterminazione (entro i limiti in cui può dirsi possibile<sup>85</sup>) né di un'impossibilità (clinica) di vaccinarsi; e che peraltro, sconosciuto il rischio a tutti, può indurre il vaccinato e i terzi a esporsi a pericoli anche gravi ritenendo erroneamente di esserne al riparo e comunque non consentendo agli interessati e alle autorità nell'esercizio delle proprie funzioni di predisporre le opportune cautele e misure previste dalla legge per i non vaccinati<sup>86</sup>. In tutte queste ipotesi si determinano delle violazioni, più o meno gravi, dei doveri professionali e degli obblighi assistenziali che possono condurre alla contestazione di reati, oltre che di illeciti disciplinari<sup>87</sup>.

Per concludere su questo punto, secondo le rispettive competenze, sul medico (di famiglia e quello preposto ai centri vaccinali), sul pediatra e, nei limiti in cui possono operare, sugli infermieri dei centri vaccinali<sup>88</sup>, gravano precisi doveri professionali per quanto riguarda le fasi precedenti le vaccinazioni (obbligatorie e raccomandate) e la fase della vaccinazione vera e propria (anamnesi-prevaccinale, comprensiva anche della storia familiare, oltre che personale del paziente; firma della documentazione; indicazione del vaccino da somministrare; materiale somministrazione). Rispetto a questo impegno non pare essere possibile invocare un'obiezione di coscienza intesa in particolare

<sup>84</sup> Qui si tratterebbe di una riserva mentale, ben diversa dai "convincimenti clinici" che, insieme alla coscienza, possono fondare in generale il rifiuto di una prestazione di opera da parte del medico, secondo l'art. 22 del codice di deontologia medica.

Le vaccinazioni obbligatorie possono essere omesse o differite ove sussista un accertato pericolo per la salute dell'individuo in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate che controindichino, in maniera permanente o temporanea, l'effettuazione di una specifica vaccinazione o di più vaccinazioni. Spetta al medico di Medicina Generale o dal pediatra di libera scelta attestare tali condizioni in coerenza con le indicazioni fornite dal Ministero della Salute e dall'Istituto Superiore di Sanità nella Guida alle controindicazioni alle vaccinazioni. Le sentt. Cass. civ. n. 5877 del 2004 e Corte Cost. n. 262 del 2004 affermano che occorre un pericolo reale per la salute individuale desumibile da fatti concreti perché si possa legittimamente dar corso all'inadempimento vaccinale da parte dei genitori del minore.

<sup>85</sup> Sul punto rilevante R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione di competenze legislative*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2008, 4964 ss., ove si nota (richiamando già la sent. Corte cost. n. 307 del 1990) che il diritto all'autodeterminazione più che inerire ad un rifiuto di un trattamento sanitario, viene in rilievo sotto il profilo della scelta libera e consapevole, quindi con maggior inerenza all'art. 13 Cost.

<sup>86</sup> La cronaca (in particolare facciamo riferimento ad una vicenda presso l'Asl 2 di Treviso) ha prospettato anche qualche caso, o presunto tale, di questo tipo, per cui attualmente è prassi che il somministrante proceda alle vaccinazioni alla presenza di un'altra unità di personale medico o para-medico per meglio assicurare la regolarità delle operazioni. Una questione posta da queste ipotesi è come provare la mancata vaccinazione, dal momento che processualmente occorrono prove o gravi indizi e che nel caso la via percorribile è unicamente la verifica delle percentuali di immunizzazione riscontrate nella cerchia dei pazienti assistiti dall'indagato (o imputato).

<sup>87</sup> In un caso, il più grave, di fraudolenta omissione di somministrazione delle vaccinazioni sono stati contestati i reati di falso ideologico e materiale, di rifiuto e omissioni di atti di ufficio da parte di pubblico ufficiale, e anche il peculato.

<sup>88</sup> A tale riguardo esiste un'evoluzione normativa significativa che qui non è possibile citare, nel senso comune di un significativo coinvolgimento di codesto personale.

come diritto a rifiutare l'esecuzione materiale della prestazione medica o dei doveri connessi riguardo ad una delle fasi prodromiche a prescindere che la vaccinazione sia obbligatoria o raccomandata<sup>89</sup>.

L'obiezione di coscienza, in generale, consente di sottrarsi a specifici obblighi, professionali o *latu sensu* istituzionali, in caso di conflitto con un proprio statuto individuale di regole e valori riconducibile alla coscienza dell'individuo, ma in concreto dipende dal bilanciamento con altri diritti e interessi<sup>90</sup>. E se è vero che, come in altri campi, in caso di rifiuto della prestazione altri potrebbero subentrare nella somministrazione delle vaccinazioni, dovrebbe prima ancora negarsi che il personale medico e paramedico possa obiettare, almeno nel nostro ordinamento, per una mera opzione ideologica. Più delicata è la questione relativa ad una contrarietà manifestata su dubbi che potrebbero avere un fondamento scientifico perché solo in tal caso, forse, potrebbe parlarsi di un travaglio etico riconducibile ad una libertà di coscienza. Certamente la coscienza è in via generale coartata nella misura in cui esista un turbamento nel caso di adempimento della prestazione. Tale turbamento non deve però poter derivare, ad avviso di chi scrive, da ignoranza, consapevole o meno, di risultanze scientifiche<sup>91</sup>. Il diritto all'obiezione dovrebbe fondarsi su un travaglio individuale ma che non può essere fondato su un'interpretazione personale delle basi scientifiche inerenti lo svolgimento della prestazione. Potrebbe pertanto ancorarsi a dubbi inerenti ai diversi gradi delle evidenze scientifiche, ad esempio adottando l'ottica di posizioni scientifiche minoritarie, per quanto non assolutamente marginali. Allo stato non sembrano esistere tanto evidenze scientifiche su cui chi è contrario ai vaccini possa appoggiarsi quanto piuttosto (minoritarie) posizioni scientifiche che invocano cautela e prudenza soprattutto nella fase della somministrazione. Ed è proprio a questa prudenza e a questo scrupolo che è chiamato il personale pediatrico, il medico di libera scelta e gli operatori dei servizi vaccinali, piuttosto che ad invocare una qualche forma di obiezione<sup>92</sup>. Tuttavia, non è possibile ignorare che esistono posizioni scientifiche minoritarie che avanzano dubbi anche relativamente ad aspetti non attinenti alla disciplina della somministrazione, anche se tali posizioni non trovano riscontro nella documentazione

<sup>89</sup> A tale proposito va ricordato che in effetti in passato venne riconosciuto in Gran Bretagna una obiezione di coscienza, con due leggi del 1898 e del 1907 con conseguente crollo delle coperture vaccinali salvo in Scozia e Irlanda dove l'obiezione non venne quasi praticata.

<sup>90</sup> V. BALDINI, *Obiezione di coscienza e ... altri diritti*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2017, 1 ss. Sul tema ancora di notevole interesse S. MANGIAMELI, *La "Libertà di coscienza" di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche. (a proposito dell'autorizzazione del giudice tutelare all'interruzione della gravidanza del minore)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1988, parte II, 523 ss.

<sup>91</sup> In senso analogo L. MUSSELLI, C.B. CEFFA, *Libertà religiosa obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, II ed., Torino, 2017, 132.

<sup>92</sup> Esiste una "Guida alle controindicazioni alle vaccinazioni", redatta da esperti e a cui rinvia il sito dell'ISS. Il sito del suddetto Istituto afferma che per la raccolta delle informazioni precedenti alla somministrazione «sono sufficienti una serie di precise e semplici domande, utilizzando una scheda anamnestica standardizzata. Non è invece necessario misurare la temperatura o eseguire una visita medica prima della vaccinazione, salvo che la persona non appaia ammalata o riferisca una malattia in corso e sia, quindi, opportuno valutare se eseguire comunque la vaccinazione. Allo stesso modo, non sono richiesti esami di laboratorio o altri accertamenti diagnostici da eseguire di routine prima della vaccinazione».

degli organismi internazionali di settore e quindi ragionevolmente dovrebbero restare prive di conseguenze sul piano pratico<sup>93</sup>.

Va notato incidentalmente, quanto all'esenzione delle vaccinazioni, che la necessità di perseguire l'immunità di gregge sia per le vaccinazioni raccomandate che obbligatorie determina in fatto margini di discrezionalità molto ristretti perché non si sfugge, pena la vanificazione delle campagne vaccinali, all'esigenza che quasi l'intera popolazione debba essere vaccinata e che le esenzioni siano riconducibili ad assai limitate e ben motivate eccezioni. Proseguendo in questa linea di ragionamento, la statistica suggerisce che tali eccezioni verrebbero in sostanza ad esaurirsi nei casi di persone non vaccinabili. Di conseguenza non è difficile accorgersi che la differenza tra le tanto paventate "vaccinazioni di massa", stigmatizzate e temute da parte della comunità scientifica, e la cui pratica affiora anche in talune sentenze di condanna a risarcimenti a carico dello Stato, e le sicure ed efficaci vaccinazioni massicce (ma non indiscriminate) che in fatto sono necessarie per conseguire l'obiettivo loro proprio non verrebbero in definitiva tanto a differenziarsi tanto se non per *quomodo* e il *quando* della somministrazione della vaccinazione al singolo individuo piuttosto che per il *se* della vaccinazione<sup>94</sup>. E che in definitiva la scelta del differimento e la frequenza con cui vi si ricorre è probabilmente la maggiore variabile in tema.

In conclusione, la discrezionalità del personale professionalmente coinvolto nelle vaccinazioni dovrebbe giocarsi nella scelta motivata caso per caso, mentre gli spazi per contestare da parte degli operatori la sicurezza, l'efficacia o l'utilità dei vaccini sembrano difficilmente percorribili e andrebbero lasciati al piano scientifico, a cui competono gli studi, le ricerche e le sperimentazioni che contribuiscono alla formazione delle evidenze scientifiche. Da queste potrebbe per ipotesi giungere una base di conoscenza che potrebbe indurre un travaglio etico. Allo stato tuttavia, pure tutto considerato (reazioni avverse, c.d. danni da vaccino e i problematici scenari che esporremo nel paragrafo conclusivo) non è semplice ammettere un'obiezione di coscienza relativamente a farmaci che per giudizio pressoché unanime vantano il profilo di sicurezza più alto e uno straordinario rapporto costi-benefici. Gli stessi piani di vaccinazioni, nonostante alcune contestazioni, si ritengono generalmente costruiti su solide evidenze scientifiche. Il personale medico opera in una sfera dell'amministrazione e non può produrre le c.d. verità di conoscenza ma può avere un ruolo importante di concorrere indi-

<sup>93</sup> Tra l'altro tali posizioni sarebbero oggetto di contestazioni disciplinari. Secondo le più recenti prese di posizione dell'Ordine nazionale dei medici le vaccinazioni debbono essere considerate «trattamenti scientificamente fondati e di comprovata efficacia» (di cui parla il Codice deontologico, all'art. 13) dai quali il medico può e non deve sottrarre la persona assistita, se non negli spazi limitatissimi, riconosciuti dalla legge, come si evince anche dall'art. 12 che dispone che «Le prescrizioni e i trattamenti devono essere ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche anche al fine dell'uso appropriato delle risorse, sempre perseguendo il beneficio del paziente».

<sup>94</sup> Ancora. Potrebbe ulteriormente notarsi che se l'immunità di gregge è fondamentale perché il sistema operi correttamente, l'affermazione di massima, oggetto di consenso unanime, per cui chi riceve il vaccino deve essere una persona ben seguita e che risulti in buono stato di salute, potrebbe in fatto porre non semplici dilemmi atti a gravare sul rapporto benefici/rischi individuale in nome di un interesse più generale. Nei fatti ciò varrebbe soprattutto per i momenti in cui è comprovato dall'afflusso dei dati un significativo calo delle vaccinazioni tale che urge porre rimedio in tempi brevi.

rettamente alla formazione delle evidenze scientifiche, con la scrupolosa raccolta e sollecito invio secondo le norme di legge delle segnalazioni relative a reazioni avverse prodottesi<sup>95</sup>.

Andrebbero, pertanto, chiaramente distinte le posizioni delle comunità scientifiche da quelle professionali (per quanto partecipate anche da scienziati). Una discussione scientifica sui vaccini dovrebbe essere la più libera e completa possibile ma non può che essere portata avanti in contesti scientifici, e che le società scientifiche o gli organi di governo della ricerca scientifica più di altri sono i luoghi deputati a dichiarare lo stato delle risultanze scientifiche.

Infine, affatto diversa da come si pone per il personale medico e paramedico è la questione di un rifiuto a sottoporsi o sottoporre la persona di cui si ha cura alla somministrazione. Questa questione va risolta sempre sul piano del diritto positivo (italiano) vigente. Allo stato esistono vaccinazioni obbligatorie per legge ma non la coercibilità (o coattività, che dir si voglia) della prestazione, ormai incompatibile con il quadro sovranazionale e internazionale<sup>96</sup>. Al mancato rispetto degli obblighi corrispondono delle sanzioni e, comunque, delle reazioni dell'ordinamento. I cittadini contrari alle vaccinazioni generalmente adducono motivazioni ideologiche, di principio o religiose<sup>97</sup>, o contestano i vaccini alla luce di una presunta inutilità, dannosità o inefficacia, o stigmatizzano gli interessi commerciali sottesi. Tale ultimo argomento, sulla cui validità intrinseca già ci siamo soffermati, non potrebbe in ogni caso avere un rilievo autonomo, se non accompagnato da una contestazione ai vaccini in termini di sicurezza e dannosità perché diversamente sarebbe una mera contestazione dell'uso del denaro pubblico priva di rilievo specifico. Tuttavia, per le ragioni già discusse per i professionisti in campo sanitario e che, doveri d'ufficio a parte, valgono ancor più per il comune cittadino, è possibile sottrarsi agli obblighi soltanto affrontando le conseguenze, sanzionatorie e non, previste dalla legge. Gli Stati nei quali esisteva un atteggiamento di tolleranza rispetto alle convinzioni relative ai vaccini vantavano una eccellente copertura vaccinale (nel caso degli Stati Uniti attorno al 97%, ben superiore all'immunità di gregge), grazie al sistema dell'informazione e della persuasione. Di fronte ai recenti dati in netto calo, diversi Stati o entità federali hanno introdotto misure più severe come il rifiuto di ammettere a scuola bambini non vaccinati (es. per gli Stati Uniti dal 2015 la California e poi il Mississippi<sup>98</sup>), che è la via seguita anche in alcuni paesi europei. In Germania, in carenza di obblighi, è stato disposto dal 1 giugno 2017, limitatamente al morbillo, il divieto di ammissione dei bambini negli asili se non vaccinati e il sistema, che tradizionalmente fa ampio affidamento sulla responsabilizzazione individuale contemplando precisi doveri dei genitori di acquisire informazioni presso le autorità, è

<sup>95</sup> Come previsto dall'art. 12 del citato Codice deontologico.

<sup>96</sup> Nel sistema Edu i trattamenti sanitari, quando imposti e/o privi di consenso informato, sono concepiti come interferenze alla vita privata e un trattamento non può essere imposto a chi lo rifiuta. Allo stesso modo il diritto all'integrità fisica e psichica della persona, oggetto dell'art. 3 della Carta Ue (e a sua volta rinviante alla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina), implica il libero e consapevole consenso dell'interessato. È noto come negli ultimi anni gli sviluppi normativi e giurisprudenziali hanno reso queste previsioni parametri di legittimità, secondo le peculiarità dell'ordinamento di provenienza, per le norme interne. Discorso a parte andrebbe fatto per la Carta sociale europea il cui art. 11 prevede che la parti si impegnino all'adozione di misure volta "a prevenire, per quanto possibile, le malattie epidemiche, endemiche e di altra natura, nonché gli infortuni".

<sup>97</sup> Utili riferimenti in L. PEDULLÀ, *Profili costituzionalistici in materia di vaccinazioni: uno sguardo comparatistico*, cit., 10.

<sup>98</sup> In California si sono registrati molti casi di morbillo a Disneyland, a seguito dei quali il Governatore ha reso obbligatori nove vaccini per l'iscrizione a scuola e in soli due anni le coperture sono aumentate del 5%.

stato rafforzato e assistito con significative ammende. Tale spunto ci consente di osservare che l'acquisizione di informazioni andrebbe essere adeguatamente procedimentalizzata per non diventare un improprio strumento per eludere la somministrazione delle vaccinazioni<sup>99</sup>.

## 6. Riflessioni conclusive su un tema sensibile

Le vaccinazioni costituiscono per il giurista un argomento non semplice da maneggiare perché impregnato di connotazioni tecniche e dove la rilevazione delle evidenze medico-scientifiche presenta difficoltà per il "profano". Inoltre, si tratta di un tema altamente sensibile sul piano sociale e comunicativo<sup>100</sup> e sul quale, perciò, ogni scienza che è chiamata a cimentarsi dovrebbe farlo il più possibile con affermazioni precise e circostanziate, particolarmente improntate alla prudenza e alla responsabilità, tenendo lontani i rischi degli ideologismi. Probabilmente la massima parte delle comunità scientifiche investite dal tema potrebbe ritrovarsi nella seguente affermazione, di Roberto Burioni, contenuta nel suo noto libro "Il vaccino non è un'opinione": «insomma, in ogni momento si corrono dei rischi, e questo è inevitabile. L'importante, in tutte le cose, è poterne capire l'entità, in modo da fare scelte avvedute e non andare incontro a pericoli notevoli per evitare rischi che al contrario sono minimi. Per esempio, sono certo che in alcuni incidenti automobilistici i passeggeri delle auto sono morti *a causa* delle cinture, che magari non hanno consentito loro di sfuggire prontamente a un pericolo. Però so benissimo che moltissimi di più sono quelli che hanno avuto la vita salva grazie a questi importanti dispositivi di sicurezza. Dunque, decido di farne uso, allacciandoli, scegliendo in questo modo il rischio minore» (corsivo nostro).

Quando uno studioso di chiara fama ma talora discusso, anche per le sue posizioni sui vaccini, come Montagnier, pur senza parlare di rapporto causa-effetto, attribuisce ai vaccini possibili effetti deleteri che si produrrebbero sul cervello riguardo a «fattori scatenanti di situazioni pre-esistenti» in realtà non afferma qualcosa di molto differente da quanto asserito da Roberto Burioni, sempre nel suo libro: «un bambino ha dei difetti genetici, o congeniti, che causeranno l'epilessia, e il vaccino semplicemente li svela, senza avere alcun ruolo nel causarli o nell'aggravarli. Se il problema non fosse svelato dal vaccino, a farlo sarebbe uno degli innumerevoli stimoli che sono in grado di suscitare una crisi convulsiva (videogiochi inclusi)». In tal modo la questione si sposterebbe sull'eventualità o ineluttabi-

<sup>99</sup> Cfr. la pronuncia-ordinanza (cautelare) del T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 5 aprile 2018, n. 133, laddove accoglie l'istanza dei genitori di un bambino non vaccinato bloccando il provvedimento di esclusione dal minore dalla scuola per non aver completato l'*iter* vaccinale. Ma tale pronuncia non può essere intesa per trarre un principio generale secondo cui spetti ai genitori decidere quando ritenere assolti gli obblighi informativi previsti dalla legge. Le iniziative di comunicazione e informazione istituzionale per illustrare e favorire la conoscenza delle disposizioni e per promuovere un'adesione volontaria e consapevole alle vaccinazioni (art. 2, co. 1 del decreto n. 73 del 2017, poi convertito nella legge n. 199 del 2017) dovrebbero incontrare procedimentalizzazioni atte a scongiurare interessi dilatori che si tradurrebbero in un'obiezione di fatto. Infatti, correttamente, la decisione *de qua* richiama la normativa che fissa il termine per concludere l'*iter* avviato con l'Azienda Sanitaria in ogni caso, a carico di quest'ultima, «entro la fine dell'anno scolastico in corso» (o la conclusione del calendario annuale dei servizi educativi per l'infanzia e dei corsi per i centri di formazione professionale regionale, con rinvio all'art. 3, co. 1 della legge n. 119 del 2017).

<sup>100</sup> V. ora L. FORNI, *I vaccini per i minori tra salute pubblica e giustificazione di scelte individuali. Argomenti e riflessioni critiche su un tema controverso*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 325 ss.

lità di tale insorgenza<sup>101</sup>. Sebbene non manchi chi nelle scienze sociali presenti il tema come non seriamente controverso, l'indagine del giurista si rivela irta di ostacoli. Affermazioni come quelle appena citate tuttavia rilevano una via d'uscita: per la gran parte dei profili discussi le distanze tra le posizioni degli esperti sembrano più di enfasi e di accento, certamente frutto di un diverso approccio, più "olistico" e attento al ruolo delle norme igieniche e allo stato del sistema immunitario, per la biologia, che non dipendenti da un grave ed effettivo divario. In ambito scientifico non esistono posizioni contrarie ai vaccini in quanto tali, ma vengono prospettate questioni relative alla sicurezza e, in qualche caso, all'efficacia dei vaccini in relazione a come concretamente è prevista e praticata la somministrazione, o si ritiene lo sia. Contestazioni di altro tipo, più frontali, ai vaccini, ad esempio al modo in cui sono composti, sono allo stato del tutto marginali, e generalmente viene negato che in futuro possano trovare un qualche grado di evidenza scientifica<sup>102</sup>. Sebbene spesso esternino gli ordini professionali, che non sono società scientifiche, le divergenze tra le comunità disciplinari e, in misura minore, al loro interno non possono dirsi del tutto assenti e tanto basta perché il giurista impegnato nell'analisi di alcuni profili giuridici dipendenti da risultanze scientifiche venga a trovarsi in una situazione definibile epistemologicamente come di "verità controversiale", ovvero nell'incapacità di stabilire tra i due litiganti abbia i migliori argomenti e, prima ancora di comprendere al meglio le ragioni, quali siano le fonti più affidabili, depositarie di conoscenze tecnico specialistiche (molto lontane dalla cassetta degli attrezzi del giurista e delle scienze sociali). Solo chi ha una visione astratta della scienza può meravigliarsi dell'esistenza di profili magari marginali ma significativi che restano controversi e che costituiscono il sale della scienza (vedi *supra* alla nota n. 24). Con la sent. n. 84 del 2016, in tema di destinazione degli embrioni crioconservati alla ricerca scientifica, la Corte costituzionale ha affermato, anche se in modo non lineare e comunque ricevendo non poche critiche, che quando la scienza è divisa la Costituzione è obbligata a restare silente<sup>103</sup>, alla quale posizione è stato replicato che ciò non esclude che a "parlare" possa essere il legislatore, assumendosene i rischi<sup>104</sup>. Nella materia che trattiamo il legislatore è sembrato investito da scarsissimi dubbi e ha effettuato le sue scelte su un oggetto delicato forte di convinzioni che già incontravano una disciplina prudente e attenta sul versante della somministrazione dei vaccini e delle sue eccezioni. La scelta dell'obbligatorietà, più che dipendere dalle idee in questione (come poi ha finito per apparire, per ragioni politiche) era motivata dalla necessità di ritornare a livelli di copertura di sicurezza in tempi brevi. Quando il legislatore ha assunto un atteggiamento più problematico, come nella correlazione tra vaccini e diritto(-dovere) all'istruzione, non lo ha fatto in base a dei retrostanti dubbi scientifici ma entro valutazioni di tipo giuridico rimontanti alle necessità del bilanciamento tra diritti, e tra diritti e interessi costituzionalmente garantiti. L'atteggiamento del legislatore italiano alla fine è risultato molto equilibrato, non ri-

<sup>101</sup> «Al massimo, in un caso ogni 100 mila, il vaccino può anticipare l'autoimmunità in soggetti che l'avrebbero comunque sviluppata come conseguenza dell'infezione naturale» secondo le affermazioni della dott.ssa Caterina Rizzo, ricercatrice presso il Dipartimento di Malattie infettive dell'Istituto superiore di sanità. Dossier a cura di Paola Rinaldi pubblicato sul sito di Famiglia Cristiana il 07/08/2018, reperibile *online*.

<sup>102</sup> In fase di rilevazione, analoga alla nostra, ritiene l'evidenza di natura scientifica sulla sicurezza ed efficacia dei vaccini abbondante, assodata e condivisa lo scienziato della politica M. Ferrera, in ID., F. D'AGOSTINI, *La verità al potere*, cit., 66-67.

<sup>103</sup> Concludendo infatti, in tal caso, con una decisione di inammissibilità della questione.

<sup>104</sup> A. RUGGERI, *Intervento*, cit., 26.

gido. L'obbligo viene ribadito ma, relegato da tempo in soffitta la coercibilità, le stesse sanzioni giuridiche sono scarse e blande, puntandosi più che altro su leve non sanzionatorie come le rinunce a vantaggi di altro tipo, consistenti anche in facoltà derivanti da diritti costituzionali, come nel caso dell'istruzione non obbligatoria.

Il fatto che il giurista continui a rilevare che sussistono alcuni punti di contrasto scientifico rimontanti a scienze non sociali su aspetti non proprio marginali della concreta disciplina delle vaccinazioni (il numero complessivo, l'opportunità riguardo la previsione di singoli vaccini o circa la somministrazione combinata di vaccini e così via), che rinviano ad alcune diversità di vedute sul complesso mondo dei vaccini, è sufficiente per suggerire che sarebbe opportuno e proficuo innanzitutto abbassare i toni del dibattito pubblico più ampio e innalzare ulteriormente il tono nelle singole comunità scientifiche e tra le comunità scientifiche, per limitare ulteriormente il dissenso<sup>105</sup>. Il lavoro del giurista si avvantaggerebbe sicuramente della promozione di ricerche controllate e indipendenti sui temi e sui profili maggiormente controversi sia nella valutazione delle politiche pubbliche in termini di diritto positivo che *de jure condendo*, per il ruolo centrale che ha nel campo l'evidenza scientifica. Nel frattempo, appare meritevole di essere richiamata la presa di posizione di un secondo organo giurisdizionale di ben maggiore impatto rispetto a quella appena richiamata, che pare raccogliere quegli spazi di sovrapposizione di posizioni spesso presentate come inconciliabili e che abbiamo citato per estero. La sentenza CGUE, sez. seconda, causa C-621/15, *W e altri c. Sanofi Pasteur M.S.D. e altri*, del 21 giugno 2017 sembra in effetti adottare un'ottica diversa, non necessariamente ancora all'evidenza scientifica ma ad una qualche forma di causalità, ragionando sull'emergenza di una malattia *in occasione* di una somministrazione ma anche *a causa* della medesima, sia pure intesa questa causalità in un senso affatto particolare. La Corte, investita in via pregiudiziale dalla Corte di Cassazione francese sull'interpretazione da fornire ad un articolo di una direttiva europea in tema di responsabilità per danni da prodotti difettosi<sup>106</sup> ha ritenuto che a certe condizioni si possa prescindere dal consenso scientifico, se tale consenso manca. In particolare, il difetto di un vaccino o il nesso di causalità tra il vaccino e una data malattia potrebbero essere provati, secondo il discorso teorico e argomentativo portato avanti dalla sentenza, con un complesso di indizi «gravi, precisi e concordanti» che il singolo giudice nazionale deve poter, volta a volta e senza automatismi basati su presunzioni, apprezzare per giungere ad una decisione che ritenga «con un grado sufficientemente elevato di probabilità» che la conclusione relativamente al nesso causale corrisponda alla realtà (quale «spiegazione più plausibi-

<sup>105</sup> In quest'ottica, piuttosto tradizionale, i contrasti diventano sempre più puntuali e l'area di consenso aumenta. Ad un certo punto potrebbe doversi prendere atto che i contrasti residui derivino irriducibilmente, per il concetto V (vaccinazioni), dalla diversità di oggetto e metodo, e in ciò consisterebbe il problema delle vaccinazioni dal punto di vista della c.d. scienza totale, ovvero l'impresa scientifica nella sua totalità. Su questo concetto v. ad es. F. D'AGOSTINI, *Realismo?*, Torino, 2013, 154. In tal modo si pone la questione della decisione sui metodi pertinenti, da condividersi a monte per individuare le prove cruciali, G. CORBELLINI, *Scienza*, cit., 70. Quest'ultimo autore, in un'ottica diversa, afferma che l'esperienza della storia della scienza dimostra che le divergenze scientifiche aumentano man mano che si entra nei dettagli, sia teorici che pratici (*ivi*, 69). Da questo punto di vista le divergenze su alcuni profili secondari (ma non marginali) in tema di vaccinazioni sarebbero effetto inevitabile di un sostanziale accordo di fondo sul tema, che in effetti ci è sembrato di poter ravvisare.

<sup>106</sup> Art. 4 della dir. 85/374/CEE del Consiglio 25 luglio 1983 in tema di "Riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danni da prodotti difettosi".

le»). Alla luce degli esempi offerti dalla Corte nella sentenza si esclude pertanto la necessità di rinvenire una causalità propriamente scientifica (*rectius*: scientifico-medica) e la Corte lo rivendica esplicitamente come via per rendere risarcibili molte situazioni nelle quali ritiene che sarebbe difficile o impossibile sostenere la responsabilità del produttore. La decisione, nell'affermare la sufficienza di un nesso di causalità meramente giuridico (parla di prova «giuridicamente sufficiente»), ha fatto scalpore ed è stata ripresa ampiamente anche dai *media* ma è frutto di una peculiarità di approccio della direttiva che è da tempo all'attenzione della dottrina<sup>107</sup> e che purtuttavia ha la sua importanza per il ruolo assunto dal diritto comunitario e per l'angolo visuale da cui guarda ai vaccini, come prodotto (e non come trattamento). Inoltre, per quanto resti discutibile sul piano giuridico, essa non solo è consonante con le conclusioni delle Corti di Cassazione, anche italiana (da cui è mutuata, adattandola alla logica del diritto comunitario), che parlano di «probabilità scientifica», o di indizi «gravi, precisi e concordanti» (richiamando ad es. il nostro art. 192 c.p., in tema di valutazione della prova e di prova c.d. indiziaria ai fini dell'accertamento di un reato), ma è tutt'altro che peregrina alla luce del dibattito scientifico-medico. Abbiamo infatti rilevato l'esistenza di un consenso scientifico sostanziale che sembra far capolino oltre le apparenti divergenze e che parrebbe così formulabile: in occasione della somministrazione di un vaccino può emergere una malattia (qui non entriamo nel merito ovviamente di quale malattia) di cui il vaccino potrebbe considerarsi solo causa *immediata* del suo erompere. Il vero punto di discussione verrebbe a spostarsi sulla circostanza che la patologia sarebbe comunque

<sup>107</sup> La sentenza è stata criticata in quanto ritenuta antiscientifica ad es. dal Presidente dell'Istituto superiore di Sanità, Walter Ricciardi. Va considerato che la responsabilità che fonda non è quella classicamente extracontrattuale, anche se non afferma neanche una responsabilità puramente oggettiva. La sentenza fa riferimento, esemplificativamente, alla pregressa storia clinica del paziente e dei suoi familiari, alla prossimità temporale tra la somministrazione del vaccino e l'insorgenza della patologia o all'esistenza di una casistica *significativa* di casi repertoriati relativi a tale insorgenza temporalmente successiva alla somministrazione del vaccino. Quanto alla prossimità temporale tra vaccino e insorgenza della malattia evidentemente non indica un nesso casuale in senso scientifico e la significatività della casistica sembra essere intesa in senso puramente statistico e peraltro indefinito. In effetti la comunità scientifica internazionale avrebbe individuato ben nove criteri per stabilire una correlazione tra evento (nel caso la somministrazione del vaccino) e la malattia e da quest'ottica la sentenza lascerebbe molto a desiderare perché non vi si ritrova alcun accertamento in tal senso. La casistica sembra avere una natura davvero solo esemplificativa, non parametrica, e del resto la sentenza è esplicita nel senso che la pretesa di risarcimento non richiede una causalità di tipo scientifico. In ogni caso dalla decisione emerge una valorizzazione dei poteri istruttori dell'organo giudicante e sarebbe auspicabile che il giudice resti il più possibile aderente alle evidenze scientifiche. La questione della scientificità degli argomenti indiziari e dei processi indiziari è del resto tutt'altro che nuova: sul tema, dall'angolo visuale delle scienze mediche vedasi le stimolanti notazioni di G. CORBELLINI, *Scienza*, cit., 114 ss. Se la direttiva su cui si basa la sentenza non avesse un'impostazione così peculiare dovrebbe dirsi che il campo di elezione del principio di precauzione è a monte, nella fase di sperimentazione di un vaccino che precede la sua commercializzazione (ammesso che tali prove possano davvero darsi per il tempo e le risorse che richiederebbero...). La pericolosità di un vaccino non dovrebbe poter essere affermata a valle, e in via indiziaria, dopo che tutti i controlli programmati, frutto di sperimentazioni, hanno concluso per la (relativa) sicurezza come definita dalle normative di settore. Piuttosto andrebbe rafforzato il sistema dei controlli dopo l'avvio della commercializzazione. Può utilmente ricordarsi che un farmaco o un vaccino hanno un costo medio della ricerca di un miliardo di dollari e circa 12 anni di lavoro di ricerca prima della (eventuale) commercializzazione.

emersa e l'ipotesi che prospetta il contrario, e a tale proposito l'opinione citata di Roberto Burioni offre spunti<sup>108</sup>.

Quanto alla sentenza che commentiamo, in conclusione non delinea un'ipotesi di responsabilità oggettiva del produttore quanto una forma di responsabilità (diversa da quella extracontrattuale) del produttore riconducibile al vaccino sia pure in forme diverse da una prova scientifica (scientifico-medica) in senso proprio.

Questi sviluppi, sicuramente problematici, e in generale la delicatezza del tema sollecitano l'intervento di ulteriori studi scientifici. Certamente, se esistessero dei profili di sicurezza o di efficacia dei vaccini da dibattere in generale e non solo alla luce di come concretamente vengono effettuate le somministrazioni, saremmo nel campo dell'azione del principio di precauzione<sup>109</sup> il quale però, non va dimenticato, nel nostro caso si pone in maniera affatto peculiare perché si dovrebbe convenire che le mancate vaccinazioni – o almeno quelle ritenute particolarmente utili dalla scienza – avrebbero un alto costo umano. Di conseguenza sarebbe molto delicata, ed anche poco socialmente comunicabile, un'analisi costi-benefici. In via generale, il principio di precauzione, quale espressione tecnica della virtù della prudenza (come dimenticare che il diritto è *juris prudentia*?), predilige le ragioni della sicurezza in nome della salute a fronte di un progresso tecnico che appare, però, rischioso con riferimento a prevedibili profili pericolosi, anche se non ancora concretizzati. Il dibattito si sposterebbe allora sulle congetture, e non è il caso qui di affrontare il tema. Può notarsi la specificità della questione: nel caso dei vaccini non si tratta di rinunciare ad un progresso tecnico coi suoi benefici quanto di fronteggiare un'ostilità per così dire attiva della realtà, ovvero uno stato di cose in cui l'essere umano vive a contatto di grandi insidie quali sono sempre state le malattie infettive. Il principio di precauzione da questo punto di vista resterebbe espressione di un principio di "non maleficenza" ma è tutto da dimostrare che la sua occupazione del campo avrebbe conseguenze meno ... malevole.

Perciò, se appare ragionevole secondo l'attuale stato delle conoscenze alla luce del rapporto costi/benefici da queste prospettate, resistere all'idea-limite che tutte le vaccinazioni tecnicamente possibili andrebbero incentivate dallo Stato (spingendo al punto di rottura il modello britannico, basato su molte vaccinazioni ma raccomandate), d'altro canto, l'ideale sarebbe migliorare ulteriormente, se possibile, i protocolli di sicurezza in fase di sperimentazione dei vaccini, diffondendo i relativi risultati e sottoponendoli alla discussione scientifica, cui spetta la decisione finale sull'efficacia del vaccino. Su questa base di conoscenza, arricchita di notazioni statistiche, il politico può a sua volta effettuare le sue determinazioni e sottoporsi al circuito della responsabilità politica. Sapendo che se viene messo a punto un nuovo vaccino efficace anche i tempi di sperimentazione, come i tempi di discussione e di decisione, hanno un costo, il quale va bilanciato con il (presunto) beneficio che nelle more non viene acquisito.

<sup>108</sup> Potrebbero usarsi però in senso piuttosto generico le espressioni "potenzialità" o "latenza" e simili, del resto a loro volta soggette a essere declinate secondo diverse sfumature.

<sup>109</sup> Tradizionalmente esso afferma che ove vi significativi rischi che si produca un danno serio e irreversibile l'assenza di certezze scientifiche non deve essere utilizzata come una motivazione per impedire l'adozione di misure di prevenzione. V. *infra* nel testo.

Su un piano, diverso, relativo ad una valutazione delle soluzioni vigenti pare giustificarsi ancora, in base ad una analisi costi-benefici, il proposito di concentrarsi sull'obiettivo generalmente condiviso di ristabilire e preservare stabilmente l'immunità di gregge per le vaccinazioni per le quali è previsto un intervento attivo dello Stato (nel nostro caso innanzitutto obbligatorie o raccomandate), purtuttavia auspicando in primo luogo che vi sia una valutazione periodica circa le vaccinazioni più utili e da incentivare in forma specifica, senza escludere la ricorrenza di presupposti che ne suggeriscano la obbligatorietà.

Abbiamo rilevato come nella pratica delle vaccinazioni generali la differenza non sia grande, data la necessità di una copertura quasi totale della popolazione<sup>110</sup>, ma il regime della obbligatorietà giuridica, pur nel suo attuale modo d'essere, tutt'altro che draconiano, non appare la migliore premessa per valorizzare al meglio quella funzione informativa e persuasiva che pure viene comprensibilmente rafforzata dalle disposizioni.

Per questa ragione, appena le condizioni (non emergenziali, ma serie) lo renderanno possibile<sup>111</sup>, parrebbe opportuno tornare alla tecnica delle raccomandazioni giuridiche<sup>112</sup>, come previsto già dalla legge per alcuni vaccini, magari generalizzando il modello in direzione di un c.d. obbligo flessibile, inteso come un sistema di raccomandazioni che si tramuta in obblighi solo al verificarsi di determinate condizioni, a salvaguardia dell'obiettivo di tenere alte le coperture, rafforzando l'informazione, la persuasione, la condivisione e puntando decisamente su un atteggiamento simpatetico e collaborativo. La flessibilità vivrebbe con la controassicurazione di poter tornare temporaneamente a strategie più incisive in caso di calo delle coperture vaccinali graduale oltre un certo limite o repentino<sup>113</sup>. Il modello della raccomandazione potrebbe essere altresì rafforzato con ulteriori leve delle quali dovrebbe comunque verificarsi previamente la compatibilità con la Costituzione<sup>114</sup>.

<sup>110</sup> Se si concorda, come generalmente avviene, che non debba mai venir meno l'esigenza di una scrupolosa anamnesi individuale e caso per caso rispetto alla possibilità, all'utilità e alla sicurezza di procedere alla somministrazione del singolo vaccino, anche il metodo della raccomandazione non mette al riparo dall'eventualità che l'immunità di gregge si raggiunga a costo di una certa leggerezza (o, se si preferisce, a delle forzature) sul piano della persuasione, come abbiamo avuto modo di rilevare a proposito dei dilemmi delle problematiche inerenti la funzioni informativa e involgenti il c.d. consenso informato.

<sup>111</sup> Gli ultimi dati già fatto registrare un sensibile aumento delle coperture vaccinali in qualche caso con ripristino dell'immunità di gregge da mettere in correlazione non solo con gli effetti della legge ma anche con il contrasto alla disinformazione che opera su diversi piani (governi, Commissione europea, Autorità, etc.) e che ormai coinvolge, a pieno titolo, gli stessi social network.

<sup>112</sup> In tal senso anche A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà*, cit., 95.

<sup>113</sup> Relativamente ai cali improvvisi, esiste una casistica rilevante a livello internazionale dal Giappone (2013-2015, relativamente al papilloma virus) alla Russia (in quest'ultimo caso, nel 1993, relativo alla difterite, con esiti drammatici), ma negli ultimi anni le trasformazioni del circuito della comunicazione (con conseguenti allarmismi dovuti a *fake news*) rendono tutt'altro che remota la possibilità.

<sup>114</sup> In altra sede è stata proposta una soluzione alla australiana, ovvero con la perdita di benefici di natura fiscale, M. PLUTINO, *Le vaccinazioni, una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, cit., 422. Sembra far cenno a questa possibilità il Presidente della Regione Campania quando, con riferimento al paventato rinvio del ristabilimento della piena obbligatorietà sui vaccini (la proroga dell'obbligo di presentare i certificati di avvenuta vaccinazione, di cui abbiamo parlato nel testo) ha affermato che avrebbe verificato gli spazi per escludere le famiglie inadempienti dalle misure sociali di sostegno che rientrano nelle competenze della Regione, a cominciare dal contributo per gli asili nido.

# Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione. Il caso della salute mentale

Valentina Gastaldo\*

MANDATORY HEALTH TREATMENTS AND CONSTITUTION. THE CASE OF MENTAL HEALTH

ABSTRACT: The work aims to examine the delicate issue of legitimacy of mandatory health treatments and the use of mechanical restraint in psychiatric studies, focusing on the assumptions of their application.

KEYWORDS: Treatments; health; physical restraint; human dignity; mayor

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La legislazione sulla salute mentale – 3. La nozione di Trattamento sanitario obbligatorio e di salute – 4. I trattamenti sanitari obbligatori nella Costituzione. Il rapporto tra la salute individuale e della collettività – 5. Il provvedimento del Sindaco in materia di trattamenti sanitari obbligatori – 6. Trattamenti sanitari obbligatori e contenzione. Limiti costituzionali – 7. Conclusioni

## 1. Introduzione

La tutela dei soggetti affetti da malattie mentali e il rispetto della loro dignità hanno rappresentato, per lungo tempo, temi di grande interesse sia per la dottrina<sup>1</sup> che per la giurisprudenza<sup>2</sup>. La tematica dei trattamenti sanitari obbligatori si intreccia, infatti, indissolubilmente

\* Professore a contratto di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Parma. Mail: [valentina.gastaldo@unipr.it](mailto:valentina.gastaldo@unipr.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Particolarmente significativi risultano i contributi di L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e Società*, 1979; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e Società*, 1980; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e Società*, 1984.

<sup>2</sup> Sono numerose le sentenze che si sono occupate, soprattutto a partire dagli anni Novanta, dei principi costituzionali ritenuti vigenti in materia di trattamenti sanitari obbligatori. Si pensi ad esempio alle sentenze della Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro italiano*, I, 1990, 2694 (in tema di danni conseguenti all'obbligo di vaccinazione antipoliomielitica); 2 giugno 1994, n. 218, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, 1812 (relativa ad accertamenti sanitari obbligatori dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività lavorative che comportino rischi per la salute di terzi); 23 giugno 1994, n. 258, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, 2097 (relativa all'omessa previsione nelle norme che impongono l'obbligo di vaccinazione di accertamenti preventivi volti alla verifica della sussistenza di eventuali controindicazioni alle vaccinazioni); 18 aprile 1996, n. 118, in *Foro Amministrativo*, 1996, 2825 (sul diritto ad un equo ristoro del danno patito al soggetto che aveva subito un danno a causa di un trattamento sanitario obbligatorio (vaccinazione antipoliomielitica obbligatoria) disposto nell'interesse della collettività); 26 febbraio 1998, n. 27, in *Ragiusan*, 168, 1998, 168, 197 (diritto all'indennizzo anche nel caso di vaccinazioni antipoliomielitiche non obbligatorie) e altre sulle quali ci si soffermerà in modo più approfondito nelle pagine che seguono considerata l'importanza di tali pronunce per i principi in esse espressi che, sebbene riguardanti principalmente il tema delle vaccinazioni, possono trovare applicazione anche nel caso dei TSO per malattie mentali.

con principi costituzionali fondamentali – primi tra tutti il diritto alla salute e alla libertà personale – che hanno dato vita a controversie di carattere etico, legale e clinico.

Se da un lato il diritto alla salute non impone un obbligo di curarsi, in quanto il bene salute è nella disponibilità di ogni persona, dall'altro, incombe sull'individuo il dovere di non ledere, né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui<sup>3</sup>. È per tale ragione che, in casi eccezionali, la tutela della salute può essere sottratta alla disponibilità dell'individuo al fine di garantire gli interessi essenziali della collettività.

Quale peso ha allora il diritto di autodeterminazione della persona nelle scelte terapeutiche – inteso come diritto di curarsi e disporre del proprio corpo, che si esprime anche con il diritto a non essere curato e a rifiutare le cure – rispetto all'interesse della collettività a non venire lesi nella propria salute? È evidente che il problema si pone in tutti i casi in cui manchi quell'indispensabile premessa di legittimità della prestazione rappresentata dal consenso della persona, e, dunque, ogni qual volta si ravvisi la necessità di ricorrere a misure coercitive di assoggettamento dell'obbligato a trattamenti sanitari. Con il presente contributo si cercherà quindi di esaminare il delicato rapporto che intercorre tra tutela della salute individuale e tutela della salute dell'intera collettività, verificando quali condizioni devono essere rispettate affinché l'imposizione di un trattamento possa considerarsi costituzionalmente legittimo.

In particolare, dopo una breve ricostruzione dell'evoluzione normativa in materia psichiatrica, si passerà ad esaminare l'istituto dei trattamenti sanitari obbligatori alla luce dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione e la specifica disciplina che caratterizza il procedimento di assoggettamento dell'obbligato a tale misura coercitiva.

## 2. La legislazione sulla salute mentale

La prima disciplina in ambito psichiatrico è stata la legge 14 dicembre 1904, n. 36 intitolata "Disposizioni e regolamenti sui manicomi e sugli alienati", promulgata dal governo Giolitti e completata nel 1909 da un regolamento di esecuzione<sup>4</sup>. La normativa si ispirava alla legge francese del 1838, espressione delle concezioni dello Stato liberale, e metteva in primo piano il bisogno di protezione della società dai malati di mente, considerati socialmente pericolosi.

Non erano dunque le finalità terapeutiche o riabilitative le priorità della legge, bensì le esigenze di pubblica sicurezza. Ciò che muoveva il legislatore dell'epoca era, infatti, la volontà di fornire strumenti di difesa nei confronti di soggetti che suscitavano paura, prevedendo il ricorso ad azioni repressive accompagnate da pratiche preventive. In quest'ottica, la tutela della salute del paziente veniva così subordinata alla custodia. Questo orientamento culturale dello Stato liberale si desumeva proprio dalle condizioni poste dalla legge 36/1904 a giustificazione del ricovero nei manicomi. In particolare, all'art. 1 era previsto che dovessero essere «custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé o agli altri o riescano di pubblico scandalo e non siano e non possano essere convenientemente custodite e curate fuorché nei manicomi». Alla

<sup>3</sup> In tal senso Corte Cost., sentenza n. 307 del 1990, cit.

<sup>4</sup> Regio Decreto n. 615 del 16 agosto 1909 dal titolo "Regolamento per la esecuzione della legge 14 febbraio 1904, n. 36".

base di questa disposizione vi era quindi la convinzione che l'internamento fosse l'unica soluzione per "combattere" la pericolosità del malato di mente.

L'avvento della nuova ideologia fascista rafforza l'intento custodialistico della legge del 1904, affinando gli strumenti repressivi previsti. Venne, così, disposta l'iscrizione nel casellario giudiziale del provvedimento del Tribunale con cui veniva ordinato l'internamento e la dimissione (art. 604, co. 2, c.p.p.), creando di fatto un serio ostacolo al reinserimento della persona nell'ambiente sociale e nel mondo lavorativo. Furono, inoltre, introdotte previsioni normative volte a privare l'infermo di mente della capacità di agire in alcuni settori (mancanza di legittimazione a proporre querela, ovvero la sospensione dall'esercizio della professione di avvocato laddove il soggetto fosse stato ricoverato in manicomio).

Un primo passo nel processo di rinnovamento normativo, culturale e sociale nel campo della psichiatria si ha con l'emanazione della "legge Mariotti"<sup>5</sup> che inizia a ricondurre la malattia mentale sul piano generale della tutela della salute.

Il mutamento emerge già dal linguaggio utilizzato: si passa dal riferimento operato dalla legge del 1904 alle «norme sui manicomi e gli alienati» per arrivare alle «provvidenze per l'assistenza psichiatrica»; si abbandona il termine «manicomi» sostituito da quello di «ospedale psichiatrico» (art. 1); non più forme di alienazione, bensì «disturbi psichici» (art. 4 e «malattie mentali (art. 11). La «custodia in manicomio» viene, infine, sostituita da forme di «assistenza sanitaria, specializzata e sociale» (art. 2).

Non si tratta solo di mere sfumature terminologiche, ma piuttosto il segnale di una volontà di progressiva evoluzione e di cambiamento.

Inizia a farsi strada l'idea che il malato di mente abbia consapevolezza della propria malattia e possa dunque volontariamente decidere. Viene, così, prevista l'ammissione volontaria in ospedale psichiatrico e la possibilità di trasformare il ricovero coatto in volontario<sup>6</sup>, previo accertamento del consenso del paziente. Si determina in tal modo un cambio di paradigma rispetto al passato. Se infatti la legge 1904 prevedeva, all'articolo 53 del regolamento attuativo del 1909, la possibilità del ricovero volontario, era altresì vero che il paziente che si fosse volontariamente recato in manicomio per farsi ricoverare veniva assimilato ad un coatto, e, dunque, si presupponeva la sua totale mancanza di coscienza di malattia, e quindi la sua assoluta incapacità di intendere e di volere.

Si assiste inoltre ad alcune trasformazioni organizzative dell'ospedale psichiatrico, tendenti ad equipararlo agli ospedali generali, e all'istituzione delle attività preventive e di cura fuori dalle mura manicomiali, mediante la creazione di una rete extra-manicomiale di servizi per terapie ambulatoriali psichiatriche e psicoterapeutiche.

La vera rivoluzione copernicana si ha però, sul finire degli anni Settanta, con l'adozione della legge 13 maggio 1978, n. 180, in tema di "Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori"<sup>7</sup>, recepita

<sup>5</sup> Legge n. 431 del 1968 intitolata "Provvidenze per l'assistenza psichiatrica".

<sup>6</sup> M. ROMANO, F. STELLA, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1973, 395 ss.; L. BRUSCUGLIA, *Legittimità costituzionale del ricovero volontario*, in *Foro italiano*, V, 1973, 278.

<sup>7</sup> Per una approfondita analisi del percorso storico che ha caratterizzato la legislazione in materia psichiatrica si veda: S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, 186 ss.; S. SBORDONI, *Devianza primaria e devianza secondaria. Il caso del trattamento sanitario obbligatorio*, in *ADIR – L'altro Diritto*, 1998; A. PIZZI, *Malattie e trattamenti sanitari. Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, Milano, 1978, 3 ss.

quasi contestualmente nella legge n. 833 del 23 dicembre 1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale.

Tale intervento legislativo ha portato ad un profondo mutamento nella concezione giuridica della malattia mentale ricondotta in tal modo alle normali patologie per le quali devono essere previste terapie rivolte principalmente alla tutela della salute del paziente, e non solo alla protezione della società. Non esistono più discriminazioni tra le persone portatrici di sofferenze mentali e “gli altri malati”, rendendo in tal modo effettivo anche in questo ambito il principio di uguaglianza dei cittadini.

Si assiste al tramonto delle istituzioni manicomiali, con espresso divieto di costruirne di nuovi anche sotto altra forma<sup>8</sup>, e all'introduzione della volontarietà<sup>9</sup> del trattamento sanitario. Se dunque il principio cardine dell'art. 1 della legge n. 180/1978 (poi trasfuso nell'art. 33 della legge n. 833/1978)<sup>10</sup> si esteriorizza con il consenso manifestato dall'interessato all'intervento sanitario propostogli, ne consegue come l'obbligatorietà o la necessità dei trattamenti costituiscano un'eccezione a cui ricorrere solo in presenza di determinate condizioni, e salvo il rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici.

In questa visione, viene abbandonata la falsa equazione disturbo mentale/pericolosità e il paziente non è più un soggetto passivo e privo di capacità giuridiche, ma diviene a tutti gli effetti parte attiva del percorso di cura.

La legge psichiatrica si è sviluppata in simbiosi con la legge n. 833/1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale che ha previsto servizi dipartimentali, sia di tipo ospedaliero che extra-ospedaliero, per la tutela della salute, istituiti normalmente in ciascuna USL<sup>11</sup>. Viene, in tal modo, previsto un percorso alternativo alle strutture manicomiali, caratterizzato dalla creazione di strutture in grado di fornire ai soggetti affetti da malattia mentale trattamenti che non sono più solo limitati al momento del sorgere della malattia ma si estendono alle fasi preventiva, curativa e riabilitativa. Va, purtroppo, segnalato il ritardo che ha caratterizzato l'attuazione di tale riforma, a causa della mancata adozione da parte delle

<sup>8</sup> I manicomi e i centri di igiene mentali (creati con la Legge Mariotti) lasciano il posto ai Dipartimenti di salute mentale, in grado di fornire non solo una risposta terapeutica ma altresì servizi di medicina preventiva.

<sup>9</sup> In tal senso F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione, a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue*, in *Diritto e Società*, 1982, 308.

<sup>10</sup> L. BRUSCUGLIA, *Art. 1, Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1979, 177 ss.; A. M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, Milano, 1983, 55 ss.; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, 91 ss.

<sup>11</sup> In particolare, in base all'art. 1 comma 3 della legge n. 180/1978 (ora art. 33 comma 3 della legge n. 833/1978) «gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori a carico dello Stato e di enti o istituzioni pubbliche sono attuati dai presidi sanitari pubblici territoriali e, ove necessari la degenza, nelle strutture ospedaliere pubbliche o convenzionate».

Regioni di apposite leggi in materia<sup>12</sup>. Un processo che ha visto solo nel 2000 un impegno fattivo particolarmente significativo da parte delle Amministrazioni regionali attraverso la legislazione, la regolamentazione e la programmazione regionale<sup>13</sup>.

### 3. La nozione di Trattamento sanitario obbligatorio e di salute

Il trattamento sanitario obbligatorio consiste in quell'insieme di attività con finalità sanitarie poste in essere in base a disposizioni di legge, nonostante il rifiuto del paziente, volte a tutelare la salute della persona e della collettività<sup>14</sup>.

Va sin da subito segnalato che il concetto di trattamento sanitario obbligatorio si è significativamente ampliato nel corso del tempo. Ed infatti fino agli anni Ottanta era la durata l'elemento discriminante, nel senso che solo le cure che si protraevano nel tempo venivano fatte rientrare nella nozione di trattamento sanitario. Pertanto, gli interventi chirurgici caratterizzati da una durata limitata, e quelli tendenzialmente istantanei (controlli medici, vaccinazioni, somministrazioni di farmaci, ecc.), venivano esclusi.

Tale orientamento è stato ben presto superato, grazie anche all'avvento delle leggi nn. 180 e 833 del 1978<sup>15</sup>, e sostituito da un'interpretazione lata che ha equiparato agli atti aventi carattere curativo (i trattamenti sanitari in senso stretto) gli accertamenti sanitari, vale a dire quelle attività preliminari finalizzate alla formulazione di una diagnosi e/o all'individuazione di un'idonea terapia<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Nel corso degli anni Ottanta, infatti, la maggior parte delle Regioni italiane – a cui l'art. 7, co. 1, l. 180/1978 trasferì le funzioni amministrative concernenti l'assistenza psichiatrica in condizioni di degenza ospedaliera già esercitate dalle province – non adottò né leggi regionali, né Piani Sanitari. Solo l'Emilia-Romagna, il Piemonte, le Marche, la Valle d'Aosta, la Toscana, l'Umbria, il Veneto, il Friuli e la provincia autonoma di Bolzano approvano il Piano Sanitario Regionale.

<sup>13</sup> Si veda ad esempio la legge regionale Emilia-Romagna n. 2/2003 e 29/2004. Il Piano regionale per la salute mentale 2004 della Lombardia, 2009 dell'Emilia-Romagna e 2010 del Veneto. Per un approfondimento L. CANOVA, *Considerazioni sul percorso legislativo dell'assistenza psichiatrica (dalla legge 180 al progetto-obiettivo)*, in P.L. SCAPICCHIO, M. TRABUCCHI (a cura di), *I servizi psichiatrici nella sanità riformata*, Bologna, 1999, 84 ss.

<sup>14</sup> Per un maggior approfondimento sulla nozione di trattamento sanitario obbligatorio: A. M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, in *Diritto e Società*, 1978, 508; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 52 ss.; L. MEZZETTI, A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, 336 ss.; P. PERLINGERI, P. PISACANE, *Art. 32*, in P. PERLINGERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, 207; E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, 2006, 5959 ss.

<sup>15</sup> Tali leggi, come meglio verrà esaminato nel paragrafo successivo, hanno infatti equiparato, dal punto di vista della disciplina, i concetti di trattamenti e accertamenti sanitari obbligatori, trattandoli sempre unitariamente.

<sup>16</sup> Particolarmente interessanti sono le definizioni fornite da autorevole dottrina. Secondo B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 52-53, «la nozione di trattamento sanitario unanimemente accolta [dalla dottrina] è latissima, ricomprendendosi ogni attività diagnostica o terapeutica, volta a prevenire, o a curare malattie»; Per F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, cit., 303-304, nel concetto di «trattamento sanitario» rientrano «tutte le attività diagnostiche e terapeutiche volte a prevenire o a curare le malattie, a nulla rilevando l'istantaneità, la durata, il grado di «violenza esterna» o la dolorosità, per ammettere o escludere dalla categoria generale e comprensiva, contemplata nell'art. 32 cpv. Cost., l'una o l'altra specie di trattamento (dalla semplice vaccinazione, o somministrazione di un medicinale, alla sottoposizione ad un controllo medico, da un'applicazione singola o saltuaria, a un trattamento prolungato, all'intervento chirurgico, ecc.)». Per B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, 30-31, il trattamento

Estensione che ha trovato conferma anche nella giurisprudenza costituzionale<sup>17</sup> che, pur non essendosi mai spinta a fornire una definizione di trattamento sanitario, ha offerto importanti spunti per delinearne i contorni. Attraverso tali pronunce si è arrivati così ad affermare che anche gli accertamenti che comprendono prelievi ed analisi vanno ricondotti nel concetto più generale di trattamento sanitario, nel senso indicato dall'art. 32 Costituzione.

L'evoluzione della nozione non si è tuttavia arrestata trovando nuovi elementi di approfondimento con la sentenza sul caso di Eluana Englaro<sup>18</sup>. La vicenda, come noto, aveva ad oggetto la richiesta presentata dal padre, nella sua qualità di legale rappresentante, di sospendere l'idratazione e la nutrizione artificiali (NIA) da cui dipendeva la sopravvivenza, puramente biologica, della figlia costretta ad uno stato vegetativo permanente. Dietro la controversa estensione del diritto a rifiutare le cure, anche fino alle estreme conseguenze, e alla questione di chi fosse legittimato ad assumere tale decisione, è stato affrontato anche il problema di stabilire se la NIA costituisse una forma di trattamento sanitario riconducibile, in quanto tale, alla sfera di protezione di cui al secondo comma dell'art. 32 Cost.

La Suprema Corte<sup>19</sup> si è pronunciata nel senso di ricomprendere l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico nell'ambito del trattamento sanitario, in quanto l'attivazione e la gestione di questo procedimento presenta evidenti caratteristiche tecnologiche e mediche che, a cominciare dalle sostanze utilizzate, richiedono la necessità dell'intermediazione medica nel disporre l'avvio e le modalità posologiche del trattamento, negando che costituisca una forma di accanimento terapeutico<sup>20</sup>.

---

sanitario di cui al secondo comma dell'articolo 32 «va inteso come misura sanitaria diretta alla prevenzione ed alla cura, nel senso più ampio e generale possibile. Nessuna distinzione quindi, sulla base di una pretesa maggiore o minore gravità, tra cure prolungate nel tempo e misure che si esauriscono in un solo atto (visite, vaccinazioni), tra interventi chirurgici e trattamenti farmacologici, può escludere dalla nozione di trattamento l'una o l'altra di tali categorie. Le garanzie dell'art. 32 sono predisposte non in relazione alla durata, o all'intensità del trattamento, ma – secondo quanto già chiarito – in relazione alla finalità terapeutica del trattamento stesso».

<sup>17</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza n. 218 del 2 giugno 1994, cit., in tema di accertamenti sanitari diretti a rilevare l'assenza di sieropositività all'infezione da HIV.

<sup>18</sup> Per una più approfondita ricostruzione della vicenda si rimanda a A. SANTOSUOSSO, G. TURRI, *La trincea dell'inammissibilità dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, 477 ss.; T. GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Politica del diritto*, 2009, 483 ss.; M. IMMACOLATO (a cura di), *Sul diritto di autodeterminazione. Riflessioni critiche sulle sentenze Riccio e Englaro*, supplemento di *Bioetica*, in *Rivista interdisciplinare*, 1, 2008; A. D'ALOIA, *Il diritto di rifiutare le cure e la fine della vita. Un punto di vista costituzionale sul caso Englaro*, in *Diritti Umani e Diritto internazionale*, II, 2009, 370-395; C. CASONATO, *Il caso Englaro: fine vita, il diritto che c'è*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 101-102.

<sup>19</sup> Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 1, 1, 2008, 83. Sulla riconducibilità della NIA nel concetto di trattamento sanitario si veda in particolare il punto 7.6 delle motivazioni laddove si afferma che: «esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche».

<sup>20</sup> In particolare, la sentenza ha parlato invece di un «presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale, salvo che, nell'imminenza della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o che sopraggiunga uno stato di intolleranza, clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione».

Questa evoluzione del concetto di trattamento sanitario non deve però sorprendere rappresentando il recepimento della nuova dimensione che, sin dai primi anni Settanta, ha assunto la “salute”, espandendosi oltre i confini della sfera fisica dell’individuo e ricomprendendo anche quella psicologica. Da questa prospettiva il concetto di salute ne esce ampliato, non essendo più inteso solo nella sua accezione negativa, e, dunque, come assenza di malattia<sup>21</sup>, ma anche nel senso positivo di completo benessere biologico e psichico<sup>22</sup>, che coinvolge, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza. Questa nuova dimensione, che vede la salute come componente integrante la qualità della persona, rende ineludibile la valorizzazione anche della salute mentale come forma del benessere.

#### 4. I trattamenti sanitari obbligatori nella Costituzione. Il rapporto tra la salute individuale e della collettività

La nuova disciplina dettata dalla legge 833 del 1978, nell’invocare il principio volontaristico quale regola per l’accesso ai trattamenti sanitari, assegna un ruolo di centralità alla dignità e alla libertà della persona, dando così attuazione ai principi costituzionali espressi dall’art. 32, norma cardine a tutela del diritto della persona ad autodeterminarsi.

La formulazione del primo comma della disposizione, nel configurare la salute prima come diritto fondamentale dell’individuo e poi come interesse della collettività, lascia intendere che la tutela della salute dell’obbligato non può ritenersi cedevole rispetto alla realizzazione dell’interesse della collettività alla salute<sup>23</sup>.

Da tale disposizione discende un diritto inviolabile dell’individuo ad autodeterminarsi in ordine alle cure, decidendo se e come godere del proprio stato di salute, senza distinzione tra aspetto positivo (inteso quale consenso) e risvolto negativo<sup>24</sup> (vale a dire mettere a repentaglio il proprio stato di salute fino ad arrivare ad un dissenso a sottoporsi alle terapie).

<sup>21</sup> Questa concezione, di matrice ottocentesca, guardava alla salute in un’ottica economicistica ed assistenziale. Non era la sfera giuridica del singolo ad assumere rilevanza ma le implicazioni e le ricadute che da essa potevano derivare sul piano sociale.

<sup>22</sup> Tale interpretazione è confermata anche dall’Organizzazione Mondiale della Sanità (Oms) che, nel preambolo del proprio atto costitutivo del 1948, stabiliva che: «la sanità è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste solo in un’assenza di malattia o d’infermità».

<sup>23</sup> Tale impostazione è suffragata anche dalla Corte costituzionale che in diverse occasioni ha affermato che il bene alla salute «è tutelato dall’art. 32 della Costituzione non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell’individuo, sicché si configura come un diritto primario ed assoluto pienamente operante anche nei rapporti tra privati». Ed ancora: «La salute è un bene primario, costituzionalmente protetto, il quale assurge a diritto fondamentale della persona, che impone piena ed esaustiva tutela» (Corte cost., sentenze n. 307 e 455 del 1990, cit.), «tale da operare sia in ambito pubblicistico che nei rapporti di diritto privato» (Corte cost., sentenza 7 maggio 1991, n. 202, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, 1838; 18 dicembre 1987, n. 559, in *Giurisprudenza Italiana*, 1988, I, 1, 689; 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro italiano*, 1986, I, 2053).

<sup>24</sup> In tal senso R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: profili costituzionali*, in *Commentario del Codice Scialoja-Branca, sub art. 5*, Bologna, 1988, 335 ss.

La tutela della salute non si esaurisce, però, solo nella libertà della persona di disporre del proprio corpo. Essa implica il dovere dell'individuo di non ledere, né porre a rischio con il proprio comportamento, la salute altrui, in osservanza del principio generale per cui il diritto di ciascuno trova un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri<sup>25</sup>.

Il necessario contemperamento tra diritto alla salute del singolo e interesse comune alla salute collettiva è disciplinato dal secondo comma dell'art. 32, laddove si assume che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Con l'aggiunta che: «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Pertanto, il singolo deve essere libero di scegliere se sottoporsi o meno ad un trattamento sanitario, attraverso la propria consapevole adesione<sup>26</sup>. Si tratta però di un valore prioritario e non assoluto che trova un limite<sup>27</sup> valicabile – e costituzionalmente legittimo – nell'esigenza di tutelare la salute della popolazione.

La necessità di garantire un bilanciamento nei rapporti tra individuo e collettività ha condotto la giurisprudenza ad affermare che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost., se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato<sup>28</sup>, ma anche a tutelare lo stato di salute degli altri<sup>29</sup>, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella

<sup>25</sup> Corte cost., sentenza 2 giugno 1994, n. 218, cit.

<sup>26</sup> Sono numerose le norme, sia a livello nazionale, che internazionale che prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici attribuendogli valenza di diritto umano fondamentale. Tra le leggi nazionali si ricorda ad esempio le Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40). A livello internazionale, invece, la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata dallo Stato italiano con legge 28 marzo 2001, n. 145 che, all'art. 5, prevede che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato»; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, stabilisce all'art. 3 che «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere rispettato tra gli altri il consenso libero e informato della persona interessata». Non meno importanti la Dichiarazione di Helsinki (1964), i documenti dell'Organizzazione Mondiale della Sanità e i pronunciamenti dell'UNESCO, la Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i diritti Umani (2005), il Regolamento n. 536 del 16 aprile 2014 del Parlamento e del Consiglio Europeo sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano. In alcune sentenze la Corte cost. ha sottolineato che «[...] il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione [...]».

<sup>27</sup> Come sostenuto da M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 455 ss., al pari di tutti i diritti di libertà, «anche la libertà di scelta terapeutica può incontrare, e di fatto incontra, alcuni limiti», talché «il terreno dell'interpretazione costituzionale, affidato in modo privilegiato alla giurisprudenza costituzionale, è specificamente caratterizzato dalla necessità di individuare quali diritti soggettivi, quali interessi generali e quali condizioni possono giustificare le limitazioni della libertà costituzionalmente protetta e quali, invece, debbono cedere di fronte all'affermazione di tali libertà».

<sup>28</sup> Tale affermazione, costituisce una chiara espressione del principio personalistico laddove, nel prevedere che il trattamento sanitario obbligatorio debba avere come finalità anche la tutela della salute del singolo esclude che l'essere umano possa essere il mezzo soltanto per l'applicazione di misure di interesse collettivo.

<sup>29</sup> Sul concetto di «salute degli altri» non è chiaro se debba trattarsi di pericolo per la collettività nel suo complesso oppure se possa trattarsi di pericolo per alcune persone, ad esempio i soli familiari del malato, o magari i suoi eventuali discendenti.

autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale<sup>30</sup>. Da ciò discende che è nell'interesse collettivo alla salute che si rinviene il fondamento e il presupposto del trattamento e non nell'obbligatorietà in quanto tale, la quale è semplicemente strumento per il perseguimento di tale interesse<sup>31</sup>.

In questa prospettiva, il potere di disporre trattamenti sanitari obbligatori potrà considerarsi costituzionalmente legittimo solo quando tutela della salute individuale e tutela della salute della collettività coesistono<sup>32</sup>, nel senso che il trattamento deve essere indispensabile per evitare una situazione di pericolo per la salute dei consociati, non potendosi comunque pregiudicare la salute di chi ne risulta sottoposto<sup>33</sup>.

C'è allora da chiedersi quando il pericolo per la salute della collettività possa essere tale da giustificare il sacrificio di un valore supremo della persona, qual è quello dell'inviolabilità del proprio corpo e più in generale della propria sfera giuridica. Il carattere eccezionale che connota l'imposizione del trattamento sanitario obbligatorio ci induce a ritenere che deve trattarsi di una situazione di eccezionale gravità, tale da colpire una pluralità indeterminata di individui<sup>34</sup>.

In ogni caso, le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da incidere negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo per quelle sole conseguenze che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili<sup>35</sup>.

Se dunque nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, ne discende che l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio dovrà sempre sottostare

<sup>30</sup> Sono numerose le sentenze in cui la Corte costituzionale si è trovata ad affrontare casi in cui il diritto alla salute del singolo possa entrare in conflitto con la salute della collettività. Si veda, in particolare, Corte cost. 307 del 1990, cit.; 218 del 1994, cit.; 258 del 1994, cit.; 118 del 1996, cit.

<sup>31</sup> Corte cost., 22 giugno 2000, n. 226, in *Foro italiano*, 2001, I, 5; Corte cost., 16 ottobre 2000, n. 423, in *Giustizia Civile*, I, 2001, 306; Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107, in *Foro italiano*, IV, 1, 2013, 1123.

<sup>32</sup> A. M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, cit., 517; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e Società*, 1980, 782; A. ALGOSTINO, *I possibili conflitti del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3209 ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998, 93; A. D'ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 241 ss.

<sup>33</sup> P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 154-155.

<sup>34</sup> Non sono molti i contributi in dottrina che si sono occupati di delineare i confini del concetto di collettività al fine di stabilire quale sia la soglia quantitativa di individui tali da mettere in gioco la salute collettiva. Sul punto si rimanda a A.A. NEGRONI, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2017. Interessante al riguardo è anche quanto espresso da P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 386, secondo cui l'interesse collettivo alla salute può anche riferirsi ad una collettività settoriale, come ad esempio la comunità dei detenuti. In tal senso anche Corte cost. sentenza n. 210 del 1994, con nota di L. M. MARINI, *Aids "conclamata" e divieto di custodia cautelare in carcere*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, 1780 ss.; Corte cost., sentenze nn. 438 e 439 del 1995, annotate da U. DE SIERVO, *La Corte cambia opinione in tema di malattia di Aids e regime carcerario*, e di A. PUGIOTTO, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative "penali"*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, 3455 e 3460 ss.

<sup>35</sup> Così, Corte cost., 307 del 1990 e 258 del 1994, cit.

ad un preventivo giudizio di proporzionalità che operi quel necessario bilanciamento tra soddisfacimento delle esigenze della collettività, da un lato, e adeguatezza dell'intervento verso i rischi cui il soggetto andrebbe incontro applicando, nel caso concreto, la misura, dall'altro.

Ciò non toglie, purtroppo, che in determinati casi il perseguimento dell'interesse alla salute della collettività, attraverso l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio, determini per la salute di chi vi è sottoposto effetti pregiudizievoli. Qualora si verifichi tale ipotesi, la rilevanza sociale del bene salute, inteso come interesse della collettività, non è da solo sufficiente a giustificare il sacrificio della salute individuale, talché la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato l'esigenza che sia riconosciuta una protezione specifica ai soggetti danneggiati consistente in un equo indennizzo<sup>36</sup>, fermo restando, ove se ne realizzino i presupposti, il diritto al risarcimento del danno.

Va precisato al riguardo che la possibilità di ottenere un indennizzo non si ravvisa nei soli casi in cui il trattamento sia imposto legislativamente, ricomprendendo altresì i casi in cui gli interventi siano solo sollecitati o raccomandati dalle pubbliche autorità sanitarie<sup>37</sup>. Del resto, come recentemente stabilito dalla Corte<sup>38</sup>: «non vi è ragione di differenziare il caso in cui il trattamento sanitario sia imposto per legge, da quello in cui esso sia in base a una legge, promosso dalla pubblica autorità, in vista della sua diffusione nella società» e questo «perché anche se la tecnica della raccomandazione punta sull'auto-determinazione individuale, salvaguardando, quindi, il diritto soggettivo fondamentale alla salute tutelato dall'art. 32, co. 1, Cost., essa è comunque volta ad ottenere la migliore tutela della salute come interesse (anche collettivo)».

La posizione della Corte, che giustifica che la società si accoli l'onere di un ristoro nei confronti di chi, sottomettendosi al trattamento, ha esposto a rischio la propria salute, dà, com'è evidente, adeguato risalto al dovere di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione<sup>39</sup>.

In base al disposto costituzionale dell'art. 32 emerge poi, quale esigenza essenziale e irrinunciabile per la legittima compressione della sfera giuridica dell'individuo, che i trattamenti obbligatori debbano essere determinati attraverso il loro «inquadramento entro un certo tipo, chiaramente prefigurato»<sup>40</sup>. Sicché in questi termini, la legge – che come vedremo è l'unica fonte in grado di prescrivere un TSO – non potrà mai limitarsi a sancire un generale obbligo di curarsi, dovendo al contrario imporre solo singoli trattamenti sanitari, e comunque non in modo polivalente, cioè per scopi cumulati o indifferenziati<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Con la sentenza n. 307 del 1990, cit., i Giudici hanno ritenuto che «un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute – e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario-implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare, finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito».

<sup>37</sup> È questo ad esempio il caso della vaccinazione antinfluenzale.

<sup>38</sup> Cfr. Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 268, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 7-8, 2018, 1029.

<sup>39</sup> Si veda Corte cost., sentenze 26 febbraio 1998, n. 27, in *Danno e Responsabilità*, 5, 1998, 429; 22 giugno 2000, n. 226, cit., 16 ottobre 2000, n. 423; 26 aprile 2012, n. 107, cit.

<sup>40</sup> In questi termini si è espresso V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e Società*, 1982, 561.

<sup>41</sup> Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit. 1984, 385.

Come anticipato, l'art. 32, co. 2, Cost. assicurando solo alla legge il potere di definire l'obbligatorietà di un determinato trattamento sanitario, sottopone la materia ad una riserva di legge statale, posto che, trattandosi di restrizione della libertà personale, viene in rilievo un livello essenziale di prestazione di un diritto<sup>42</sup>. Tale scelta risulta così connessa al principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 Cost. E, infatti, solo il legislatore statale è in grado di garantire, attraverso le proprie leggi, una situazione di parità di trattamento riconoscendo a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni uniformi. Principio che rischierebbe di essere violato laddove venisse lasciata alla mera discrezionalità del legislatore regionale il compito di disciplinare, del tutto autonomamente, la materia. In quest'ottica allora, la volontà di costituire una riserva di legge statale nasce sul presupposto che sono valori fondamentali, quali il rispetto della persona e della dignità umana, a richiedere un intervento dello Stato, il solo in grado di garantire un unitario punto di equilibrio.

Del resto, quando con riferimento alla materia concorrente della tutela della salute, entra in gioco il fondamentale diritto alla salute, la disciplina normativa tende ad assumere i connotati del principio fondamentale e viene dunque attratta nella competenza del legislatore statale.

Sulla natura della riserva, le posizioni in dottrina sono discordanti, fronteggiandosi due orientamenti opposti: da un lato, i sostenitori del carattere relativo<sup>43</sup>, per i quali anche le fonti secondarie potrebbero fornire gli aspetti di dettaglio all'interno dei confini della disciplina di principio dettata dalla legge;

---

<sup>42</sup> Su questo aspetto non si ravvisano contrasti in dottrina, posto che, anche dopo la riforma del titolo V della Costituzione, se, da un lato, la materia "tutela della salute", viene inserita, dall'art. 117, co. 3, fra quelle di competenza legislativa concorrente tra Stato e regioni; dall'altro, il Legislatore riserva – come dispone l'art. 117, comma 2, lettera m) – la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali alla legislazione esclusiva dello Stato. Pertanto, nella dinamica della ripartizione di competenze disciplinata dall'art. 117 viene assegnato alle Regioni un nuovo ruolo e occasioni di crescita nella materia sanitaria, tuttavia confermando il compito primario dello Stato di assicurare *standards* di tutela uniformi su tutto il territorio nazionale per garantire le esigenze di eguaglianza e di parità di trattamento.

Cfr. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 42, secondo i quali «è da sempre pacifico che soltanto la legge statale sia legittimata a prevedere l'obbligatorietà del trattamento, non essendo tollerabile una diversa disciplina differenziata a livello regionale»; C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2009. Che si tratti di una riserva di legge statale appare confermato anche dalla Corte cost. nelle sentenze n. 2002, n. 282, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002; 14 novembre 2003, n. 338, in *Foro italiano*, 2004, 1, 343, laddove si precisa che «[...] interventi legislativi regionali, posti in essere nell'esercizio di una competenza legislativa concorrente, come quella di cui le Regioni godono in materia di tutela della salute (art. 117, terzo comma, Cost.), sono costituzionalmente illegittimi ove pretendano di incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche in assenza di – o in difformità da – determinazioni assunte a livello nazionale, e quindi introducendo una disciplina differenziata, su questo punto, per una singola Regione». In sostanza, dunque, nulla vieta che le Regioni, responsabili per il proprio territorio dei servizi sanitari, dettino norme di organizzazione e di procedura dei servizi necessari per mettere in pratica un TSO, ma non possono disciplinarsi.

<sup>43</sup> A sostegno del carattere relativo si veda: A. M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, cit., 516; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 901; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit. 313; M. LUCIANI, *Salute*, cit., 10; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 558.

dall'altro, invece, chi pare preferire un'interpretazione in senso assoluto<sup>44 45</sup>, secondo i quali solo la legge potrebbe disciplinare integralmente la materia.

Su un aspetto però sono tutti d'accordo, vale a dire il carattere sostanzialmente rinforzato della riserva di legge, posto che in nessun caso l'applicazione del TSO potrà mettere a repentaglio il rispetto e la dignità della persona umana<sup>46</sup>.

## 5. Il provvedimento del Sindaco in materia di trattamenti sanitari obbligatori

Nel nostro ordinamento i trattamenti sanitari obbligatori possono essere ricondotti a due tipologie: i TSO per malattie mentali – che rappresentano l'unico esempio di TSO coattivo o coercitivo<sup>47</sup> – e delle vaccinazioni obbligatorie, ricondotti nella nozione di TSO non coattivi, che non sono però oggetto di questo saggio.

Il tratto distintivo si basa sulle modalità attraverso le quali la legge impone ad un individuo l'osservanza dell'obbligo del trattamento sanitario. In particolare, nel primo caso, tale obiettivo viene raggiunto attraverso l'uso di misure coercitive<sup>48</sup> che non necessariamente comportano l'uso della forza; nel caso

<sup>44</sup> Ritengono che la riserva sia assoluta: A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, 87 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 28; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 385; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 192 ss.

<sup>45</sup> A parere di chi scrive vi sono alcuni elementi che portano a preferire tale interpretazione. Anzitutto la formulazione utilizzata. Se, infatti, l'art. 32 stabilisce che l'obbligo del trattamento sorge solo «per disposizione di legge», ben diversa è l'espressione usata all'art. 23 Cost. – che, come pacificamente ammesso da dottrina e giurisprudenza, costituisce una riserva di legge relativa – secondo cui l'imposizione di prestazioni personali e patrimoniali non è possibile se non «in base alla legge». Le conseguenze che ne discendono, com'è prevedibile, non sono solo terminologiche, posto che, nel primo caso, non sarà ammissibile alcuna apertura a fonti subordinate; mentre nell'art. 23 il riferimento alla legge è da intendersi come richiamo ad atti regolamentari basati sulla legge o che disciplinino la materia secondo quanto dispone la legge (dunque a fonti subordinate). Vi è poi una ragione sistematica. Se, infatti, l'art. 32 sottrae alla disciplina sull'imposizione delle prestazioni personali di cui all'art. 23, garantite dalla riserva relativa di legge, quelle prestazioni in grado di limitare la libertà di salute, appare allora ragionevole che la prima norma contenga una riserva di legge assoluta.

<sup>46</sup> La dignità si pone come garanzia della persona nella sua integralità e, in virtù della sua natura di qualità intrinseca alla condizione umana, rappresenta un valore super-costituzionale. Così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del Diritto*, 1991, 347. Proprio in ragione di ciò sono ritenuti illegittimi i provvedimenti che impongono trattamenti sanitari con finalità eugenetiche o di sperimentazione.

<sup>47</sup> Originariamente erano ricondotti nell'ambito dei trattamenti sanitari coattivi anche quelli previsti per la tubercolosi e la lebbra, per le malattie veneree e la tossicodipendenza che hanno poi subito un processo di progressiva abrogazione per desuetudine o di trasformazione in trattamenti meramente obbligatori.

<sup>48</sup> Le misure propriamente coercitive ricadono nella disciplina delle restrizioni della libertà personale. In tal modo, dunque, il trattamento sanitario obbligatorio rappresenta un ambito in cui diritto alla salute e libertà personale si intersecano. Ci si è dunque chiesti quale sia il rapporto tra il disposto dell'art. 32 Cost. e quello dell'art. 13. Secondo alcuni Autori (A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 49; F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit., 317; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 55 ss.), le garanzie che permettono la restrizione della libertà personale per alcuni TSO sono quelle contenute nello stesso art. 32 Cost., e dunque disciplinate con legge e nel rispetto della persona umana. Di diverso avviso (A. PACE, *Libertà personale, (diritto Costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIV, Milano, 296-298; G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, 250 ss.; A. CERRI, *Libertà II. Libertà personale – diritto Costituzionale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIX, Roma, 1991, 9; I. CIOLLI, *I*

invece dei TSO non coattivi (o anche conosciuti come trattamenti sanitari meramente obbligatori) non è la coazione ad assoggettare il destinatario ad un trattamento, in quanto l'osservanza dell'obbligo è indotta attraverso l'applicazione di sanzioni<sup>49</sup>.

Passando ora ad esaminare il procedimento che porta all'adozione di un trattamento sanitario obbligatorio, le norme di riferimento sono contenute nella legge n. 833 del 1978 (come trasfusi ex art. 1 della legge 180/1978), ed in particolare agli artt. 33, 34 e 35. Nel dettaglio, mentre i primi due articoli delineano la disciplina dei trattamenti sanitari volontari e obbligatori, e quella dei trattamenti relativi alle malattie mentali, l'art. 35 è riservato ai TSO in condizioni di ricovero ospedaliero e ai relativi strumenti di garanzia amministrativa e giurisdizionale.

In sostanza, le prime due norme delineano un sistema graduale volto a privilegiare interventi di prevenzione, cura e riabilitazione da effettuarsi presso servizi e presidi territoriali o in ambiente extra-ospedaliero. Solo ove risulti poi necessario è prevista l'imposizione del trattamento attraverso il ricovero in strutture ospedaliere (art. 35).

Il profondo mutamento intervenuto nella concezione giuridica della malattia mentale – come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, da questione di pubblica sicurezza con la legge del 1904, a problema sanitario, a seguito della legge 180 del 1978 – si riflette, così, nella previsione di un procedimento fortemente innovativo e garantista che, graduando le forme di intervento e di correlata coazione, in ragione delle circostanze che di volta in volta si presentano, delle caratteristiche della patologia, delle alternative terapeutiche, evidenzia l'attenzione alla salute e al benessere della persona.

Il differente approccio al disturbo mentale emerge, altresì, dalla scelta di attribuire al Sindaco, in qualità di autorità sanitaria locale, la competenza ad adottare il provvedimento amministrativo coercitivo. Non si tratta di una scelta irragionevole poiché gli interessi posti in pericolo sono sia quello del soggetto affetto dalla malattia, sia degli altri consociati, e proprio per tale motivo il potere decisorio è attribuito dalla legge al Sindaco, e non già alla struttura sanitaria, perché egli è in grado di valutare il rapporto esistente tra la malattia mentale del soggetto e la salvaguardia degli interessi della collettività.

All'Autorità sanitaria spetta quindi il compito di stabilire se sussistono le condizioni che lo abilitano ad intervenire imponendo l'obbligatorietà del trattamento. Si tratta di un potere intimamente connesso

---

*TSO e le proposte di riforma della legge 180 del 1978. Problemi e prospettive*, in R. FOSCHI (a cura di), *La libertà sospesa. Il trattamento sanitario obbligatorio – psicologia, psichiatria, diritti*, Roma, 2012, 36; M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1, 2013, 167 ss.) chi ritiene che per restringere la libertà personale, l'art. 32 debba essere letto congiuntamente con l'art. 13, al fine di affiancare alla garanzia sostanziale del diritto alla salute quella giurisdizionale della libertà personale.

<sup>49</sup> Nell'ambito delle vaccinazioni obbligatorie, che con la legge 119 del 31 luglio 2017 sono state estese da quattro a dieci, viene stabilito che il rispetto degli obblighi vaccinali diventa un requisito per l'ammissione all'asilo nido e alle scuole dell'infanzia (per i bambini da 0 a 6 anni) e che la violazione comporti altresì l'applicazione di sanzioni pecuniarie.

alla discrezionalità amministrativa, sebbene fondato su una proposta motivata<sup>50</sup> del sanitario<sup>51-52</sup> al quale viene richiesto di fornire la necessaria certificazione e documentazione diagnostica atte a comprovare la patologia del soggetto, posto che la scelta finale spetterà unicamente al Sindaco.

Poiché la decisione dell'Autorità sindacale è in grado di incidere sulla sfera volitiva del paziente, andando a limitare il suo diritto di autodeterminazione, è chiaro che il provvedimento dovrà essere, a sua volta, adeguatamente motivato, non essendo sufficiente un mero richiamo alle certificazioni mediche, ma dovendo altresì chiarire le ragioni che hanno formato la volontà decisoria del Sindaco.

L'atto attraverso il quale il Sindaco esercita i propri poteri assume la forma dell'ordinanza contingibile e urgente<sup>53</sup>, e del resto non potrebbe essere diversamente posto che si tratta di tipici strumenti diretti a disciplinare situazioni di pericolo imminente, non altrimenti fronteggiabili con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva, come potrebbero essere quello della tutela della salute pubblica. La straordinarietà, peculiarità che contraddistingue questo tipo di atti, consente così di superare i limiti imposti alla normale attività amministrativa al fine di poter intervenire con immediatezza, prima che la situazione di pericolo divenga non più risolvibile.

A differenza del TSO extraospedaliero, in cui la garanzia amministrativa è rappresentata dall'ordinanza del Sindaco, nei trattamenti sanitari obbligatori in degenza ospedaliera la tutela è rafforzata posto che la libertà personale del soggetto viene incisa in maniera più incisiva. Per tale ragione, la proposta<sup>54</sup> iniziale, motivata, del sanitario dovrà essere poi convalidata da un medico dell'azienda sanitaria locale che effettua una seconda valutazione. Il Sindaco, sulla base delle certificazioni sanitarie, dispone, o meno, l'adozione del TSO. Il provvedimento, secondo quanto previsto dall'art. 35, legge 833/1978,

<sup>50</sup> Le conseguenze che possono derivare dalla proposta del TSO inducono a ritenere che non sia sufficiente da parte del medico limitarsi ad una sommaria diagnosi che dia atto dell'esistenza di un disturbo psichiatrico grave, essendo, invero, necessario indicare con precisione la "vita sanitaria" del soggetto (comportamento del paziente, precedenti ricoveri, descrizione dei fatti che hanno portato alla formulazione della proposta di trattamento sanitario obbligatorio, ecc.).

<sup>51</sup> Sulla necessità che le ragioni poste dal Sindaco a base dell'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio siano rinvenute nella proposta motivata del medico formulata ai sensi del combinato disposto degli artt. 33 commi 2 e 3 e 34 della L. n. 833 del 1978 si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa. Cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 9 aprile 2018, n. 306.

<sup>52</sup> La normativa non indica quale specializzazione il medico debba avere per redigere la proposta di trattamento sanitario, talché si ritiene che possa essere qualunque iscritto all'albo dei medici e chirurghi.

<sup>53</sup> Nel diritto amministrativo la locuzione "ordinanza" non si riferisce ad un singolo istituto giuridico, ricomprendendo una vasta area di atti e provvedimenti: «oltre ai provvedimenti (puntuali e concreti), il nome è utilizzato sia per atti normativi (es. regolamenti, bandi militari, ecc.) sia per atti generali attribuiti alla competenza di un organo monocratico (es. ordinanze del sindaco previste dal codice della strada)» In tal senso, R. CAVALLO PERIN, *Ordine e Ordinanza nel diritto amministrativo (aggiornamento 2010)*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, X., 1995, 366 ss.).

<sup>54</sup> Tale proposta, per essere valida, richiede la contestuale presenza di tre condizioni: 1) la sussistenza di alterazioni psichiche che necessitano di urgenti interventi terapeutici; 2) l'assenza di consenso da parte della persona che dovrà essere sottoposta ai trattamenti; 3) non sia possibile ricorrere a misure sanitarie extraospedaliere.

dovrà essere assunto dal Sindaco entro 48 ore dalla convalida della proposta medica di ricovero e notificato al Giudice tutelare<sup>55</sup> territorialmente competente, entro le successive 48 ore, affinché provveda con decreto motivato alla convalida o al rigetto<sup>56</sup>, informandone il Sindaco.

Il sindacato del Giudice è piuttosto ampio estendendosi non solo ad una verifica formale dell'ordinanza sindacale, ma anche delle certificazioni sanitarie presentate dal medico. È, altresì, riconosciuta la facoltà di disporre ulteriori accertamenti medici per valutare il quadro clinico del paziente, e di disporre l'audizione<sup>57</sup> di persone in grado di fornire informazioni utili ad un completamento convincente del Giudice in ordine alla convalida del trattamento.

Poiché le ordinanze di TSO costituiscono oltre che un atto amministrativo anche un atto sanitario, la loro esecuzione richiede la presenza del personale sanitario e, ove necessario, l'uso coattivo della forza per garantire l'accompagnamento del paziente, anche della Polizia Municipale<sup>58</sup>. Come ben chiarito

<sup>55</sup> La scelta operata dalla legge 180/1978 di affidare al Giudice tutelare il compito di valutare e decidere sul provvedimento coattivo di cura, non è casuale. Come, sostenuto da G. Andreotti, nella relazione di presentazione della legge, in *Legislazione italiana*, 1978, 54: «La scelta del giudice tutelare non è senza significato: anzitutto si è fatto riferimento a una categoria di magistrati che è presente capillarmente sul territorio: inoltre nel trattamento sanitario obbligatorio si è voluto vedere non tanto una limitazione della libertà del singolo cittadino quanto piuttosto una misura sanitaria. Sarà il giudice tutelare, che è competente per la tutela dei minori, degli interdetti, degli inabilitati e degli incapaci, a valutare l'opportunità di adottare i provvedimenti urgenti che possono occorrere per conservare e amministrare il patrimonio dell'infermo». Nello stesso senso, L. BRUSCUGLIA, *Art. 3, Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, cit., 197, secondo cui la funzione sarebbe propriamente attribuita al giudice tutelare in quanto: «giudice operatore, particolarmente indicato a conoscere di questa ulteriore delicata esperienza umana, per la serie di collegamenti che egli, nell'esercizio delle sue funzioni, può instaurare coi vari centri e servizi di igiene mentale, con i centri medici ed assistenziali posti sul territorio».

<sup>56</sup> Rientra nell'ipotesi di mancata convalida anche l'inerzia dell'autorità giudiziaria. In tali casi, il provvedimento sindacale decade con efficacia *ex tunc*.

<sup>57</sup> Va segnalato che la legge non impone al Giudice l'obbligo di sentire il paziente e nemmeno di notificargli il provvedimento sindacale che dispone il trattamento sanitario obbligatorio (Cons. Stato, Sez. I, 8 aprile 2009, n. 780 in *Ragiusan*, 307-308, 2009, 214). Tale scelta potrebbe sollevare dubbi di costituzionalità per violazione del diritto di difesa. In particolare, autorevole dottrina ha chiarito che la difesa, quale diritto inviolabile dell'uomo, deve essere riconosciuta in qualsiasi forma di giudizio (in tal senso L.P. COMOGLIO, *Art. 24*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 55 ss.), anche quello di volontaria giurisdizione (L. LANFRANCHI, *Giusto processo, 1) processo civile*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 2001, 9 ss.). Pertanto, e al fine di garantire concreta applicazione a tale diritto, sarebbe auspicabile che il contraddittorio – concreta espressione del diritto di difesa – venisse assicurato prima di qualsiasi decisione, anche non definitiva, sulle istanze proposte (L. P. COMOGLIO, *Art. 24*, cit., 58).

<sup>58</sup> Rilevante al riguardo è la Circolare del Ministero dell'Interno n. 3 del 20.07.2001 che in tema di attività di scorta espletate dai vigili urbani nel corso del trasferimento con autoambulanza di persone assoggettate al trattamento sanitario obbligatorio ha espresso il proprio avviso ritenendo che: «le funzioni di accompagnamento dei soggetti per i quali si rende obbligatorio il T.S.O. debbano essere svolte dagli operatori di polizia municipale per assicurare prioritariamente l'attuazione dei principi generali di tutela della persona fissati, in particolare dalla legge 833/78, istitutiva del servizio sanitario nazionale. Ancorché tale attività di accompagnamento esuli dai compiti istituzionali propri degli operatori di polizia municipale, questi sono, tuttavia, tenuti ad assolverla, sulla scorta delle direttive impartite dal sindaco, il quale, in tal caso, assicura e coordina lo svolgimento sia delle funzioni di polizia locale (art.1 e 2 della legge 7/3/1986, n. 65), sia di quella di autorità sanitaria, di cui è titolare nei trattamenti sanitari obbligatori, in forza della legge 23/12/1978 n. 833, art. 33, titolarità riconfermata dall'art. 117 del d.lgs. 31/3/1998 n. 112, come trasfuso nell'art. 50, comma 5, del d.lgs. 18/8/2000, n. 267, laddove è previsto che in caso di emergenze sanitarie a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale».

dal Ministero della sanità<sup>59</sup> «si tratta di un'operazione congiunta laddove il personale sanitario, lungi dall'essere deresponsabilizzato dalla presenza della forza pubblica, continua a essere titolare di un ruolo tecnico mirato alla tutela della salute del paziente, al rispetto e alla cura della sua persona, nonché al recupero di un suo consenso».

Considerata la natura del provvedimento assunto dal Sindaco, in grado di incidere su interessi fondamentali dell'individuo, la legge 180/1978 si preoccupa di fornire adeguate garanzie giurisdizionali.

Così, all'art. 5, co. 1, viene riconosciuto a chi è sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio e a chiunque vi abbia interesse, ovvero coloro che siano in grado di dimostrare un collegamento giuridicamente rilevante con uno specifico TSO<sup>60</sup>, la legittimazione all'azione<sup>61</sup>.

Analogo potere di ricorso viene, infine, attribuito al Sindaco il quale può agire avverso il decreto di mancata convalida del provvedimento di ricovero. Tale previsione, se letta unitamente al primo comma – che si preoccupa di fornire protezione all'individuo a non essere assoggettato a trattamenti che non rispettino i presupposti di legge – sottolinea l'esigenza del legislatore di non sottovalutare nemmeno l'interesse della collettività.

## 6. Trattamenti sanitari obbligatori e contenzione. Limiti costituzionali

Nonostante l'istituto del TSO, in particolar modo quello eseguito all'interno di strutture ospedaliere, sia circondato da una serie di garanzie amministrative e giurisdizionali poste a tutela del paziente, non è purtroppo infrequente il ricorso a pratiche di contenzione, vale a dire a quell'insieme di strumenti<sup>62</sup> fisici, meccanici, chimici e ambientali che vengono utilizzati coercitivamente per controllare, limitare, ridurre o escludere i movimenti di una persona o, comunque, condizionarne il comportamento<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Circolare del Ministero della Sanità – Direzione Generale Ospedali – Div. III, prot. N. 900.3/SM-E1 del 21 settembre 1992.

<sup>60</sup> Si ritiene che possano rientrare in tale categoria il coniuge, il legale rappresentante (genitore o tutore) e altresì il pubblico ministero considerato l'obbligo posto a suo carico dall'art. 73 dell'ordinamento giudiziario, di garantire la tutela degli incapaci.

<sup>61</sup> Va precisato che il ricorso avverso il provvedimento sindacale che dispone il trattamento sanitario obbligatorio, proposto davanti al tribunale, deve - ai sensi dell'art. 35, co. 1, legge 833 del 1978 - essere notificato al Sindaco, a pena di nullità ex art. 164, co. 4, c.p.c., e non al Comune. In tale materia, infatti, il Sindaco assume la qualità di ufficiale di governo, ossia di organo diretto dello Stato e non già del Comune, che deve ritenersi estraneo alla procedura in esame. In tal senso si v. Cass. Civ., Sez. I, 16 aprile 2004, n. 7244, in *Ragiusan*, 2004, 247.

<sup>62</sup> Per un approfondimento delle diverse tecniche di contenzione si veda G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 6, 2011, 1487 ss.; F. FREZZA, F. ANTONI, *Note in tema di contenzione (meccanica, ma non solo...)* in campo sanitario, in [www.omceotrieste.it](http://www.omceotrieste.it); C. SALE, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2014.

<sup>63</sup> Nel 1987 l'*omnibus budget reconciliation act* (OBRA) ha coniato una prima definizione di contenzione quale metodica manuale o fisica, strumento meccanico, materiale o altra attrezzatura applicata al corpo del paziente o nelle sue vicinanze, che non può essere rimossa facilmente dall'individuo e che ne limita la libertà dei movimenti ovvero la normale accessibilità al proprio corpo, in [http://www.ocba.net/trust/nursing\\_home\\_bill\\_of\\_rights.htm](http://www.ocba.net/trust/nursing_home_bill_of_rights.htm). Ulteriori definizioni sono poi state fornite da L.K. Evans, nel 1991, che definisce i mezzi di contenzione fisici e meccanici come quei dispositivi applicati al corpo, o nello spazio circostante la persona, per limitare la libertà dei movimenti volontari. Infine, la Federal Drug Administration individua i presidi di costrizione come quegli accessori o dispositivi creati per uso medico, adottati al fine di limitare i movimenti del paziente per il tempo necessario a consentire il trattamento, l'esame clinico o la protezione, in FDA: 21 CFR (Code

Il ricorso a tali misure, se da un lato sembra rievocare le strutture manicomiali ed una concezione della malattia mentale oramai superata, basata sull'idea che la persona affetta da disturbo mentale fosse pericolosa; dall'altro ci pone di fronte ad una delle questioni più controverse e complesse ancora oggi oggetto di riflessioni e dibattiti.

E, infatti, il tema della contenzione si colloca su un confine molto labile in cui diritti del paziente (primo fra tutti la dignità umana, ma altresì la libertà personale come diritto inviolabile) e doveri dei sanitari (di attivarsi per affrontare il pericolo di atti auto ed etero aggressivi del soggetto) si intersecano tra loro.

Si apre così una questione estremamente delicata che è quella di capire se l'esercizio di poteri coercitivi, incidenti su libertà costituzionalmente tutelate, può essere considerata una modalità di intervento legittima, o quantomeno giustificabile.

In questo paragrafo l'attenzione si concentrerà specificatamente sugli usi della contenzione fisica<sup>64</sup> e meccanica<sup>65</sup>, vale a dire su quegli interventi che, annullando totalmente o parzialmente la libertà personale, intesa come libertà di movimento, sono in grado di incidere in maniera maggiormente significativa sui diritti fondamentali della persona.

Utilizzare la forza fisica per vincere la resistenza di un paziente, ovvero legarlo al letto è indubbio che, in linea generale, rappresenti una pratica non di per sé lecita, potendo configurare alcune gravi ipotesi di reato quali la violenza privata (art. 610 c.p.), l'abuso di mezzi di correzione e disciplina (art. 571 c.p.), i maltrattamenti ripetuti (art. 572 c.p.), l'abbandono di incapace (art. 591 c.p.), fino al sequestro di persona (art. 605 c.p.)<sup>66</sup>. Del resto, i soggetti che vengono sottoposti contro la loro volontà a contenzione si troverebbero nelle medesime condizioni oggettive di coloro i quali subiscono abusi e lesioni fisiche e psichiche, che si configurano come attentati all'integrità personale, aggravati però dal fatto di essere commessi da persone responsabili della custodia della persona interessata.

Vi sono, tuttavia, situazioni in presenza delle quali la realizzazione di un fatto penalmente rilevante viene, dal nostro ordinamento, tollerato e dunque non punito in ragione del contesto in cui viene compiuto. Si tratta di ipotesi nelle quali sorge un problema di bilanciamento d'interessi: quello tutelato da una norma incriminatrice e quello a cui l'ordinamento giuridico riconosce, a certe condizioni, prevalenza e una conseguente efficacia scriminante.

Nell'ambito della procedura di TSO tali cause di giustificazione troverebbero la loro ragion d'essere nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.)<sup>67</sup>, ovvero nelle scriminanti operanti in situazioni di necessità (art. 54 c.p.) o di legittima difesa (art. 52 c.p.).

---

of Federal Regulations, Title 21) Part 801 (FDA Labeling Requirements) 21 CFR 880.6760(a), Government Printing Office, Revised April, 1, 2002, in <http://www.accessdata.fda.gov/scripts/cdrh/cfdocs/CFR-Search.cfm.?FR=880.6770>.

<sup>64</sup> Vale a dire quegli interventi che implicano l'uso della forza fisica per praticare terapie, senza l'ausilio di alcun mezzo impeditivo.

<sup>65</sup> Tale forma di contenzione consiste nel blocco totale o parziale del corpo attraverso l'uso di presidi o supporti impeditivi dei movimenti.

<sup>66</sup> Per un maggior approfondimento si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 290.

<sup>67</sup> Quando sussiste il concreto rischio che l'incolumità fisica o la vita del paziente sia in pericolo, l'operatore di salute mentale non ha solo il potere, ma anche il dovere, che gli viene imposto dalla posizione di garanzia, di intervenire, ex art. 40, co. 2, c.p., in soccorso del malato apprestando qualunque mezzo a disposizione. In tal

Invero, l'ipotesi di un dovere giuridico di contenere meccanicamente il paziente psichiatrico solleva alcune questioni, posto che l'eventuale giustificazione di strumenti o comportamenti finalizzati all'adempimento di doveri d'ufficio richiede disposizioni normative che fondino il potere contenitivo del medico. Norma giuridica che, secondo i sostenitori<sup>68</sup> di tale tesi andrebbe ricercata nell'art. 60, R.D. 16 agosto 1909, n. 615, attuativo della l. 14 febbraio 1904, n. 36.

Si tratta di una posizione tutt'altro che pacifica.

In primo luogo, perché vi sono dei dubbi in ordine al fatto che tale disciplina possa considerarsi ancora in vigore, dopo l'avvento della l. 13 maggio 1978 che l'avrebbe tacitamente abrogata, in quanto con essa incompatibile<sup>69</sup>.

Deve, inoltre, essere verificata la conformità di tale normativa alle garanzie costituzionali. In altre parole, trattandosi dell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica, non possono considerarsi legittimi mezzi vietati dalla legge o comunque proibiti in mancanza delle particolari garanzie previste dalla Costituzione.

Si ritiene pertanto che l'intervento del medico debba ritenersi anche doveroso, alla luce della particolare qualifica soggettiva rivestita e della natura dell'attività svolta, nei limiti in cui la condotta trovi giustificazione nelle scriminanti operanti in situazioni di necessità (difensivo ex art. 52 c.p. o di necessità ex art. 54 c.p.). In altri termini, la contenzione può essere considerata legittima solo quando costituisce l'unico modo per mettere in sicurezza urgentemente interessi fondamentali – come l'incolumità fisica o la vita di una persona – contro una violenza illegale o in presenza di un pericolo determinato dallo stato di incapacità di intendere e volere del paziente.

---

senso si è espressa Cass. Pen., Sez. IV, 29 dicembre 2008, n. 48292, in F. GIUNTA, G. LUBINU, D. MICHELETTI, P. PICCIALLI, P. PIRAS, C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, Napoli, 2011, 16 ss. Tuttavia, come ribadito da Cass. Pen., Sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497, in *Foro italiano*, 3, 2, 2019, 162, «la posizione di cui è titolare il sanitario, e gli obblighi di protezione e custodia che dalla stessa scaturiscono, non consentono comunque di superare i limiti previsti dalla legge per l'uso della contenzione e ciò in considerazione della natura dei beni costituzionalmente protetti su cui tale presidio viene ad incidere, individuabili, non solo nella libertà personale, ma anche nell'integrità fisica (viste le sofferenze fisiche e psicologiche ad esso legate) e nella dignità umana». Per una disamina in dottrina della posizione di garanzia in psichiatria si rimanda a G. DODARO, *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Milano, 2011. Dall'esame della sentenza della Cass. Pen., n. 50497/2018 pare che la scriminante di cui all'art. 51 c.p. non sia in grado di conferire assoluta liceità a qualsiasi intervento contenitivo, per quanto posto in essere da un soggetto pacificamente investito di obblighi di protezione e controllo, e questo a prescindere dal rispetto delle condizioni di necessità fissate in sentenza. Tale tesi è stata ripresa anche dalla dottrina che ricorda come ai fini dell'operatività dell'art. 51 sia necessario svolgere una valutazione di oggettiva strumentalità della condotta all'adempimento dell'obbligo, nonché, un giudizio di bilanciamento con l'interesse protetto dalla norma incriminatrice violata. In tal senso F. VIGANÒ, *sub art. 51*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI, G.L. GATTA, Milano, 2015, 69.

<sup>68</sup> G. PAVICH, *Profili generali di liceità ed illiceità nella contenzione dei pazienti psichiatrici*, in *Rivista penale*, 2008, 367 ss.

<sup>69</sup> Di contrario avviso: G.M. POLSELLI, *Iter legislativo e assistenza psichiatrica in Italia*, in S. CARTA e P. PETRINI (a cura di), *Quale futuro per la legge 180? Psicoanalisi e cure psichiatriche in Italia*, Roma, 2005, 132. In giurisprudenza, Trib. min. Bari, 2 luglio 2009, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Proprio perché tali scriminanti sono in grado di rendere eccezionalmente lecito l'utilizzo della contenzione devono essere valutate in maniera rigorosa verificando la sussistenza di alcuni elementi fondamentali: l'attualità<sup>70</sup> del pericolo, la necessità della difesa o del salvataggio, la proporzionalità dell'intervento<sup>71</sup>, e, infine, la mancanza di alternative<sup>72</sup>.

Quando tale pericolo cessa, anche il ricorso alla contenzione deve interrompersi, non potendo protrarsi oltre i limiti strettamente necessari<sup>73</sup>.

Se dunque si riconosce che l'uso di tale pratica sia ammesso solo in situazioni eccezionali di pericolo all'integrità fisica delle persone (paziente e/o terzi che con lui interagiscono), si aderisce a quella tesi, recentemente confermata dalla giurisprudenza della Cassazione penale<sup>74</sup>, che nega la natura di atto

<sup>70</sup> Il concetto di attualità deve essere interpretato in modo restrittivo. Non deve dunque essere utilizzato per giustificare, in chiave precauzionale, interventi di auto difesa o di soccorso anticipati rispetto ad un comportamento non ancora giunto ad esecuzione, richiedendosi, invece, un pericolo già in atto e riconoscibile attraverso elementi obiettivi che il sanitario deve avere cura di indicare in modo puntuale e dettagliato. In tal senso, in dottrina si veda D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011, 263. Inoltre, la valutazione dell'attualità del pericolo deve sussistere nel tempo e, questo, implica, un "costante monitoraggio del paziente", con riscontro in cartella clinica di tale monitoraggio.

<sup>71</sup> Tale requisito attiene alle modalità di applicazione della contenzione. Come chiarito da Cass. Pen. Sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497, cit., posto che «per la sua estrema invasività, tale presidio deve essere applicato, oltre che nei limiti dello stretto necessario, verificando, anche in conseguenza clinica, se sia sufficiente il blocco solo di alcuni arti o se il pericolo di pregiudizio sia tale da imporre il blocco ad entrambi i polsi e caviglie».

<sup>72</sup> Come è stato osservato dal Comitato Nazionale per la Bioetica in un parere pubblicato sul Libro Bianco del Consiglio d'Europa, 1999, «il paziente ha diritto a un trattamento privo di coercizioni e rispettoso della dignità umana con accesso alle più opportune tecniche di intervento medico, psicologico, etico e sociale», talché «la contenzione può essere praticata solo in casi eccezionali in mancanza di alternative».

<sup>73</sup> Sul tema della durata della contenzione non vi sono indicazioni precise al riguardo. I protocolli operativi, cautamente, si limitano a fornire solo alcune indicazioni prevedendo che l'atto deve essere applicato limitatamente al tempo necessario per la risoluzione delle condizioni che l'anno motivato, fissando, nel caso di contenzione a letto, una durata di validità che in media non dovrebbe superare le dodici ore. Trascorso tale termine è possibile ricorrere nuovamente all'istituto per un numero di volte e per una durata complessiva indefinita, posto che non viene indicato alcun limite. Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, nel Libro Bianco del Consiglio d'Europa, dedicato al trattamento dei pazienti psichiatrici, 1999, ha richiamato l'attenzione sulla necessità che l'impiego della contenzione venga limitato nel tempo.

<sup>74</sup> Ci si riferisce alla sentenza della Cass. Pen., Sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497, cit. Con tale sentenza è arrivata a conclusione la vicenda di Franco Mastrogiovanni, il quale era stato ricoverato il 31 luglio 2009 presso l'ospedale di Vallo della Lucania, in esecuzione di un trattamento sanitario obbligatorio disposto per lo stato di «agitazione psicomotoria, alterazione comportamentale ed etero aggressiva» riscontrato il giorno precedente. Poco dopo l'ammissione nel reparto di psichiatria viene sedato farmacologicamente (contenzione farmacologica) e successivamente anche meccanicamente, attraverso «fascette dotate di viti di fissaggio applicate ai quattro arti e fissate alle sbarre del letto». Mastrogiovanni non viene più liberato dalla contenzione e dopo oltre ottanta ore ne viene constatato il decesso. Venivano quindi formulati a carico del primario, nonché dei medici e degli infermieri che si erano succeduti in reparto, i seguenti capi di imputazione: sequestro di persona (art. 605 c.p.), morte come conseguenza di altro reato (art. 586 c.p.) e, limitatamente ai medici, falso ideologico in atto pubblico (art. 479 c.p.).

In primo grado, il Tribunale di Vallo della Lucania condanna solo i medici; mentre assolveva gli infermieri per i reati di cui agli artt. 605 e 586, ritenendo operante la scriminante dell'errore su un ordine illegittimo ex art. 51 comma 3, in conseguenza del loro ruolo subordinato. La Corte di appello di Salerno, nel confermare la condanna dei medici stante l'assenza delle condizioni previste dall'art. 54 c.p., condannava anche gli infermieri in ragione dei loro doveri professionali e dei rapporti funzionali con il personale medico. La Cassazione ha sostanzialmente confermato l'impianto della sentenza di appello.

medico<sup>75</sup> alla contenzione. È d'altra parte innegabile che l'immobilizzazione del paziente non abbia, in sé, effetti curativi, così come pare difficile escludere che possa svolgere, nell'ambito dell'assistenza al malato psichiatrico, un ruolo strumentale al trattamento medico complessivo.

Secondo i Giudici, in particolare, il ricorso a questo strumento non risponde ad una finalità di tutela della salute e dell'incolumità fisica del paziente, non essendo funzionale alla cura del soggetto né a produrre materialmente l'effetto di migliorare le condizioni di salute del paziente. A differenza, quindi, dell'attività sanitaria – caratterizzata, ai sensi dell'art. 32 Cost., da una finalità terapeutica e diagnostica, e destinata ad alleviare le sofferenze del malato terminale, in quanto comunque diretta a migliorarne le condizioni complessive (c.d. trattamento del dolore)<sup>76</sup> – la contenzione svolge una mera funzione di tipo “cautelare”, essendo diretta a salvaguardare l'integrità fisica del paziente, o di coloro che vengono a contatto con quest'ultimo, allorquando ricorra una situazione di concreto pericolo per l'incolumità dei medesimi.

La ricostruzione fornita dai Giudici si pone, quindi, in linea con la legislazione in materia di salute mentale. Da sempre, infatti, la contenzione, proprio in considerazione dei suoi effetti particolarmente invasivi per l'integrità fisica, è stata considerata una pratica da circoscrivere a situazioni del tutto straordinarie<sup>77</sup>. La legge Basaglia poi, attribuendo la piena titolarità dei diritti civili dei soggetti affetti da malattie mentali – assegnando valore primario alle esigenze della persona e al diritto alla salute e alla cura – rende illecito il ricorso ai mezzi di contenzione, se non in quanto rappresenti l'unico strumento idoneo a scongiurare il pericolo di grave danno alla salute.

Ne consegue, allora, che l'uso della contenzione rappresenta una evenienza del tutto eccezionale a cui il sanitario può ricorrere solo in situazioni straordinarie in cui manchino alternative e comunque garantendo sempre il rispetto della dignità della persona<sup>78</sup>. Entro questi limiti si possono così ritenere

<sup>75</sup> Di diverso avviso R. CATANESI, F. CARABELLESE, G. TROCCOLI, *Contenzione fisica in psichiatria*, in V. VOLTERRA (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Milano, 2010, 970, i quali pur ritenendo che la contenzione non rappresenti una misura terapeutica in senso stretto, proprio perché non è destinata al superamento della malattia, tendono comunque a qualificarla come atto sanitario in quanto rivolta alla tutela della vita e della salute.

<sup>76</sup> In questo senso A. CRESPI, *La responsabilità penale del trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, in *Collana di Studi Penalistici*, Palermo, 1955, 8 ss.

<sup>77</sup> Fino alla legge 180 del 1978 l'uso della contenzione era eccezionalmente consentito dall'art. 60 del Regolamento per l'esecuzione della legge manicomiale del 1904 (Regio Decreto 16 agosto 1909, n. 615) che stabiliva: «Nei manicomi debbono essere aboliti o ridotti ai casi assolutamente eccezionali i mezzi di coercizione degli infermi e non possono essere usati se non con l'autorizzazione scritta del direttore o di un medico dell'Istituto. Tale autorizzazione deve indicare la natura e la durata del mezzo di coercizione. L'autorizzazione indebita dell'uso di detti mezzi rende passibili coloro che ne sono responsabili di una pena pecuniaria da L. 300 a L. 1000, senza pregiudizio delle maggiori pene comminate dal Codice penale. L'uso di mezzi di coercizione è vietato nella cura in case private. Chi contravviene a tale disposizione è soggetto alla stessa pena stabilita dal comma precedente». A tale norma si è poi ispirato l'ordinamento penitenziario (legge 354 del 1975) che all'art. 41, prevede le condizioni e i limiti per l'utilizzo della forza fisica e dei mezzi di coercizione all'interno degli istituti di pena.

<sup>78</sup> Sul punto particolarmente importante è il parere espresso dal Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, 23 aprile 2015. In particolare, il CNB ribadisce la necessità del superamento della contenzione, «nell'ambito di un nuovo paradigma della cura fondato sul riconoscimento della persona come tale (prima ancora che come malato e malata), portatrice di diritti. Il rispetto dell'autonomia e della dignità della persona è anche il presupposto per un intervento terapeutico efficace». Il ricorso alle tecniche di contenzione

rispettati l'art. 13 Cost., che vieta qualsiasi forma di restrizione della libertà personale se non alle condizioni tassativamente stabilite dalla legge, e l'art. 32 Cost. che sancisce il divieto di violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Se, dunque, la contenzione può rappresentare, seppur con i limiti sopra enunciati, un'attività non illecita, bisogna chiedersi quali conseguenze possono sorgere nel caso in cui il sanitario tenga una condotta omissiva. In altre parole, ci si chiede se la mancata applicazione di una misura contenitiva possa integrare una responsabilità in capo all'operatore.

Pare condivisa in giurisprudenza<sup>79</sup> la tesi che, in tali circostanze, possa profilarsi il reato di abbandono di persona incapace, previsto dall'art. 591 c.p., posto che rientra nell'attività del sanitario curare e prendersi cura della persona, anche attraverso l'utilizzo di strumenti che, in ragione della particolare situazione, possano considerarsi necessari.

Laddove, poi, dall'abbandono dovesse derivare la morte o le lesioni del paziente, l'operatore potrebbe essere imputato per l'aggravante di cui al comma 3 dell'art. 591 c.p., ovvero, nel caso in cui sia possibile dimostrare la sussistenza del dolo per aver accettato anche solo il rischio del verificarsi dell'evento, per i reati di omicidio doloso (art. 575 c.p.) o lesioni personali dolose (art. 582 c.p.).

## 7. Conclusioni

La metamorfosi compiuta in tema di salute mentale e, in particolare, sulla considerazione della condizione giuridica delle persone affette da tale disturbo ha portato ad un quadro normativo nel quale va consolidandosi, in forma pressoché definitiva, la dimensione individuale e consensuale del paziente nel processo decisionale clinico. Anche l'obiettivo della medicina non è più solo quello di curare una malattia, ma di massimizzare lo stato di benessere fisico e psichico dell'individuo.

In questo quadro di riferimento, in cui l'autodeterminazione del soggetto assume la qualificazione di diritto indegradabile e la volontà – che si esplica attraverso la manifestazione del consenso informato da parte del paziente – l'elemento che giustifica il legittimo esercizio degli interventi in campo sanitario, il potere di imporre trattamenti obbligatori risulta sottoposto dalla Costituzione, a precisi limiti che non devono essere superati e a condizioni che devono essere rispettate.

Il rispetto della persona umana costituisce un principio cardine che si pone alla base di tutta la normativa regolando i rapporti tra medico e paziente, le modalità di esecuzione del trattamento e promuovendo il diritto del soggetto a mantenere una vita sociale e lavorativa.

Non è stato un cammino facile ma dall'esame del contesto costituzionale della disciplina sui trattamenti sanitari obbligatori coercitivi e della giurisprudenza è possibile ravvisare, ad avviso di chi scrive, un quadro positivo delle garanzie poste a tutela delle persone affette da malattie mentali che ci induce a sostenere, almeno da un punto di vista formale, il definitivo riconoscimento del diritto di cittadinanza anche a tali soggetti.

---

meccanica «deve rappresentare l'*extrema ratio* e si deve ritenere che anche nell'ambito del Trattamento sanitario obbligatorio (TSO) possa avvenire solamente in situazioni di reale necessità e urgenza in modo proporzionato alle esigenze concrete, utilizzando le modalità meno invasive e solamente per il tempo necessario al superamento delle condizioni che abbiano indotto a ricorrevi».

<sup>79</sup> Si veda Cass. Pen., Sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 6581, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. Pen. Sez. IV, 20 maggio 2010, n. 19310, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Certamente il ricovero esiste ancora, non più però con il concetto di custodia ma seguendo le esigenze terapeutiche del paziente, e, dunque, funzionale a finalità curative. Le persone portatrici di sofferenze mentali non sono più considerate come malati di mente, ma come cittadini che, al pari degli altri, godono di diritti e doveri. Sono consapevole che il richiamo ai principi di dignità e libertà della persona umana non significa accertarne la loro effettività, per tale ragione, credo che per un sistema normativo come il nostro, che assume la solidarietà e la tutela dei soggetti deboli, come obiettivo fondamentale dell'azione dei pubblici poteri e delle istituzioni sociali, non ci si debba ancora accontentare essendo necessaria, da parte del legislatore e della giurisprudenza, una costante e continua attenzione alle aspirazioni e ai bisogni concreti del soggetto vulnerabile, per arrivare a cristallizzare, quello che S. Rodotà<sup>80</sup>, richiamando la celebre definizione di Hanna Arendt<sup>81</sup>, chiama «il diritto di avere diritti».

---

<sup>80</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, 2012, Roma-Bari.

<sup>81</sup> H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, 1951. Ed. italiana 1967.

## Costituzione e generi: argomenti interpretativi e teorie sulla differenza sessuale

Ilenia Massa Pinto\*

CONSTITUTION AND GENDER: INTERPRETATIVE ARGUMENTS AND THEORIES ABOUT SEXUAL DIFFERENCE

ABSTRACT: The paper hangs out the main arguments used to interpret constitutional principles regarding gender issues. These arguments are considered to the light of the most widespread theories about sexual difference. Moreover, the analysis critically deals with constitutional judgments regarding political representation and suggests reading the political representation theory to the light of the dilemmatic approach of sexual difference.

KEYWORDS: Gender; constitutional principles; interpretation; political representation theory; dilemmatic approach of sexual difference

SOMMARIO: 1. Il maschile e il femminile tra natura e cultura, differenza e uguaglianza – 2. La Costituzione italiana e le teorie sulla differenza sessuale – 2.1. La differenza irriducibile – 2.2. Il decostruzionismo – 2.3. L'approccio dilemmatico della differenza uomo-donna e la rappresentanza politica duale – 2.3.1. Lo stato della giurisprudenza costituzionale in materia di rappresentanza politica di genere – 2.3.2. La teoria della rappresentanza politica e i due corpi del rappresentante

### 1. Il maschile e il femminile tra natura e cultura, differenza e uguaglianza

La costruzione dei *generi* maschile e femminile (concetto proprio delle scienze sociali) prende le mosse dal *fatto* che alla differenza dei *sessi* maschile e femminile (concetto proprio delle scienze naturali) corrisponde una subordinazione del femminile al maschile. Il concetto di *genere* è nato polemicamente per sostenere che i caratteri diffusamente attribuiti rispettivamente al femminile e al maschile non sono caratteri biologici, ma il prodotto della costruzione sociale, che determina il rapporto di subordinazione del femminile al maschile<sup>1</sup>.

\* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università di Torino. Mail: [ilenia.massapinto@unito.it](mailto:ilenia.massapinto@unito.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

<sup>1</sup> In tal senso il termine *genere* comincia a diffondersi a partire dalla metà degli anni Settanta. Sul punto la letteratura è assai ampia. Cfr. almeno C. SARACENO, *Pluralità e mutamento. Riflessioni sull'identità al femminile*, Milano, 1992; S. PICCONE STELLA, C. SARACENO (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Bologna, 1996; T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, 1998; E. CISLAGHI, *Genere: storia di un concetto*, in B. PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, I, Bergamo, 2012, 75 ss. (e la bibliografia ivi indicata). Con le parole di quest'ultima, l'«aspetto centrale della funzione del concetto di genere [è] quello di portare alla luce le pratiche sociali implicite che nascondono relazioni di potere asimmetriche tra i sessi». Il genere «emerge come una categoria delle scienze sociali capace di evidenziare e descrivere le caratteristiche che culturalmente e socialmente vengono attribuite al sesso, ossia è in grado di fornire un resoconto delle strutture socio-culturali operanti nella definizione di ciò che è il maschile e che è il femminile in un dato tempo e in un dato luogo. Il genere contemporaneamente traduce e ribadisce l'assunto che

La parola impiegata per esprimere il concetto nelle scienze sociali deriva, per estensione, dalla parola con cui si indica una categoria grammaticale in alcune famiglie linguistiche: se nel caso degli esseri viventi il genere grammaticale corrisponde al sesso, nel caso degli esseri non viventi il genere grammaticale è dovuto a una convenzione meramente linguistica. Ma sarebbe forse più corretto dire che tra genere grammaticale e genere sociale esiste una influenza reciproca in una relazione bidirezionale: sarebbe interessante cioè approfondire il discorso per verificare se il genere grammaticale, tale per convenzione, sia sintomatico di ciò a cui rinvia il genere sociale. Il giorno e la notte; il Sole e la Luna; lo spirito e la materia; il cielo e la terra; il diritto e la giustizia; il (potere) legislativo e la legislazione; il (potere) giudiziario e la giurisdizione; il (potere) esecutivo e l'esecuzione e l'amministrazione... forse non sono solo generi grammaticali<sup>2</sup>.

Peraltro le rivendicazioni linguistiche di genere riflettono l'ambiguità profonda del relativo concetto sociale. La pretesa d'introdurre regole artificiali con l'obiettivo di modificare la morfologia delle parole affinché queste possano rinviare all'esistenza della duplicità sessuale, si traduce in fondo nella rivendicazione di una differenza in nome di un'eguaglianza. E tale pretesa di differenziare, in nome dell'eguaglianza, sta altresì alla base di numerose rivendicazioni femminili in una molteplicità di campi della vita sociale: famiglia, lavoro, rappresentanza politica, etc.

Eguali e diversi, dunque. Proprio in questa ambiguità trae origine la costruzione del genere nelle scienze sociali: «Gli uomini e le donne sono, è ovvio, diversi. Ma non sono così diversi come il giorno e la notte, la terra e il cielo, lo *yin* e lo *yang*, la vita e la morte. Dal punto di vista della natura gli uomini e le donne sono più simili gli uni alle altre che a qualsiasi altra cosa – alle montagne, ai canguri o alle palme da cocco. L'idea che siano diversi tra loro più di quanto ciascuno di essi lo è da qualsiasi altra cosa deve derivare da un motivo che non ha niente a che fare con la natura»<sup>3</sup>. La costruzione del genere

---

la relazione tra i sessi è una relazione gerarchica, una relazione per cui il maschile è codificato come superiore e il femminile come inferiore con lo scopo di evidenziare le strutture di potere che soggiacciono a tale codificazione. La comparsa del termine genere segna una "rivoluzione". Grazie al genere è possibile indicare che l'appartenenza ad un sesso (uno dei due) dell'essere umano si configura anche come sociale, si carica di significati socialmente definiti e contestuali. Questo permette di liberarsi dalla gabbia del determinismo biologico» (ivi, 89-90). B. PEZZINI, *Costruzione del genere e Costituzione*, in B. PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere*, cit., 17-18, avverte però che «solo in una prima approssimazione si può assumere la differenza sessuale come il dato biologico in qualche modo pre-esistente (e resistente) all'elaborazione sociale e culturale in termini di genere; se è plausibile distinguere tra sesso e genere, in base alla considerazione che il sesso restituisce il dato biologico della esistenza di uomini e donne, mentre il *genere* identifica il dato culturale e sociale (quanto vi sia di socialmente determinato nella differenziazione tra uomini e donne), è altrettanto indispensabile ricordare che l'appartenenza sessuale delle persone, la delimitazione e la numerazione dei sessi, la definizione biologica e/o genetica del sesso costituiscono *operazioni sociali*, socialmente e culturalmente determinate (e, quindi, tutte costruite anche giuridicamente). Sesso e genere si inseguono come un gatto che si morde la coda, senza che possiamo stabilire una volta per tutte se il primo costruisca il secondo, o viceversa».

<sup>2</sup> Tra l'altro si vedano le interessanti osservazioni di A. SIMONE, *Diritto/Diritti/Giustizia e pensiero femminista: breve storia di un rapporto controverso*, in A. SIMONE, I. BOIANO (a cura di), *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, Argomentazione, Interpretazione*, Roma, 2018, 13 ss.

<sup>3</sup> G. RUBIN, *The traffic in women: Notes on the «Political Economy» of Sex*, in R. REITER (a cura di), *Towards an anthropology of women*, New York, 1975, 157; S. PICCONE STELLA, C. SARACENO, *Introduzione. La storia di un concetto e di un dibattito*, in S. PICCONE STELLA, C. SARACENO (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, cit., 7.

ha a che vedere, in ultima analisi, con la trasformazione della sessualità biologica in prodotti dell'attività umana e nella organizzazione della divisione dei compiti tra uomini e donne.

## 2. La Costituzione italiana e le teorie sulla differenza sessuale

Nella Costituzione italiana non compare la parola *genere*. E tuttavia le disposizioni costituzionali rilevanti rispetto alle (diffusamente qualificate come) questioni di genere sono diverse: alcuni enunciati costituzionali, anche se non fanno esplicito riferimento al genere – in quanto il riferimento espresso è ai sessi –, sono però formulati come regole di genere in quanto, riconoscendo le differenti situazioni di fatto e i differenti ruoli sociali che gli uomini e le donne hanno, dispongono tutele e garanzie specifiche nei diversi ambiti di vita<sup>4</sup>.

Alcuni enunciati risentono, nella loro formulazione, del contesto culturale nel quale furono adottati, e le loro potenzialità interpretative riflettono l'ambiguità stessa del concetto che sottintendono: essi infatti mettono in luce la costante tensione tra eguaglianza e differenza di cui sopra si è detto, in quanto consentono di rinviare al concetto di genere, da un lato, al fine di svelare (*per eliminare*) la costruzione culturale del femminile e del maschile, e, dall'altro, al fine di svelare (*per mantenere*) la differenziazione del femminile e del maschile con l'obiettivo di fondare, in ultima analisi, categorie giuridiche sessuate.

Proprio sulla base di tali premesse, il lavoro che segue si propone di illustrare l'uso che sinora è stato fatto delle disposizioni costituzionali alla luce delle principali teorie sulla differenza sessuale. Poiché il tema delle differenze di sesso/genere coinvolge trasversalmente una pluralità di materie, non sarebbe possibile in questa sede proporre un'analisi organica dell'uso di tutte le disposizioni costituzionali rilevanti da parte di tutti gli attori coinvolti a partire dall'entrata in vigore della Costituzione stessa<sup>5</sup>. Ci si limiterà pertanto a evidenziare alcune argomentazioni impiegate dalla Corte costituzionale dal punto di vista di alcune teorie sulla differenza sessuale, e una particolare attenzione sarà dedicata al tema della rappresentanza politica. Questa chiave di lettura sembra un punto di vista particolarmente privilegiato per mettere in luce, da un lato, tutta la complessità, e spesso l'ambiguità, e, dall'altro, l'imprescindibilità del concetto di cui si tratta, come si vedrà proprio in materia di rappresentanza politica.

### 2.1. La differenza irriducibile

In un primo gruppo di sentenze si può evidenziare l'uso di alcuni argomenti sintomatici della teoria secondo la quale la base biologica della differenza sessuale sarebbe essenziale per la definizione delle

<sup>4</sup> Per una ricostruzione sistematica v., da ultimo, B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in AA. VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Milano, 2017, 37, la quale ricava dalle disposizioni costituzionali un *indirizzo* che riassume nella formula «*principio anti-subordinazione di genere*», che «*impone la costruzione e promozione dell'uguaglianza non solo come rimozione delle discriminazioni, ma soprattutto come "affrancamento", come liberazione della condizione femminile dalla storica subordinazione patriarcale nella famiglia e dalla esclusione dagli spazi di partecipazione pubblica*».

<sup>5</sup> Sul ruolo della giurisprudenza costituzionale nella costruzione del genere v. da ultimo B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, cit., 35 ss.

qualità del soggetto<sup>6</sup>. In questa prospettiva, le differenze biologiche sarebbero alla base dello sviluppo di qualità vitali e sociali incomponibili: se dunque è vero che i due generi sono culturalmente costruiti, è altresì vero che tale costruzione parte da un sostrato biologico imprescindibile.

Il nucleo essenziale di questa teoria può essere rintracciato in alcune argomentazioni della Corte costituzionale, che vi ha fatto ricorso con esiti opposti. Da un lato, infatti, questa teoria può prestarsi a sostenere interpretazioni destinate a mettere in luce un ruolo specifico e, in quanto tale, imprescindibile della donna, e delle sue qualità materne in senso ampio (capacità psicologiche, relazionali, conoscitive, etc.) nel progresso sociale su temi di interesse generale<sup>7</sup>. Dall'altro, al contrario, la medesima teoria può facilmente prestarsi a usi che si risolvono nella attestazione della verità di (pre)giudizi su (presunte) attitudini tipicamente femminili, che giustificerebbero un margine di apprezzamento del legislatore.

Come noto, a quest'ultimo esito hanno condotto gli argomenti impiegati dalla Corte nella sua giurisprudenza al fine di salvare discipline discriminatorie nei confronti delle donne. L'argomento interpretativo impiegato in queste occasioni è quello della "natura delle cose", sebbene non sempre la Corte lo dichiara espressamente: come altrove si è dimostrato<sup>8</sup>, infatti, l'argomento della "natura delle cose" è per lo più impiegato in modo occulto, camuffato dietro le vesti di altri argomenti interpretativi, a causa della sconvenienza di un suo uso esplicito negli ordinamenti moderni, dove impera la

<sup>6</sup> Tra le altre, possono essere ricondotte a questo filone le teorie sulla differenza sessuale di A. RICH, *Of woman born* (1976), trad. it., *Nato di donna*, Milano, 1977; N. CHODOROW, *The reproduction of mothering: psychoanalysis and the sociology of gender* (1978), trad. it., *La funzione materna: psicanalisi e sociologia del ruolo materno*, Milano, 1991; M. DALY, *Gyn/Ecology: The Metaethics of radical feminism*, Londra, 1991; S. RUDDICK, *Maternal Thinking. Towards a Politics of Peace* (1989), trad. it., *Il pensiero materno. Pacifismo, antimilitarismo nonviolenza: il pensiero della differenza per una nuova politica*, Como, 1993.

<sup>7</sup> Specie nella giurisprudenza più risalente questo uso è però alquanto raro. A titolo esemplificativo, si può forse leggere il nucleo di questa teoria nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 172 del 2001, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione d'illegittimità costituzionale della norma che impone che i due componenti non togati del Tribunale per i minorenni siano di sesso diverso: la «disposizione rivela come il legislatore abbia considerato tuttora fondamentale la presenza nel tribunale per i minorenni di giudici onorari di sesso diverso, in modo che nelle sue decisioni il collegio possa sempre avvalersi del peculiare contributo di esperienza e di sensibilità proprie del sesso di appartenenza»; «tale risultato può conseguirsi soltanto con la disposizione in esame, la quale garantisce appunto la diversità di sesso dei componenti laici, consentendo così al tribunale una completezza di prospettive, che potrebbe non verificarsi, ove la composizione laica del collegio non fosse obbligatoriamente differenziata in relazione al detto requisito»; «quantunque la norma in esame sia stata emanata per consentire la partecipazione femminile nei collegi giudicanti in un determinato momento storico nel quale operavano ancora discriminazioni in ragione del sesso, deve tuttavia osservarsi che per effetto dell'ammissione delle donne alla magistratura [...] la *ratio legis* della norma impugnata non è divenuta anacronistica [...], bensì ha assunto un diverso significato, consistente [...] nell'assicurare che le decisioni del tribunale per i minorenni siano adottate con apporti di carattere scientifico e, al tempo stesso, con una completa proposizione di prospettive e di analisi». Questi esiti interpretativi richiamano la terza teoria della differenza sessuale della quale si dirà nel testo, ossia l'approccio dilemmatico (cfr. § 2.3.).

<sup>8</sup> I. MASSA PINTO, *La superbia del legislatore di fronte alla "natura delle cose". Studio sulle tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale in cui è invocato l'art. 29 della Costituzione*, Torino, 2012.

presunzione che le organizzazioni giuridiche debbano essere strutturate sulla base della preminenza di processi di formazione volontaria e finalizzati, anziché spontanei e casualmente determinati<sup>9</sup>.

Si tratta della nota giurisprudenza sulla partecipazione delle donne all'amministrazione della giustizia nelle Corti d'assise e nei Tribunali per i minorenni, nella quale la Corte salvò una "quota azzurra"<sup>10</sup>, e di quella in materia di adulterio<sup>11</sup>.

Rientrano in questo gruppo anche quelle pronunce che, pur avendo in taluni casi salvato trattamenti legislativi disposti in favore delle donne, tuttavia ricorrono a motivazioni che non esitano ad associare la diversità femminile alla "naturale" vocazione familiare e alle specifiche attitudini delle donne, attraverso un'interpretazione stereotipata dei parametri costituzionali: si rintracciano tali argomenti nella giurisprudenza sul diverso trattamento in materia di pensionamento per vecchiaia<sup>12</sup>; nella giurisprudenza che salva la disciplina che esclude gli uomini dalla pensione ai superstiti<sup>13</sup>; nella giurisprudenza

<sup>9</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1980, 379. Per un diverso uso dell'argomento della "natura delle cose", cfr. S. NICCOLAI, *Femminismo ed esperienza giuridica. A proposito del ritorno di una antica regula juris*, in A. SIMONE, I. BOIANO (a cura di), *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, Argomentazione, Interpretazione*, cit., 27 ss.

<sup>10</sup> Corte costituzionale, sent. n. 56 del 1958, poi superata dalla sent. n. 33 del 1960, anche se in quest'ultima occasione la Corte si lasciò aperta la possibilità in futuro di valutare la ragionevolezza di eventuali differenziazioni stabilite dal legislatore sempre in relazione alle particolari attitudini dei due sessi. C. ESPOSITO, *Il sesso e i pubblici uffici*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1960, 568, lesse infatti la sentenza del 1960 nel segno della continuità rispetto a quella del 1958.

<sup>11</sup> Corte costituzionale, sent. n. 64 del 1961, poi superata dalla sent. n. 127 del 1968.

<sup>12</sup> Corte costituzionale, sent. n. 123 del 1969: «un criterio oggettivamente attitudinario può essere ammesso come giusta causa di differenziato trattamento fra uomo e donna. Orbene, il fatto di potere utilizzare le prestazioni della donna fino a 55 anni, piuttosto che fino a 60, tenendo conto della costituzione, della capacità, della resistenza a particolari lavori faticosi, del rendimento e di altri fattori, che si compendiano nel termine attitudine, importa una valutazione tecnica, normalmente consentita al legislatore»; «la norma costituzionale non afferma soltanto [la] parità, ma intende altresì salvaguardare l'essenzialità della funzione familiare della donna. Perciò, rimette al legislatore il potere di fare alla donna un trattamento differenziato, stabilendo condizioni di lavoro che le permettano di curare gli interessi familiari. La Corte ritiene che rientri fra questi poteri, sia pure in modo indiretto, anche quello di limitare nel tempo il periodo in cui la donna venga distratta dalle cure familiari e di consentire che, giunta ad una certa età, essa torni ad accudire esclusivamente alla famiglia, con l'apporto anche di quella pensione che le spetta»; ord. n. 868 del 1988: l'attribuzione alla donna di un trattamento di maggior favore rispetto all'uomo in tema di pensionamento per vecchiaia non contrasta col principio di parità in materia di lavoro: «infatti l'attribuzione di benefici ai fini del collocamento anticipato in pensione delle lavoratrici, rispetto ai lavoratori, trova razionale giustificazione nella particolare vocazione familiare della donna, riconosciuta dall'art. 37 Cost. in relazione alla sua attività lavorativa»; «tale giustificazione appare ancor più valida riguardo a benefici che, come quello in questione, tendono a consentire alla donna una tempestiva scelta in favore di una maggiore realizzazione della propria personalità nell'ambito familiare»; pertanto «la differenza di trattamento lamentata dal giudice a quo non è irragionevole e spetta unicamente al legislatore di valutare, in relazione all'evoluzione della società ed alle implicazioni finanziarie inerenti al sistema previdenziale, l'opportunità di abrogare o modificare la norma in esame»; ord. n. 703 del 1988: «la esistente disparità uomo-donna in relazione all'età pensionabile trova adeguata giustificazione nella necessità della donna di soddisfare esigenze a lei peculiari e proprie di essa, che non hanno riscontro nella condizione dell'uomo». Questa giurisprudenza è stata poi superata dalle sentenze n. 137 del 1986 e n. 498 del 1988.

<sup>13</sup> Corte costituzionale, sentenze n. 119 e n. 201 del 1972: richiamando il suo stesso precedente, la Corte contesta l'argomento del giudice *a quo* prendendo le mosse da una «realtà sociale che, nonostante l'esistenza di una normativa (anche costituzionale) rivolta al conseguimento della parità giuridica tra i cittadini di ambo i sessi, denuncia tuttavia, nel campo del lavoro, "la minore probabilità che sia il marito anziché la moglie a dipendere

sull'esercizio della potestà genitoriale che, in nome di una concezione gerarchica e patriarcale (dell'unità) della famiglia, sacrifica il principio di eguaglianza<sup>14</sup>; nella giurisprudenza sui rapporti patrimoniali dei coniugi, dove l'obbligo di mantenimento della moglie è considerato un correttivo dei privilegi della potestà maritale<sup>15</sup>.

economicamente dal coniuge, dipendente o pensionato statale” e fa apparire tale situazione come normale». «Anche se è da ammettere che, in relazione ad una certa fascia di famiglie, ricorra la segnalata dipendenza economica del coniuge e dei figli dal lavoratore, uomo o donna che questo sia, bisogna, del pari e di contro, ritenere che al di fuori di quelle ipotesi, la cui frequenza di verifica sarebbe comunque difficile da accertarsi e ragionevolmente dovrebbe stimarsi limitata, quella dipendenza economica del coniuge e dei figli dal lavoratore non ricorra necessariamente. E tale constatazione, secondo la Corte, non può non contribuire affinché siano valutate non eguali o equivalenti le complessive situazioni di fatto e di diritto del dipendente o pensionato coniugato e connesse o conseguenti alla sopravvivenza del coniuge, dell'uno o dell'altro sesso. Nei confronti quindi di situazioni che non possono dirsi eguali o equivalenti, appare corretto che esistano discipline differenti. E specificamente è giustificato e ragionevole che il vedovo sia ammesso al trattamento in favore dei superstiti se invalido ai sensi dell'art. 10 e cioè se la sua capacità di guadagno in occupazioni confacenti alle sue attitudini, sia ridotta in modo permanente per infermità o difetto fisico o mentale, a meno della metà del suo guadagno normale, e che alla vedova il detto trattamento spetti senza bisogno che la stessa debba provare la detta diminuzione della capacità di guadagno. Non vi è quindi alcuna discriminazione fondata sulla diversità di sesso». Questa giurisprudenza è stata poi superata dalla sent. n. 6 del 1980. In argomento, anche con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, cfr. O. BONARDI, *Sistemi di welfare e principio di eguaglianza*, Torino, 2012.

<sup>14</sup> Corte costituzionale, sent. n. 101 del 1965, sent. n. 71 del 1966 e sent. n. 102 del 1967: «se indubbiamente, secondo il sistema del Codice, è riconosciuta una prevalenza della volontà del padre in ordine alle funzioni in esame, è altresì vero che questa distinzione ripete la sua origine dalla esigenza, comunemente avvertita in ogni umano consorzio, di apprestare i mezzi per la formazione di una volontà unitaria riferibile al consorzio stesso. Questa esigenza infatti non può [non] ritrovarsi anche nella società familiare che, pur essendo una istituzione a base essenzialmente etica, è tuttavia un organismo destinato a vivere ed operare nell'ambito dei concreti rapporti umani per l'attuazione dei suoi fini sociali, primo fra i quali, indubbiamente, emerge quello dell'allevamento e dell'educazione dei figli. È, pertanto, evidente la necessità che la legge garantisca nella famiglia la formazione di una volontà unitaria che si traduca in un indirizzo unitario ai fini del conseguimento dello scopo suddetto. Il sistema posto in essere dal legislatore quindi, sia pure risentendo indubbiamente della tradizione storica che ha visto nel padre il capo della famiglia, non ha fatto che provvedere alla descritta esigenza fondamentale quando ha affidato l'esercizio della potestà ad uno solo dei genitori».

<sup>15</sup> Corte costituzionale, sent. n. 46 del 1966 e sent. n. 144 del 1967: «La Corte ritiene che la disposizione denunciata non contrasti con la costituzione poiché la diversità della distribuzione degli oneri fra i due coniugi trova fondamento nella diversa posizione che il vigente Codice di diritto privato, ritenendola necessaria ad assicurare l'unità della famiglia, conferisce loro e che si concreta nell'attribuire al marito (oltre che l'esclusività dell'esercizio della “patria potestà” sui figli) la titolarità di una “potestà maritale”, alla quale connette una ampia serie di particolari poteri, tali da porlo in posizione di preminenza sulla moglie. A siffatta preminenza si accompagna poi anche l'affievolimento delle sue responsabilità per l'inadempimento di qualcuno degli obblighi derivanti dallo stato matrimoniale, come nel caso considerato dall'ultimo comma dell'art. 151 del Codice civile. Appare chiaro che nel sistema del Codice i particolari doveri imposti al marito, quali sono quello della “protezione” della moglie e l'altro, del quale si controverte, della somministrazione ad essa di tutto quanto le è necessario per la soddisfazione di ogni suo bisogno, senza riguardo alle sostanze di lei, sono da valutare nel rapporto in cui si trovano di necessaria correlazione con la situazione di vantaggio a lui conferita, sicché, ferma rimanendo quest'ultima, nessuna attenuazione potrebbe apportarsi negli obblighi, venendo altrimenti meno l'equilibrio voluto costituire nei rapporti reciproci. Può convenirsi nell'opinione che considera il sistema del Codice non aderente in ogni sua parte allo spirito informatore della sopravvenuta costituzione repubblicana, la quale ha tenuto conto della trasformazione verificatasi nella posizione della donna nella moderna società. Sull'esigenza di una sollecita adeguazione del sistema al nuovo ordine sociale la Corte ha ripetutamente richiamato l'attenzione del legislatore (v. sentenze n. 101 del 1965, nn. 49 e 71 del 1966) senza tuttavia che abbia ritenuto possibile farne decadere singole

In ultima analisi, le argomentazioni riconducibili a questa prima teoria della differenza sessuale non intendono neutralizzare il genere, ma, partendo proprio dalle disposizioni costituzionali di genere, si risolvono, di volta in volta, in soluzioni a favore o a sfavore delle donne. Sullo sfondo ricorre sempre l'uso dell'argomento della "natura delle cose" come fondamento ultimo dei ragionamenti che la Corte conduce sotto l'etichetta del principio di ragionevolezza: sia nella veste della ragionevolezza strumentale – che è formulabile in termini di idoneità, efficacia, proporzionalità del rapporto mezzo-fine (le specifiche attitudini delle donne) – sia nelle vesti della ragionevolezza intersoggettiva – che è formulabile nei termini del principio di eguaglianza e dell'interpretazione per analogia (tra uomo e donna). In entrambi i casi c'è un giudizio sui "fatti", sulla "natura delle cose", o sulla valutazione che di quei fatti l'interprete pone in essere in base al contesto storico-sociale nel quale si trova a operare<sup>16</sup>.

## 2.2. Il decostruzionismo

In un secondo gruppo di sentenze si rintracciano sintomi di quella teoria della differenza sessuale riconducibile al decostruzionismo<sup>17</sup>: gli enunciati costituzionali sono stati impiegati per lo più all'insegna dell'opera di depurazione delle costruzioni storico-sociali-culturali della differenza sessuale. Per questo secondo filone, il genere è costruzione pura e, come tale, va disvelato ed eliminato. L'obiettivo è, in ultima analisi, proprio quello di rimuovere le differenze di genere e, in ultima analisi, il genere medesimo, in quanto, in prospettiva, non più necessario<sup>18</sup>.

L'obiettivo è duplice e solo apparentemente contraddittorio: da un lato, infatti, la costruzione del genere è utile al fine del disvelamento di una realtà sessuata in cui si manifesta uno squilibrio di potere; dall'altro, la decostruzione del genere, e la tutela per ciascuna e per ciascuno di un'identità personale, deve essere l'obiettivo ultimo. Costruzione e decostruzione: la prima risponde «all'esigenza di attribuire il massimo peso a quanto vi è di socialmente costruito nella disuguaglianza sessuale, a quanto vi

---

disposizioni, per l'incertezza che ne sarebbe derivata, data l'intima connessione che le lega fra loro e ne fa un tutto unitario». Questa giurisprudenza è stata poi superata dalla sent. n. 133 del 1970.

<sup>16</sup> Chiarissime a tal proposito le parole di N. BOBBIO, *La natura delle cose*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, 209: «Nel caso delle lacune dell'ordinamento giuridico, è opinione comune che si possa ricorrere alla natura delle cose solo là dove il legislatore abbia lasciato libero il giudice di scegliere i mezzi di integrazione più idonei, non là dove, come nel diritto italiano, ha indicato i mezzi e fra questi mezzi la natura delle cose non è compresa». Questa opinione, secondo Bobbio, «è da correggere. Anzitutto, la legislazione, anche quando prevede l'analogia come mezzo per colmare le lacune, non stabilisce la serie di requisiti in base ai quali due istituti possono dirsi simili: spetta all'interprete stabilire di volta in volta se due istituti siano simili, ed è noto che il procedimento più adoperato a questo scopo è proprio la natura delle cose». Per ulteriori approfondimenti sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *La superbia del legislatore di fronte alla "natura delle cose". Studio sulle tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale in cui è invocato l'art. 29 della Costituzione*, cit., 58 ss.

<sup>17</sup> Tra gli altri, cfr. J. KRISTEVA, *Woman can never be defined*, in E. MARKS, I. DE COURTIVRON (a cura di), *New French feminisms: an anthology*, Amherst, 1980.

<sup>18</sup> Cfr. A. SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità: filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011, 35 ss.; L. MORRA, B. PASA, *Diritto tacito, diritto implicito e questioni di genere nei testi normativi*, in L. MORRA, B. PASA (a cura di), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, 2015, 1-10. Contra B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, cit., 39 (nota 6): «il genere, nel quadro della prospettiva costituzionale di un principio anti-subordinazione di genere, è lo strumento che rende riconoscibili le differenze per elaborarle, neutralizzandole quando agiscono come poteri, ma consentendone anche la valorizzazione».

è di non biologicamente dato nella relazione di disparità tra uomini e donne»<sup>19</sup>; la seconda risponde all'esigenza di eliminare quanto vi è di socialmente costruito nella disegualianza sessuale, al fine di attribuire rilevanza solo alle differenze biologiche.

In questo quadro il concetto di genere è dunque un male necessario, un rimedio per una patologia: il genere è uno strumento utile oggi per far emergere le discriminazioni subite sinora. Senza questo concetto non sarebbe possibile questa emersione. Ma nel lungo periodo deve essere distrutto a favore di quello di identità personale.

Le disposizioni costituzionali sono state allora usate con due finalità: da un lato, per legittimare l'unica differenza accettabile, in quanto biologica, cioè quella legata alla procreazione; dall'altro, per fondare le azioni positive quali strumenti *provvisori* in alcuni ambiti di vita, specie in materia di lavoro.

La decostruzione infatti può avvenire sia positivamente – estendendo per esempio al padre i benefici della cura per i figli previsti solo per la madre, in quanto l'esclusione dei padri è una questione di genere discriminatoria per le donne<sup>20</sup> – sia negativamente – smontando previsioni neutre ma indirettamente costruite a favore del maschio, in quanto la non differenziazione è di nuovo una questione di genere discriminatoria per le donne<sup>21</sup>.

Questo filone è senz'altro apprezzabile dal momento in cui consente di squarciare il velo e di svelare con ciò le finzioni simboliche, linguistiche, culturali. Non contribuisce, tuttavia, a costruire, in positivo, un soggetto femminile autonomo, che mantenga la propria specificità nell'azione politica in senso ampio. Senza tener conto del fatto che spesso il discorso simbolico ha radici profonde nei rapporti reali di forza, anche economici, i quali non si decostruiscono (solo) con un'operazione simbolica<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> S. PICCONE, C. SARACENO, *Introduzione. La storia di un concetto e di un dibattito*, cit., 11.

<sup>20</sup> Sono tutte le sentenze che estendono al padre gli istituti di cura dei figli (con la sola eccezione di quelli che presuppongono l'evento del parto): Corte costituzionale, sent. n. 1 del 1987, n. 276 del 1988, n. 332 del 1988, n. 972 del 1988, n. 61 del 1991, n. 341 del 1991, n. 179 del 1993. Anche se permangono argomentazioni ancora stereotipate: per esempio nella sent. n. 150 del 1994, per giustificare la non equiparazione tra la madre lavoratrice subordinata e la madre lavoratrice autonoma, la Corte si avventura ancora in argomenti legati alla disparità di trattamento basata sul sesso e, al fine di escluderla, afferma che il diritto di astensione semestrale dal lavoro nel corso del primo anno di vita del figlio per la madre «può in certa misura qualificarsi proprio o “primario”, per il padre esso ha invece carattere derivato o “sussidiario”. E ciò sia per la maggiore importanza della presenza della madre nel primo anno di vita del bambino (“*natura clamat*”), sia per i diversi riconoscimenti normativi». Ancora la “*natura delle cose*”. A ciò si dovrebbe aggiungere tutta la giurisprudenza che riguarda il tema della riproduzione in generale e, dunque, del corpo della donna, e, dunque, delle irriducibili differenze biologiche tra i sessi sotto questo specifico profilo: su ciò si rinvia alla ricostruzione di B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, cit., 85 ss.

<sup>21</sup> Corte costituzionale, sent. n. 163 del 1993, che dichiara l'incostituzionalità di una disposizione che prescrive un unico requisito indifferenziato per entrambi i sessi – il raggiungimento di un'altezza minima – per l'accesso a una professione per la quale il raggiungimento di tale requisito non incide sulle mansioni da svolgere. Rientrano in questo filone anche le sentenze in materia di azioni positive: cfr. Corte costituzionale, sent. n. 109 del 1993, nella quale il giudice delle leggi manifestò un atteggiamento di grande favore nei confronti delle azioni positive, ritenendo la legge n. 215 del 1992 a sostegno dell'imprenditoria femminile, diretta «a colmare, o comunque ad attenuare un evidente squilibrio a favore delle donne, che, a causa di discriminazioni accumulate nel corso della storia passata per il dominio di determinati comportamenti sociali o modelli culturali, ha portato a favorire le persone di sesso maschile nell'occupazione delle posizioni di imprenditore o di dirigente d'azienda».

<sup>22</sup> In tal senso, C. SARACENO, *Elementi per una analisi delle trasformazioni di genere nella società contemporanea*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 1993, 19-57. Nella medesima direzione cfr. B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, cit., 38: «l'uguaglianza tra i sessi non può

### 2.3. L'approccio dilemmatico della differenza uomo-donna e la rappresentanza politica duale

Alla luce delle difficoltà legate ai due primi approcci indicati, sembra interessante proporre, anche in sede giuridico-costituzionale, un terzo filone delle teorie sulla differenza sessuale, che potrebbe essere foriero di interessanti sviluppi argomentativi, specie in tema di rappresentanza politica di genere. Si tratta dell'approccio politico-filosofico, di matrice psicoanalitica, secondo il quale il pensiero occidentale è stato costruito a partire da un soggetto maschile che si è imposto come soggetto unico, universale e neutro. Il profilo umano stesso è stato costruito al maschile, per cui alla donna manca finanche una fondazione, un pensiero proprio su se stessa e sul mondo. Si è assistito, in ultima analisi, a una sovrapposizione storica delle vicende del genere maschile con le sorti umane universali<sup>23</sup>.

Il punto di partenza di questo approccio, che ha molteplici potenzialità epistemologiche in tutti i campi del sapere, è senz'altro l'irriducibile esistenza di due soggetti umani: l'uomo e la donna, due esseri *originari* promotori ciascuno di una visione del mondo a partire da sé. L'imperialismo del discorso scientifico unitario fondato a partire dal maschile trova le sue origini nel contrattualismo e nel pensiero illuminista<sup>24</sup> e, con alterne vicende, giunge fino a oggi: come si vedrà, tracce evidenti ricorrono anche nelle argomentazioni impiegate dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale in tema di rappresentanza politica di genere.

Questo approccio, a differenza di quello decostruzionista, non ha l'obiettivo di eliminare, nel lungo periodo, il concetto di genere, poiché anzi presuppone che debbano essere costruite visioni del mondo a partire dal genere<sup>25</sup>. In questo senso, «il genere rappresenta dunque sia lo sbocco che il punto di

---

procedere ed essere orientata in una dimensione *assimilazionista*, che si preoccupi semplicemente della *rimozione delle discriminazioni* a carico delle donne mediante norme che assicurano la *parità di trattamento a prescindere dal sesso* di appartenenza; essa ha bisogno di un *principio anti-subordinazione*, che riconosca l'esigenza fondativa e fondante di rimuovere la subordinazione del genere femminile al maschile, leggendo le condizioni di genere come un *assetto di potere*».

<sup>23</sup> Tra gli altri, cfr. L. IRIGARAY, *Étique de la différence sexuelle* (1984), trad. it., *Etica della differenza sessuale*, Milano, 1985; ID., *La democrazia comincia a due*, Torino, 1994, spec. 40; A. CAVARERO, *L'elaborazione filosofica della differenza sessuale*, in C. MARCUZZO, A. ROSSI DORIA (a cura di), *La ricerca delle donne: studi femministi in Italia*, Torino, 1987.

<sup>24</sup> Secondo C. PATEMAN, *The sexual contract* (1988), trad. it., *Il contratto sessuale*, Roma, 1997, «il modo in cui oggi viene solitamente inteso il contratto originario rappresenta soltanto una parte della genesi politica descritta nelle pagine dei contrattualisti classici nel XVII e nel XVIII secolo»; «Il contratto sessuale è una dimensione rimossa della teoria del contratto, una parte integrante della scelta razionale propria del famoso accordo originario» (*ivi*, IX). Secondo l'A., «il contratto originario è un patto sesso-sociale, ma il racconto del contratto sessuale è stato rimosso. Le trattazioni correnti della teoria del contratto sociale non analizzano il racconto nella sua interezza, e i contrattualisti contemporanei non accennano minimamente al fatto che manca metà dell'accordo. Anche il racconto del contratto sessuale riguarda la genesi del diritto politico, e dà conto della legittimità dell'esercizio di tale diritto – esso però verte sul diritto politico in quanto *diritto patriarcale* o diritto sessuale, ossia in quanto potere che gli uomini esercitano sulle donne. La metà mancante della storia racconta il modo in cui si è costituita una forma di patriarcato specificamente moderna. La nuova società civile creata mediante il contratto originario è un ordine sociale patriarcale» (*ivi*, 3-4).

<sup>25</sup> È questo l'approccio seguito nella sua analisi da B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, cit., 38-39: «La prescrizione dell'uguaglianza uomo-donna costituisce [...] un vero e proprio ossimoro; il riferimento al sesso-genere è pensabile solo nella differenza e attraverso la differenza: proprio quella differenza che l'uguaglianza normativa, in funzione anti-discriminatoria, rende irrilevante. Questa tensione intrinseca impone il superamento della semplificazione per cui l'uguaglianza è percepita

partenza di un processo di costruzione sociale». È per questo che «intorno al genere e al soggetto si giocano due partite, continuamente ridefinite nelle loro regole: quella che consente l'autodefinizione e quella che consente l'autoprogettazione. Questo è l'unico modo per incorporare nel concetto di genere – un atto conoscitivo – il significato della mobilitazione sociale delle donne degli ultimi trent'anni – un dato politico: ravvisandovi la doppia faccia di un'azione che è nata dalla constatazione di una relazione asimmetrica tra i generi e che indagando questa relazione tenta di modificarne lo squilibrio e le componenti interne»<sup>26</sup>.

Negli studi giuspubblicistici manca del tutto una prospettiva di genere nell'analisi del patto sociale che ha retto i Paesi occidentali sviluppati e che è entrato in crisi da diversi decenni: i protagonisti di quel patto sono sempre stati considerati gli uomini, ma quel patto si è retto anche grazie alla sua dimensione di genere. Così, per esempio, si è messo in evidenza, da parte soprattutto delle sociologhe, che il diritto al sostegno da parte dello Stato per gli uomini è derivato dal loro *status* di lavoratori, mentre per le donne è derivato per lo più dal loro *status* di mogli e madri<sup>27</sup>.

Il ricorso al concetto di genere, non ridotto a un mero dato biologico, e con le sue potenzialità epistemologiche, dovrebbe dunque essere esteso a tutti i campi della ricerca: «Se nell'osservare il mutamento, le istituzioni, i sistemi riproduttivi e culturali della società teniamo presente che essi si evolvono e si strutturano in un certo modo in quanto mossi da due generi diversi, se ci abituiamo a vedere che la realtà sociale è doppia, sessuata, che esprime e sottintende continuamente concezioni del maschile e del femminile, il nostro sguardo si estende e si arricchisce»<sup>28</sup>.

### 2.3.1. Lo stato della giurisprudenza costituzionale in materia di rappresentanza politica di genere

Queste premesse sono essenziali anche per affrontare le questioni giuridico-costituzionali che il tema della rappresentanza politica di genere ha sollevato nel nostro ordinamento negli ultimi anni. Come noto, dall'entrata in vigore della Costituzione, si è assistito sia a interventi del legislatore di revisione

---

come *in-distinzione (sameness)*, spingendo ad una elaborazione culturale più complessa, sia della lettura della *differenza* tra i sessi, sia delle funzioni del principio di uguaglianza, declinabili non solo in chiave antidiscriminatoria, ma anche in chiave antistigmatizzazione e, soprattutto, in chiave anti-subordinazione». Sebbene non si riferisca espressamente al concetto di genere, E. ROSSI, *Tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale: la sentenza n. 422/95 nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in S. SCARPONI (a cura di), *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di "quote" al vaglio di legittimità*, Trento, 1997, 107 ss., nel fondare le azioni positive sul principio di eguaglianza formale, anziché sul principio di eguaglianza sostanziale, ritiene che «il problema di fondo è quello di definire il rapporto tra l'aspirazione e la realizzazione della parità tra i sessi come processo di progressiva eliminazione delle discriminazioni ed anche delle differenze tra maschi e femminine, da un lato, e l'opposta esigenza di (ri)valorizzare le specificità, le differenti attenzioni e vocazioni, il "ritorno alla diversità" dall'altro [...]. In questo contesto vi sono delle differenze che devono essere rimosse e superate, ma altre che devono essere mantenute e salvaguardate» (*ivi*, 115).

<sup>26</sup> S. PICCONE STELLA, C. SARACENO, *Introduzione. La storia di un concetto e di un dibattito*, in S. PICCONE STELLA, C. SARACENO (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Bologna, 1996, 24. Sulla necessità degli studi di genere in tutte le scienze sociali v. già J. SHAPIRO, *Anthropology and the study of gender*, in E. LANGLAND, W. GROVE (a cura di), *A feminist perspective in the academy*, Chicago, 1981, spec. 123.

<sup>27</sup> C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, cit.; cfr. altresì J. B. ELSHTAIN, *Women and War* (1987), trad. it., *Donne e guerra*, Bologna, 1991; G. BONACCHI, A. GROPPI (a cura di), *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Roma-Bari, 1993.

<sup>28</sup> S. PICCONE, C. SARACENO, *Introduzione. La storia di un concetto e di un dibattito*, in S. PICCONE, C. SARACENO (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Bologna, 1996, 10.

costituzionale<sup>29</sup> sia a interventi della giurisprudenza costituzionale sulle leggi elettorali che hanno introdotto diversi istituti a tutela della parità di genere in questa materia<sup>30</sup>.

Nella complessa vicenda emergono due dati di fondo: da un lato, gli argomenti spesi dalla giurisprudenza costituzionale, e dalla dottrina che l'ha commentata, sono per lo più argomenti che hanno come protagonisti i diritti individuali politici e le loro pretese di eguale trattamento; dall'altro, lo sfuggente riferimento da parte della Corte alla teoria della rappresentanza politica come ostativa all'introduzione di meccanismi che alterino i caratteri della sua pretesa universalità è stato accettato per lo più acriticamente dalla maggior parte della dottrina.

Sebbene la sentenza n. 422 del 1995 sia stata seguita da decisioni di segno opposto adottate nelle successive sentenze n. 49 del 2003 e n. 4 del 2010, e a prescindere dalla considerazione relativa al maggiore o minore peso che in queste ultime avrebbero avuto le revisioni costituzionali intervenute nel 2001 e nel 2003 rispetto a un diverso atteggiamento interpretativo della Corte stessa in questa materia, le fondamentali questioni teoriche evocate dal giudice delle leggi in quella prima occasione non sembrano essere state pienamente superate<sup>31</sup>: il riferimento a un presunto principio supremo dell'ordinamento che imporrebbe un rappresentante politico generale e universale e, in quanto tale, asessuato, continua a pesare come un macigno sul dibattito teorico in materia e sui suoi possibili sviluppi.

Come noto, infatti, nella sentenza del 1995<sup>32</sup>, dopo aver speso argomenti testuali, storici e originalisti per motivare l'incostituzionalità di norme che impongono, nella presentazione delle candidature alle

<sup>29</sup> La Legge costituzionale 31 gennaio 2001 n. 2 ha introdotto negli Statuti speciali la disposizione secondo cui «al fine di conseguire l'equilibrio della rappresentanza dei sessi, la medesima legge [la legge statutaria] promuove condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali»; la Legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 ha stabilito nell'art. 117, comma 7, Cost., che «le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive»; la Legge costituzionale 30 maggio 2003 n. 1 ha aggiunto all'art. 51, comma 1, Cost., «a tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini».

<sup>30</sup> Corte costituzionale sent. n. 422 del 1995, n. 49 del 2003 e n. 4 del 2010.

<sup>31</sup> In tal senso A. DEFFENU, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Torino, 2012, 25 e 51 ss.

<sup>32</sup> La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 2, ultimo periodo, della legge 25 marzo 1993, n. 81 (Elezioni dirette del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale), nella parte in cui, per l'elezione dei consiglieri comunali nei comuni con popolazione sino a 15.000 abitanti, prevedeva che «nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi può essere di norma rappresentato in misura superiore a due terzi». La Corte aveva poi fatto ricorso alla dichiarazione d'illegittimità consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953 n. 87, per estendere la pronuncia d'incostituzionalità anche all'art. 7, primo comma, ultimo periodo, della legge 25 marzo 1993, n. 81; all'art. 2 della legge 15 ottobre 1993, n. 415 (Modifiche ed integrazioni alla legge 25 marzo 1993, n. 81); all'art. 4, secondo comma, n. 2, ultimo periodo, del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, come modificato dall'art. 1, della legge 4 agosto 1993, n. 277, (Testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati); all'art. 1, sesto comma, della legge 23 febbraio 1995, n. 43 (Nuove norme per la elezione dei consigli delle regioni a statuto ordinario); agli artt. 41, terzo comma, 42, terzo comma, e 43, quarto comma, ultimo periodo, e quinto comma, ultimo periodo (corrispondenti alle rispettive norme degli artt. 18, 19 e 20 della legge regionale Trentino-Alto Adige 30 novembre 1994, n. 3) del decreto del Presidente della Giunta regionale del Trentino-Alto Adige 13 gennaio 1995, n. 1/L (Testo unico delle leggi regionali sulla composizione ed elezione degli organi delle amministrazioni comunali); all'art. 6, primo comma, ultimo periodo, della legge regionale Friuli-Venezia Giulia 9 marzo 1995, n. 14 (Norme per le elezioni comunali nel territorio della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, nonché modificazioni alla legge regionale

cariche pubbliche elettive, qualsiasi forma di quote in ragione del sesso dei candidati<sup>33</sup>, e dopo aver escluso la possibilità di configurare questi istituti come azioni positive<sup>34</sup>, la Corte aggiunge che «misure quali quella in esame si pongono irrimediabilmente in contrasto con i principi che regolano la rappresentanza politica, quali si configurano in un sistema fondato sulla democrazia pluralistica, connotato essenziale e principio supremo della nostra Repubblica».

Tale riferimento è stato positivamente valutato da una parte della dottrina che ha evocato proprio il carattere della generalità della rappresentanza politica, il quale sarebbe inconciliabile con ogni

---

12 settembre 1991, n. 49); all'art. 32, terzo e quarto comma, della legge regionale Valle d'Aosta 9 febbraio 1995, n. 4 (Elezione diretta del sindaco, del vice sindaco e del consiglio comunale).

<sup>33</sup> La Corte era stata chiamata a decidere se la norma che stabiliva una riserva di quote per l'uno e l'altro sesso nelle liste dei candidati fosse compatibile col principio di eguaglianza ex art. 3, comma 1 ed ex art. 51 Cost. (nella versione originaria precedente la riforma costituzionale). La Corte condivise l'interpretazione del Consiglio di Stato, secondo il quale gli artt. 3, comma 1, e 51 Cost. imponevano l'«indifferenza del sesso ai fini considerati». Tale interpretazione veniva argomentata sulla base: del dato testuale («essa corrisponde infatti al significato letterale ed esplicito della formula adottata, ed al suo collegamento con il primo comma dell'art. 3. Anzi, proprio con riferimento alla formulazione di questa norma, potrebbe apparire superflua la specificazione “dell'uno e dell'altro sesso”, essendo di per sé sufficiente l'espressione “tutti i cittadini”; ma è invece comprensibile che i costituenti - così come già nell'art. 48 avevano ribadito “sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, ...” – abbiano voluto rafforzare, in riferimento agli uffici pubblici e alle cariche elettive, il precetto esplicito dell'eguaglianza fra i due sessi); del contesto storico («va tenuto conto del contesto storico in cui essi operavano: le leggi vigenti escludevano le donne da buona parte degli uffici pubblici, e l'elettorato attivo e passivo, concesso loro nel 1945 (decreto legislativo luogotenenziale 1 febbraio 1945, n. 23), era stato per la prima volta esercitato in sede politica con la elezione della stessa Assemblea costituente»); dei lavori preparatori («anche dai lavori preparatori e dal raffronto del testo della Carta costituzionale con quello proposto dalla commissione dei settantacinque, si ricava che si volle sottolineare l'eguaglianza fra i due sessi, nel significato prima ricordato, senza possibilità di dubbi: fu aggiunta la menzione delle cariche elettive, e fu soppresso l'inciso “conformemente alle loro attitudini” nel timore che potesse giustificare il mantenimento di esclusioni discriminatorie nei confronti delle donne»). Con un criticabile salto logico, che finiva per far coincidere eleggibilità e candidabilità, la Corte ne concludeva che, poiché «l'appartenenza all'uno o all'altro sesso non può mai essere assunta come requisito di eleggibilità», «altrettanto deve affermarsi per quanto riguarda la “candidabilità”». Infatti, «la possibilità di essere presentato candidato da coloro ai quali (siano essi organi di partito, o gruppi di elettori) le diverse leggi elettorali, amministrative, regionali o politiche attribuiscono la facoltà di presentare liste di candidati o candidature singole, a seconda dei diversi sistemi elettorali in vigore, non è che la condizione pregiudiziale e necessaria per poter essere eletto, per beneficiare quindi in concreto del diritto di elettorato passivo sancito dal richiamato primo comma dell'art. 51. Viene pertanto a porsi in contrasto con gli invocati parametri costituzionali la norma di legge che impone nella presentazione delle candidature alle cariche pubbliche elettive qualsiasi forma di quote in ragione del sesso dei candidati». La questione era stata sollevata anche con riferimento all'art. 49 Cost., ma questo profilo è stato considerato assorbito dalla Corte stessa.

<sup>34</sup> La Corte esclude la possibilità di ricondurre le misure di cui si tratta al principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost.: esclude cioè che tali misure possano essere qualificate come azioni positive, al pari di quelle introdotte soprattutto in materia di lavoro, in quanto queste ultime sarebbero «misure legislative, volutamente diseguali, [...] adottate per compensare e rimuovere le diseguaglianze materiali tra gli individui (quale presupposto del pieno esercizio dei diritti fondamentali)». Tali misure, precisa la Corte, non possono però mai «incidere direttamente sul contenuto di quei medesimi diritti, rigorosamente garantiti in egual misura a tutti i cittadini in quanto tali». Le misure di cui si tratta sarebbero discriminatorie in quanto inciderebbero sui diritti di elettorato passivo: «ogni differenziazione in ragione del sesso non può che risultare oggettivamente discriminatoria, diminuendo per taluni cittadini il contenuto concreto di un diritto fondamentale in favore di altri, appartenenti ad un gruppo che si ritiene svantaggiato». Non si tratterebbe, dunque, della rimozione di ostacoli materiali per il godimento effettivo di diritti, ma dell'attribuzione diretta di risultati a favore di qualcuno e a danno di altri.

intervento destinato ad aprire a qualsiasi forma di (presunta) rappresentazione degli interessi<sup>35</sup>. Su questo punto essenziale si tornerà tra breve.

Nella successiva sentenza n. 49 del 2003 la Corte si è pronunciata su un ricorso in via principale avente a oggetto alcune disposizioni della legge regionale della Valle d'Aosta per l'elezione del Consiglio regionale<sup>36</sup>. Le disposizioni impugnate prevedono che le liste elettorali debbano comprendere «candidati di entrambi i sessi» e che vengano dichiarate non valide dall'ufficio elettorale regionale le liste presentate che non corrispondano alle condizioni stabilite, fra cui quella «che nelle stesse siano presenti candidati di entrambi i sessi». Questa volta la Corte ha dichiarato infondata la questione. È però utile sottolineare che, da un lato, il riferimento al mutato parametro costituzionale (art. 51 Cost.) è solo uno degli argomenti impiegati, e neppure il principale, e, dall'altro, che la Corte ha richiamato la sua precedente giurisprudenza dimostrando di non voler fare un esplicito *overruling*. L'argomentazione

<sup>35</sup> In tal senso cfr. M. LUCIANI, *La questione del sesso del voto. L'elettorato passivo e la quota riservata alle donne*, in *Italiaoggi*, 18.09.1995, secondo il quale il punto più debole della disciplina annullata dalla Corte era costituito dal contrasto con i principi che regolano la rappresentanza politica, per sua natura «universalistica ed egitaria», intollerante rispetto a «distorsioni di questo tratto fondamentale, anche se motivato dalle migliori intenzioni»; R. TONIATTI, *Identità, eguaglianza e azioni positive: profili e limiti costituzionali della rappresentanza politica preferenziale*, in S. SCARPONI (a cura di), *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro*, cit., 73 ss., e spec. 104-105, dove si sostiene che la Corte costituzionale, nella sentenza del 1995, avrebbe fatto un monito allo stesso legislatore costituzionale riferendosi al principio della rappresentanza politica generale quale principio fondamentale dell'ordinamento; G. CINANNI, *Leggi elettorali e azioni positive in favore delle donne*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, 1995, 3283 ss. Già prima della sentenza del 1995 cfr. G. BRUNELLI, *L'alterazione del concetto di rappresentanza politica: leggi elettorali e «quote» riservate alle donne*, in *Diritto e Società*, 3, 1994, 545 ss. Anche dopo le riforme costituzionali, l'argomento della generalità della rappresentanza politica come ostativo di misure che garantiscano le pari opportunità in questa materia è rimasto: cfr. G. CHIARA, *La «pari opportunità» elettorale dei sessi nella riforma degli Statuti regionali speciali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2, 2001, 853; G. BRUNELLI, *Le «quote» riprendono quota? (a proposito di azioni positive in materia elettorale regionale)*, in *Le Regioni*, 3, 2001, 543; ID., *La parità dei sessi nella rappresentanza politica: le questioni aperte*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, 2003, 19-23; A. MANGIA, *Rappresentanza «di genere» e «generalità» della rappresentanza*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, cit., 80-82. *Contra* L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in L. CARLASSARE, A. DI BLASI, M. GIAMPIERETTI (a cura di), *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Padova, 2002, spec. 30 ss.; M. AINIS, *La riforma dell'art. 51 Cost. e i suoi riflessi nell'ordinamento*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, cit., 37; M. CAIELLI, *Le norme sulla parità dei sessi nella rappresentanza politica come azioni positive*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, cit., 47; A. D'ALOIA, *Le «quote» elettorali in favore delle donne: il «nuovo» contesto costituzionale e il «precedente» n. 422 del 1995*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, cit., 63-64 (e, del medesimo A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 416 ss.); L. GIANFORMAGGIO, *La promozione della parità di accesso alle cariche elettive in Costituzione*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, cit., 75; B. PEZZINI, *Le quote come strumento di empowerment (a proposito dell'impatto dell'empowerment sul diritto costituzionale, ovvero del punto di vista di genere sulla rappresentanza politica)*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, cit., 101-102; A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere. Un nuovo concetto giuridico «inclusivo»? Riflessioni alla luce del diritto positivo*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere: analisi interdisciplinare e comparata*, Padova, 2016, 115 ss.

<sup>36</sup> Artt. 3-bis e 9, comma 1, lett. a) della legge 12 gennaio 1993, n. 3, Norme per l'elezione del Consiglio regionale della Valle d'Aosta.



principale ruota ancora intorno ai diritti individuali<sup>37</sup>, e il fugace riferimento alla teoria della rappresentanza politica questa volta è funzionale alla decisione della non fondatezza, «non costituendosi alcuna relazione giuridicamente rilevante fra gli elettori, dell'uno e dell'altro sesso e gli eletti dello stesso sesso». E così la Corte, dopo aver «ribadito che il vincolo resta limitato al momento della formazione delle liste, e non incide in alcun modo sui diritti dei cittadini, sulla libertà di voto degli elettori e sulla parità di chances delle liste e dei candidati e delle candidate nella competizione elettorale, né sul carattere unitario della rappresentanza elettiva», conclude nel senso che «la misura disposta può senz'altro ritenersi una legittima espressione sul piano legislativo dell'intento di realizzare la finalità promozionale espressamente sancita dallo statuto speciale in vista dell'obiettivo di equilibrio della rappresentanza».

La Corte ha avuto poi l'occasione di pronunciarsi in materia con la sentenza n. 4 del 2010, con la quale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge elettorale della Regione Campania 27 marzo 2009, n. 4, promossa, in riferimento agli artt. 3, 48 e 51 della Costituzione, con ricorso in via principale. In questo caso la disposizione impugnata prevede la doppia preferenza di genere, e la Corte la riconduce al principio di eguaglianza sostanziale: «Il quadro normativo, costituzionale e statutario, è complessivamente ispirato al principio fondamentale dell'effettiva parità tra i due sessi nella rappresentanza politica, nazionale e regionale, nello spirito dell'art. 3, secondo comma, Cost., che impone alla Repubblica la rimozione di tutti gli ostacoli che di fatto impediscono una piena partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica del Paese. Preso atto della storica sotto-rappresentanza delle donne nelle assemblee elettive, non dovuta a preclusioni formali incidenti sui requisiti di eleggibilità, ma a fattori culturali, economici e sociali, i legislatori costituzionale e statutario indicano la via delle misure specifiche volte a dare effettività ad un principio di eguaglianza astrattamente sancito, ma non compiutamente realizzato nella prassi politica ed elettorale».

Anche in questo caso la Corte resta nel solco della sua giurisprudenza precedente e tutto il suo ragionamento ruota intorno alla non lesione dei diritti di elettorato attivo e passivo quali criteri per sindacare le misure predisposte in materia: se è vero che «i mezzi per attuare il disegno di realizzazione della parità effettiva tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive possono essere di diverso tipo», nel caso di specie, «la tecnica prescelta dalla norma censurata nel presente giudizio è quella di predisporre condizioni generali volte a favorire il riequilibrio di genere nella rappresentanza politica, senza introdurre strumenti che possano, direttamente o indirettamente, incidere sull'esito delle scelte elettorali dei cittadini». Infatti, in applicazione della norma censurata, «sarebbe astrattamente possibile, in seguito alle scelte degli elettori, una composizione del Consiglio regionale maggiormente equilibrata rispetto al passato, sotto il profilo della presenza di donne e uomini al suo interno, ma anche il permanere del vecchio squilibrio, ove gli elettori si limitassero ad esprimere una sola preferenza

<sup>37</sup> La Corte chiarisce la differenza tra candidabilità ed eleggibilità e osserva che le disposizioni impugnate, anche alla luce del nuovo quadro costituzionale, non violano in alcun modo i diritti di elettorato attivo e passivo: «le disposizioni in esame stabiliscono un vincolo non già all'esercizio del voto o all'esplicazione dei diritti dei cittadini eleggibili, ma alla formazione delle libere scelte dei partiti e dei gruppi che formano e presentano le liste elettorali, precludendo loro (solo) la possibilità di presentare liste formate da candidati tutti dello stesso sesso. Tale vincolo negativo opera soltanto nella fase anteriore alla vera e propria competizione elettorale, e non incide su di essa».

prevalentemente in favore di candidati di sesso maschile o, al contrario, l'insorgere di un nuovo squilibrio, qualora gli elettori esprimessero in maggioranza una sola preferenza, riservando la loro scelta a candidati di sesso femminile. La prospettazione di queste eventualità – tutte consentite in astratto dalla normativa censurata – dimostra che la nuova regola rende maggiormente possibile il riequilibrio, ma non lo impone. Si tratta quindi di una misura promozionale, ma non coattiva». Sotto il profilo della libertà di voto, tutelata dall'art. 48 Cost., «si deve osservare che l'elettore, quanto all'espressione delle preferenze e, più in generale, alle modalità di votazione, incontra i limiti stabiliti dalle leggi vigenti, che non possono mai comprimere o condizionare nel merito le sue scelte, ma possono fissare criteri con i quali queste devono essere effettuate. Non è certamente lesivo della libertà degli elettori che le leggi, di volta in volta, stabiliscano il numero delle preferenze esprimibili, in coerenza con indirizzi di politica istituzionale che possono variare nello spazio e nel tempo. Parimenti non può essere considerata lesiva della stessa libertà la condizione di genere cui l'elettore campano viene assoggettato, nell'ipotesi che decida di avvalersi della facoltà di esprimere una seconda preferenza. Si tratta di una facoltà aggiuntiva, che allarga lo spettro delle possibili scelte elettorali – limitato ad una preferenza in quasi tutte le leggi elettorali regionali – introducendo, solo in questo ristretto ambito, una norma riequilibratrice volta ad ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva. Tale risultato non sarebbe, in ogni caso, effetto della legge, ma delle libere scelte degli elettori, cui si attribuisce uno specifico strumento utilizzabile a loro discrezione. I diritti fondamentali di elettorato attivo e passivo rimangono inalterati. Il primo perché l'elettore può decidere di non avvalersi di questa ulteriore possibilità, che gli viene data in aggiunta al regime ormai generalizzato della preferenza unica, e scegliere indifferentemente un candidato di genere maschile o femminile. Il secondo perché la regola della differenza di genere per la seconda preferenza non offre possibilità maggiori ai candidati dell'uno o dell'altro sesso di essere eletti, posto il reciproco e paritario condizionamento tra i due generi nell'ipotesi di espressione di preferenza duplice. Non vi sono, in base alla norma censurata, candidati più favoriti o più svantaggiati rispetto ad altri, ma solo una eguaglianza di opportunità particolarmente rafforzata da una norma che promuove il riequilibrio di genere nella rappresentanza consiliare». In estrema sintesi, lo stato della giurisprudenza costituzionale in materia resta – anche dopo le riforme costituzionali – nel senso che sarebbero comunque vietate misure che, anziché rimuovere gli ostacoli che impediscono alle donne di raggiungere determinati risultati, attribuissero loro direttamente quegli stessi risultati.

### 2.3.2. La teoria della rappresentanza politica e i due corpi del rappresentante

Se si prova ora a leggere questa giurisprudenza dal punto di vista delle teorie sulla differenza sessuale non è difficile scorgervi tracce dell'approccio decostruzionista che, se, da un lato, consente di salvare (limitate e soprattutto provvisorie) misure positive finalizzate al riequilibrio di genere nella rappresentanza, dall'altro, non sembra sufficiente a innescare quel circolo virtuoso che ha l'obiettivo di costruire, in positivo, un soggetto femminile autonomo, con la propria specificità nell'azione politica in senso ampio, e che sia in grado di affrontare il tema delle questioni di genere come un assetto di potere<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, cit., 38.

È certo apprezzabile quella parte della dottrina<sup>39</sup> che dalle riforme costituzionali ricava la validità nel nostro ordinamento di un principio autonomo – il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche – e non di un mero corollario del principio di eguaglianza<sup>40</sup>. Tuttavia, anche questa dottrina giunge a ragionare, in ultima analisi, in termini di bilanciamento tra principi costituzionali in conflitto, e non tiene conto delle implicazioni che l'approccio dilemmatico della differenza sessuale può comportare sulla teoria della rappresentanza politica nel suo più profondo significato, che ha a che vedere con la legittimazione del potere politico (e non con la partecipazione politica). L'idea più avanzata che è stata sinora espressa in materia, invece, è che l'introduzione di questo nuovo principio autonomo avrebbe (solo) mutato l'equilibrio complessivo dei principi costituzionali coinvolti<sup>41</sup>.

È già stato scritto che «l'alibi universalista»<sup>42</sup> della rappresentanza politica non regge per una serie di ragioni. La doppia rappresentanza di genere – comunque la si voglia realizzare – non viola il principio del libero mandato parlamentare ex art. 67 Cost. perché non ha come corollario il voto delle donne alle donne affinché queste rappresentino donne: la pretesa che il rappresentante non sia asessuato non ha nulla a che vedere con il pericolo che si crei un legame tra eletto ed elettore. Allo stesso modo non si vede come la medesima pretesa possa aprire «una breccia nella struttura unitaria della rappresentanza politica, tipica degli ordinamenti liberal-democratici, dando ingresso ad una istanza di carattere frazionario» in un contesto sempre più multi-etnico e multiculturale<sup>43</sup>. È evidente infatti che le

<sup>39</sup> A. DEFFENU, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, cit., spec. 40 (ma è l'idea generale che emerge dal lavoro nel suo complesso).

<sup>40</sup> ...che, in quanto tale, avrebbe dovuto essere sotteso alla versione originaria della Costituzione (in particolare un corollario del principio di eguaglianza formale: in tal senso L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, cit., 1 ss., o del principio di eguaglianza sostanziale: in tal senso A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, cit., 442).

<sup>41</sup> Così, per esempio, A. DEFFENU, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, cit., 122: «si tratta di capire come il principio di pari opportunità di genere si collochi nel sistema costituzionale in rapporto agli altri principi in possibile conflitto con esso. Si pensi, ad esempio, all'art. 48 Cost., che riconosce la libertà di voto, in relazione all'art. 51, c. 1, Cost., nella parte in cui autorizza il legislatore ad introdurre misure di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive. Fino a quale punto si può spingere la legge nel disciplinare azioni positive elettorali senza con ciò alterare il nucleo essenziale della libertà di voto degli elettori?».

<sup>42</sup> M. CAIELLI, *Le norme sulla parità dei sessi nella rappresentanza politica come azioni positive*, cit., 47.

<sup>43</sup> G. BRUNELLI, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica: le questioni aperte*, cit., 19-23. Cfr. altresì A. MANGIA, *Rappresentanza «di genere» e «generalità» della rappresentanza*, cit., 80-82, secondo il quale se è vero che «la questione delle quote o, più genericamente, delle azioni promozionali a favore del genere femminile non riguarda la lettera dell'art. 67», essa tuttavia «riguarda un problema ben più ampio, e cioè la questione della "natura" della rappresentanza politica e, più in generale, della funzione rappresentativa assolta dai parlamentari». Secondo l'A., infatti, «nel momento [...] in cui la rappresentanza politica viene concepita come "reale" ed "effettiva" rappresentanza della totalità degli interessi racchiusi nel corpo sociale, questa cessa di essere una finzione giuridica e diviene piuttosto un obiettivo da perseguire da parte del sistema rappresentativo e, per forza di cose, anche una qualità o un metro di valutazione della attività dei "rappresentanti". Sappiamo tutti benissimo cosa si cela dietro questo passaggio. Nel trapasso dall'idea di rappresentanza come finzione giuridica (Kelsen) o come rappresentanza "ideale" che [...] si ritrova in Leibholz, all'idea di rappresentanza concreta della totalità dei cittadini e, dunque, alla "rappresentatività" come qualità dell'azione svolta dalle assemblee elettive si dà il passaggio dall'età della "rappresentazione" all'età della rappresentanza degli interessi, in tutte le diverse varianti in cui questa si è incarnata; e cioè rappresentanza corporativa, rappresentanza dei gruppi sociali, fino a giungere

donne non possono essere considerate un gruppo di interesse fra gli altri, ma sono un modo di essere della persona umana: «qualunque gruppo si consideri (di c.d. razza, di lingua, religione, opinione, condizioni economiche e sociali), esso è sicuramente composto da uomini e da donne»<sup>44</sup>. La considerazione della rappresentanza femminile come rappresentanza frazionaria e corporativa, che potrebbe alterare il carattere generale dei circuiti politico-rappresentativi «non regge, perché non è vero o comunque non è un dato dimostrato che le donne votano per le donne, che esse rappresentano interessi distinti e separati (in modo stabile e definito) da quelli degli uomini»<sup>45</sup>.

Ma soprattutto il nucleo teorico essenziale che si ricava dalla giurisprudenza costituzionale, e dalla dottrina che lo condivide, mal si concilia con il significato profondo della teoria della rappresentanza politica, che, si ripete, non è una teoria sulla partecipazione politica – nel senso che *altri* sono i principi da cui discendono conseguenze in termini di diritti individuali politici e loro pretesa di eguale trattamento – ma è una teoria sulla legittimazione del potere politico. Ne consegue che la questione della rappresentanza di genere non può essere affrontata *sub specie* diritti individuali: essa richiede invece un discorso più complesso nel quale le donne non compaiono come gruppo identitario che *presenta*, “dal basso”, interessi particolari, ma come *uno dei due corpi del rappresentante*, che è tale in quanto *rappresenta*, “dall’alto”, al popolo, modelli di società realizzabili, in quanto offre, al popolo, progetti di bene collettivo desiderabili, in quanto compie, in ultima analisi, quell’attività in cui consiste propriamente la rappresentanza politica, ossia la costituzione in unità di un popolo che *diventa* tale solo in quanto rappresentato. Questa accezione “dall’alto” della rappresentanza – spesso dimenticata a favore di quella “dal basso” – *pretende che il rappresentante rifletta la duplicità dei corpi in cui il popolo stesso si presenta nella realtà: maschio e femmina*.

La teoria della rappresentanza politica, infatti, è quella teoria che descrive chi è legittimato a esercitare l’attività di determinazione dei fini politici fungibili dello Stato, dei suoi variabili compiti costitutivi, sul presupposto – indefettibile – che il “vero” titolare del potere di determinare tali fini – al quale tutti,

---

alle dottrine del pluralismo politico che della rappresentanza dei gruppi sociali hanno probabilmente fornito la versione culturalmente più pregiata».

<sup>44</sup> L. GIANFORMAGGIO, *La promozione della parità di accesso alle cariche elettive in Costituzione*, cit., 75. Cfr. altresì B. PEZZINI, *Le quote come strumento di empowerment (a proposito dell’impatto dell’empowerment sul diritto costituzionale, ovvero del punto di vista di genere sulla rappresentanza politica)*, cit., 101-102: la differenza di genere «non è direttamente assimilabile alle altre differenze fra gli individui di cui l’art. 3 Cost. dichiara l’irrelevanza davanti alla legge, perché non è neutralizzabile e nemmeno da neutralizzare. Innanzitutto, la differenza tra i sessi è una differenza originaria e irriducibile, mentre le differenze economiche e sociali sono socialmente determinate ed annullabili (l’obiettivo è, infatti, quello del loro superamento, mentre nel caso della differenza di genere l’obiettivo è semmai quello della decostruzione delle disparità di potere costruite in base al genere); in secondo luogo, nell’ottica della regolazione dei poteri tenuti, l’assunzione della differenza di genere non produce conflitti rivolti all’annullamento degli altri, come fanno, e hanno fatto, nella storia e nella dinamica politica, le differenze razziali, religiose, di classe; non è una differenza da neutralizzare perché una società che non fosse capace di farlo potrebbe mettere a rischio la sua stessa unità; anzi, semmai si pone come differenza portatrice di valori collegati al femminile – alla natura ed alla cultura che hanno conformato la condizione (il genere) femminile – che la disuguaglianza (disparità di potere) di genere ha occultato o rimosso dalla società e dalla sua sfera politica e la cui affermazione si propone, invece, come fonte e strumento di libertà per l’intera società».

<sup>45</sup> A. D’ALLOIA, *Le «quote» elettorali in favore delle donne: il «nuovo» contesto costituzionale e il «precedente» n. 422 del 1995*, cit., 64, e ID., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, cit., 416 ss.

infine, devono ubbidire – sia assente. La teoria della rappresentanza è dunque una strategia per giustificare il potere a fronte di un'assenza, tanto insuperabile quanto intollerabile: in questo senso è una teoria della legittimazione del potere politico<sup>46</sup>. Come è stato detto<sup>47</sup>, il problema che si è sempre ripresentato nella storia, sin dall'antichità, è quello di far sì che il titolare del potere politico non agisca (o non appaia agire) come mosso dalla sua privata ed egoistica volontà, non agisca *sibi et suis*, ma nell'interesse di tutti. Quella della teoria della rappresentanza è, in fondo, una costruzione intellettuale grandiosa, che presenta il potere come di origine extrasociale per reazione all'impossibilità di presentarlo come dotato della ritenuta necessaria generalità se fosse concepito come estrinsecazione dell'azione umana, dati i suoi ineliminabili – e storicamente dominanti – moventi egoistici. L'idea per cui il vero titolare (assente) del potere (di qualunque tipo: spirituale o temporale) è Dio – e poi le diverse entità astratte che, via via, a Dio si sono sostituite col processo di secolarizzazione –, perché solo lui può conferirgli la generalità desiderata, è semplicemente un modo per dire che il potere non viene esercitato in proprio da chi ne è l'empirico titolare, ma in nome di un Altro; e per affermare quindi che chi esercita effettivamente, storicamente, il potere è soggetto alle leggi di questo Altro, è soggetto a un dover essere che è Altro rispetto a lui. Questa scissione è l'idea centrale di tutto il costituzionalismo (ecclesiastico e secolare) del Medioevo: un costituzionalismo improntato dunque a un'idea di "duplicità", che fonda, e rende necessario, il concetto di rappresentanza<sup>48</sup>.

Dunque il problema della moderna rappresentanza politica – in concomitanza con la formazione dello Stato moderno, e con la necessità di sostituire Dio con qualcos'Altro – si definisce attraverso concetti che secolarizzano il precedente pensiero politico-teologico: «Se al vertice dell'organizzazione c'è un "dato astratto" (Dio o la ragione, o la nazione o il popolo) ed è necessario evitare la babele e la lotta anche cruenta delle interpretazioni (quale Dio, quale ragione, quale Nazione, quale popolo), chi interpreta quel dato astratto in modo vincolante per tutti? Chi ne manifesta e ne specifica puntualmente il significato (figurativamente: chi ne manifesta il volere) che da tutti deve essere accettato? *Veritas Jesus Christus: quis interpretabitur?* Questa frase (assunta da Carl Schmitt a caposaldo della sua dottrina) scolpisce perfettamente il problema, qualunque realtà trascendente sia stata sostituita a Jesus Christus»<sup>49</sup>. Nel XX secolo, lo Stato "costituzionale", uscito dalle atrocità dei totalitarismi e del conflitto

<sup>46</sup> «La rappresentanza è una strategia contro un'assenza per qualche motivo insuperabile; rappresentare è mettere in scena, è creare una presenza evocativa o sostitutiva di una realtà che non si dà (o non si dà più) se non in una forma (discorsivamente, simbolicamente, "scenicamente") mediata, ma non per questo evanescente o "irreale"»: così P. COSTA, *Il problema della rappresentanza politica: una prospettiva storica*, in *Il Filangieri*, 3, 2004, 329-330, sulla scia degli studi classici di G. LEIBHOLZ, *Die Repräsentation in der Demokratie*, III ed., Berlino, 1973, trad. it., *La rappresentazione nella democrazia*, Milano, 1989. In argomento, anche per le considerazioni che seguono, sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Rappresentanza*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità, rappresentanza, territorio*. Atti del XXXI Convegno annuale, Trento, 11-12 novembre 2016, Napoli, 2017, 329-401 (e in *Rivistaaic.it*, 3, 2017, 1-50).

<sup>47</sup> M. DOGLIANI, *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei tra Otto e Novecento*, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, 537-572, ora in M. DOGLIANI, *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, 2015, 269 ss., e spec. 273; M. DOGLIANI, C. TRIPODINA, *La sovranità popolare e le sue forme: la forma rappresentativa*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, Roma-Bari, 2006, 275 ss., e spec. 278.

<sup>48</sup> M. DOGLIANI, I. MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, II ed., Torino, 2017, 42 ss.

<sup>49</sup> M. DOGLIANI, *La rappresentanza politica come rappresentanza del "valore" di uno Stato concreto*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 880-896 (e in *Democrazia e Diritto*, 2, 2014, 10).

mondiale, ha posto la Costituzione al vertice della sua organizzazione: ma anche la Costituzione è, in ultima analisi, con le sue enunciazioni indeterminate, una realtà trascendente, astratta, e, in quanto tale, bisognosa di un soggetto – di un “rappresentante”, appunto – che ne manifesti il volere, ossia che ne specifichi, di volta in volta, il contenuto a fronte delle domande, sempre nuove, che provengono dalla società. Si potrebbe forse dire, dunque, *Veritas constitutionis: quis interpretabitur?*<sup>50</sup>

Quello della rappresentanza, dunque, non è solo un problema pratico, come spesso si banalizza riducendolo a un problema di organizzazione della complessità derivante dai numeri elevati, e confondendolo spesso con quello della elettività, ossia con una modalità di selezione degli organi rappresentativi<sup>51</sup>. È invece un problema teorico fondamentale che ha a che vedere con il problema dell’assenza di cui si è detto. Ora, per la teoria democratica il dualismo che la teoria della rappresentanza politica moderna presuppone come suo dato indefettibile, resta un problema essenziale perché essenziale è il problema della identificazione del soggetto la cui attività sia *effettivamente* riconosciuta come valida dai destinatari dei suoi comandi<sup>52</sup>. Ora, se nella concezione chiusa, tutta interna allo Stato, della rappresentanza nazionale ottocentesca il rappresentato era costituito a immagine e somiglianza del rappresentante, nella teoria democratica i due poli del dualismo si sono invertiti, e cioè la pretesa è che il rappresentante sia costituito a immagine e somiglianza del rappresentato<sup>53</sup>, e cioè maschio e femmina<sup>54</sup>.

La questione della rappresentanza politica di genere non può essere dunque lasciata ai giudizi di ragionevolezza sui bilanciamenti di volta in volta compiuti tra principi costituzionali in conflitto: è il significato profondo della teoria della rappresentanza politica – letta attraverso l’approccio *dilemmatico* della differenza sessuale – a pretendere che nei luoghi della rappresentanza sia assicurata la presenza di entrambi i corpi del(la) rappresentato/a.

<sup>50</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Veritas constitutionis: quis interpretabitur? Il problema dell’assenza insuperabile e insopportabile del titolare ultimo del potere, il concetto teologico secolarizzato di «rappresentanza» e le questioni fondamentali del diritto costituzionale del nostro tempo*, in M. DOGLIANI, *La ricerca dell’ordine perduto*, cit., 257 ss.

<sup>51</sup> I. MASSA PINTO, *Elezione e rappresentanza*, in *Spaziofilosofico.it*, 19, 2017.

<sup>52</sup> H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), trad. it., *Essenza e valore della democrazia*, Bologna, 1995, 45: «E’ un uomo come me, siamo uguali, che diritto ha dunque di comandarmi?».

<sup>53</sup> Per ulteriori approfondimenti sia ancora consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Rappresentanza*, cit., 31 ss. (e alla bibliografia ivi citata).

<sup>54</sup> Sul concetto di *democrazia duale* v. B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, cit., 81 (e la bibliografia ivi citata).



## Il corpo della differenza: una questione costituzionale nella prospettiva dell'analisi di genere

Barbara Pezzini\*

THE BODY OF DIFFERENCE: A CONSTITUTIONAL ISSUE IN TERMS OF GENDER ANALYSIS

ABSTRACT: Considering bodies and their sexual differences in relation to biolaw, the essay moves from the theoretical perspective of a gender analysis oriented by the “principle of gender non-subordination”, as typically expressed by the Italian Constitution. Being the issue of human reproduction paradigmatic both in terms of bio-law and in terms of gender, it calls for investigating whether and how far complementarity in the sex-gender system has been considered, when addressing the issue of reproduction (and, in particular, abortion and IVF) and when shaping its legal categories and institutions. In conclusion, the judgement n. 272/2017 of the Constitutional Court, which deals with children born by surrogate motherhood abroad, is critically reviewed, looking at a broader understanding of what we call “birth’s truth” and questioning the legal ban of surrogacy in the light of new principle of “birth mother’s acknowledgement”.

KEYWORDS: Biolaw; constitutional principle of gender non-subordination; sex-gender system; motherhood; surrogacy

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La prospettiva dell'analisi di genere nella riflessione costituzionale: il principio anti-subordinazione di genere come principio fondativo e fondante – 3. A proposito di *sex-gender system* – 4. Corpi, differenze, biodiritto – 5. Il corpo della differenza e la riproduzione al centro della questione di genere – 6. Il divieto di surrogazione di maternità nella prospettiva di un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere

### 1. Premessa

**N**ella riflessione sul significato che la costituzione e la sua interpretazione hanno avuto, e ancora potranno avere, in relazione al biodiritto, la prospettiva dell'analisi di genere appare particolarmente fruttuosa e, comunque, necessaria.

In un duplice senso: perché la costituzione repubblicana è profondamente segnata dal principio anti-subordinazione di genere e perché anche la materialità corporea e biologica della differenza sessuale è costantemente interrogata ed esposta a ridefinizione e interpretazione dai processi di evoluzione scientifica, tecnologica, nonché culturale e sociale.

---

\* Professoressa ordinaria di diritto costituzionale, Università degli Studi di Bergamo. Mail: [barbara.pezzini@unibg.it](mailto:barbara.pezzini@unibg.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

## 2. La prospettiva dell'analisi di genere nella riflessione costituzionale: il principio anti-subordinazione di genere come principio fondativo e fondante

Dell'apertura al suffragio universale che, nell'ambito del processo costituente che segue la caduta del fascismo e la fine della Seconda guerra mondiale, dà legittimazione democratica alle nuove istituzioni, è unanimemente colta la portata fondativa, per avere ribaltato il verso del rapporto tra i cittadini e la costituzione come forma della sovranità. Altrettanto fondativa e fondante è, però, l'estensione *qualitativa* del voto del 1946, che riconosce l'autonoma cittadinanza politica delle donne e da cui si sviluppa il principio anti-subordinazione di genere: e sono proprio i contenuti della costituzione del 1948 a mostrare che la presenza delle ventuno donne elette in Assemblea Costituente – qualitativamente significativa in quanto rottura dell'ordine monogenere della rappresentanza – ha rappresentato una discontinuità essenziale, capace di imporre alla costruzione costituzionale un inizio e un fondamento interamente nuovi. La consistenza storica e materiale di questa origine e la sua qualità costituente hanno impresso una direzione permanente di senso alla costituzione<sup>1</sup>, mettendo in discussione la geografia di genere dello spazio pubblico e privato<sup>2</sup>. Non solo ha fatto ingresso nel testo della costituzione l'uguaglianza *senza distinzione di sesso* (art. 3), ma è stata anche ribadita e contestualizzata nella sfera privata della famiglia (art. 29, 30 e 31), nella sfera sociale del lavoro (art. 36 e 37) e nella sfera pubblica politica (art. 48 e 51). Una prospettiva interamente nuova ridefinisce giuridicamente i generi attraverso il *principio fondamentale anti-subordinazione di genere* che si ricava dal complesso di queste norme (alle quali si aggiunge nel 2001/2003 il dovere di politiche attive di pari opportunità, art. 117, co. 7 e 51) e dalle loro connessioni.

La costituzione sviluppa le potenzialità del principio di uguaglianza dei sessi in una serie di disposizioni che agiscono in termini di *genere*, pienamente consapevoli di quanto vi è di storicamente e socialmente determinato nella differenziazione dei ruoli e delle aspettative sociali connesse al maschile e al femminile. Declinata in tutte le sue dimensioni – formale, sostanziale e in prospettiva dinamica – l'uguaglianza cessa di essere prescrizione astratta e viene orientata dalla capacità di riconoscere le condizioni dell'esistenza di donne e uomini; non è punto di partenza, meramente formale, ma concreto obiettivo raggiungibile al termine di un processo nel corso del quale ogni persona è considerata tenendo conto delle effettive condizioni di genere (per interrompere il circolo vizioso nel quale le differenze tra i sessi si riproducono infinitamente come differenze di potere che, a loro volta, costruiscono e producono differenze di genere).

<sup>1</sup> Più ampiamente v. B. PEZZINI, *La qualità fondativa e fondante della cittadinanza politica femminile e dell'antifascismo: tra mitologia e attualità*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea costituente*, Milano, 2018, 335.

<sup>2</sup> La separazione delle sfere privata e pubblica in base al genere è un vero e proprio paradigma costitutivo della modernità, cui si connette la costruzione del moderno concetto di individuo sulla base di proprietà, quali l'autonomia e la disponibilità del proprio corpo, costitutivamente negate alle donne: in termini generali, C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, Roma 1997; L. GIANFORMAGGIO, *La soggettività politica delle donne: strategie contro*, in *Democrazia e diritto*, 1994, 489 ss.; M.L. BOCCIA, *La differenza politica*, Milano 2002, 29; con riferimento all'interpretazione della questione nella *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina* di Olimpia de Gouges, v. B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, partic. par. 2.

Lo stesso lungo, faticoso e per molti versi incompiuto processo di attuazione dell'uguaglianza di genere<sup>3</sup> – nel mondo del lavoro, nella famiglia e nel riconoscimento dell'autodeterminazione delle donne in ordine alla sfera delle relazioni sessuali e riproduttive (troppo noto per dover essere ricapitolato qui) – dice della complessità di un processo di profonda trasformazione sociale, volto al superamento del modello patriarcale e alla ridefinizione di genere degli spazi sociali, e, insieme, della radicalità del potenziale trasformativo delle norme costituzionali, della capacità di pretendere mutamenti che riguardino la posizione degli uomini e delle donne nella società e la distribuzione del potere dal punto di vista di genere.

### 3. A proposito di *sex-gender system*

L'analisi di genere è una prospettiva analitica sulla differenza e sulla relazione tra i sessi che indaga il modo sessuato di esistere di una società utilizzando un codice binario (che rileva due sessi, uomini e donne) e relazionale (che implica dialettica e reciprocità tra le sue componenti), che restituisce una relazione gerarchica (in quanto elaborazione, variabile culturalmente, del sesso come coppia gerarchica)<sup>4</sup>; nonostante l'indebolimento e la delegittimazione delle forme patriarcali tradizionali, la struttura di genere della società continua, infatti, a proporre una codificazione statica della coppia maschile/femminile e del posto assegnato ai due sessi nella società, la cui pretesa di assolutezza ontologica ed assiologica trasfigura il dualismo dei sessi da dimensione materiale dell'esistenza a regola di complementarietà sempre necessaria.

Oggetto di indagine è un sistema nel quale rilevano entrambe le dimensioni della relazione tra femminile e maschile: sia quella più immediatamente restituita dal sesso, cui appartengono la biologia, la corporeità, la sessualità e la riproduzione; sia quella dei ruoli, delle possibilità, dei costrutti di rapporti di potere connessi socialmente all'appartenenza sessuale (il *genere*). Nel *sex-gender-system* il rapporto tra sesso e genere non comporta una sequenzialità data e banale, ma un'interazione complessa.

L'analisi di genere offre una prospettiva analitica che affonda le sue radici nelle varie e complesse elaborazioni del pensiero femminista, che hanno offerto le categorie per pensare in modo non gerarchizzato la differenza di sesso e genere e che permettono di ricostruire dinamiche sociali complesse. Anche la costruzione giuridica<sup>5</sup> del *sex-gender system* è un processo che avviene in una dimensione, necessariamente mobile e dinamica, nella e attraverso la quale si compie una costante ridefinizione dei rapporti di genere, che impedisce di isolare le caratteristiche associate al genere in una statica dimensione essenzialistica o naturalistica; i contenuti di genere sono socialmente variabili e, come tali, vengono

<sup>3</sup> E. PALICI DI SUNI, *Tra parità e differenza. Dal voto alle donne alle quote elettorali*, Torino, 2004; M. GIGANTE (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, 2007; la stessa Corte costituzionale ha solo con fatica e ritardi assunto la prospettiva egualitaria che la Costituzione impone. B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Milano, 2017, 35.

<sup>4</sup> A. CRANNY-FRANCIS ET AL., *Gender studies: Terms and Debate*, New York, 2003.

<sup>5</sup> T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, 1998.

costantemente rinegoziati in complessi ed incessanti processi circolari<sup>6</sup> cui anche il diritto contribuisce, sia precedendo il genere ed orientandone la costruzione, sia inseguendolo – come avviene quando la regola sociale diviene una categoria giuridica, avvalendosi della forza e delle strutture dell'ordinamento per riprodurre gerarchie e/o imporre complementarietà.

Il modello dinamico del *sex-gender system* impone un ripensamento della prospettiva dell'uguaglianza, che, nel prisma del genere, svela la sua irriducibile complessità e si articola attraverso gli strumenti in grado di scoprire e contrastare la subordinazione di genere; solo sulla premessa della complessità lo sguardo sul dualismo di sesso e genere è in grado di cogliere tutti gli elementi di quel *mosaico* che, di volta in volta, definisce sesso e genere nell'umano e nel mestiere di vivere<sup>7</sup>, dentro il quale si annidano le trappole – spesso costruite dal diritto o comunque dal diritto semplicemente presupposte<sup>8</sup> – della gerarchizzazione e della subordinazione.

#### 4. Corpi, differenze, biodiritto

L'influenza dei principi costituzionali ha oggi a che fare con un corpo che, nella misura in cui si trova esposto ad una manipolazione tecnologica di carattere ed intensità nuova, sembra poter smarrire il suo carattere fondante ed indiscutibile e, in particolare, la capacità di significare qualcosa di inequivoco ed inevitabile anche rispetto alla dimensione del sesso e del genere.

L'aggiornamento costante della riflessione sulle stesse categorie della elaborazione giuridica, in cui convergono analisi di genere e principio anti-subordinazione di genere, è imprescindibile. La critica dell'universalismo giuridico della tradizione è necessaria non solo per il suo evidente fallimento nella promessa dell'estensione dei diritti, che non regge la prova della effettività, ma per il riconoscimento della sua fondazione su strutture giuridiche sessuate (concetti, metodi o ragionamenti). Non basta a garantire l'uguaglianza dei sessi una dimensione *assimilazionista*, che si garantisca la *rimozione delle discriminazioni* a carico delle donne mediante norme che assicurano la *parità di trattamento a prescindere dal sesso* di appartenenza; l'uguaglianza presa sul serio dal punto di vista di genere ha bisogno di un *principio anti-subordinazione*, che riconosca l'esigenza fondativa e fondante di rimuovere la subordinazione del genere femminile al maschile, leggendo le condizioni di genere come un *assetto di potere*.

Il ruolo giocato in questi settanta anni dal principio costituzionale anti-subordinazione di genere è riassumibile in una costante *tensione tra uguaglianza e differenza*<sup>9</sup> che, in particolare, ha accompagnato

<sup>6</sup> In questa prospettiva i due volumi del corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio: B. PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole, vol. I, Studi, e Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere, vol. II, Lezioni, casi, materiali*, Bergamo, 2012.

<sup>7</sup> L'espressione "mestiere di vivere" richiama nella prospettiva della giurisprudenza costituzionale la sentenza 494/2002 sulla riconoscibilità dei figli nati da rapporti incestuosi.

<sup>8</sup> B. PEZZINI, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, in L. MORRA, B. PASA (a cura di), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, 2015, 201.

<sup>9</sup> Che restituisce quell'aspetto della uguaglianza uomo-donna rilevato come ossimoro: C. MACKINNON, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, 1987, 32; sui molteplici percorsi che rivelano la consapevolezza dell'ossimoro e lo elaborano D. MORONDO TARAMUNDI, *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, Pesaro, 2004; per il "dilemma della differenza" v. M. MINOW, *Learning to live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, in *Law and Contemporary Problems*, 48, 2, 1985, 157 ss.

stabilmente le elaborazioni della giurisprudenza costituzionale sui rapporti uomo-donna e sulle reciproche posizioni nella differenti sfere della vita sociale<sup>10</sup>, sollecitando il ripensamento critico di ogni paradigma operante nella costruzione di genere ed in tutte le questioni relative alla definizione dei modelli familiari e relazionali. Il principio anti-subordinazione di genere riguarda, infatti, tutte le forme e le circostanze della relazione uomo-donna e la sfera della riproduzione in quanto ambito privilegiato di tale relazione; ma – nella misura in cui vale ad impedire la fissazione del riferimento al sesso corporeo come dato incontrovertibile, consentendo la visibilità dei corpi oltre il dimorfismo sessuale<sup>11</sup> e l'apertura ai desideri della persona oltre il paradigma eterosessuale<sup>12</sup> – riguarda anche l'orientamento sessuale e tutte le articolazioni della identità di genere.

Anticipando alcune considerazioni, si può già osservare che le questioni della corporeità sessuata sono sin qui sostanzialmente emerse sul piano costituzionale attraverso il filtro del principio costituzionale della tutela della salute, mentre limitata, se non assente, è stata la consapevolezza delle implicazioni in termini di genere e scarsa l'elaborazione alla luce del principio anti-subordinazione di genere; per quanto ciò sia coerente con il processo di affermazione della forza vincolante ed immediatamente precettiva del diritto fondamentale alla salute riconosciuto dall'art. 32 Cost. e della sua attitudine conformativa del quadro normativo, la indubbia capacità espansiva del principio costituzionale nelle molteplici dimensioni della tutela della salute ha finito per offuscare proprio lo specifico della dimensione di genere e della necessità di un'elaborazione più complessa della differenza sessuale e di genere.

<sup>10</sup> Nella prospettiva costituzionale di un principio anti-subordinazione, il genere riconosce le differenze per elaborarle, neutralizzandole quando agiscono come poteri, ma consentendone anche la valorizzazione; per questo non convincono le elaborazioni che assumono il genere come neutralizzazione di ogni differenza tra i sessi che finisce per coincidere con la persona umana, de-materializzata e disincarnata, però, proprio dal dato primario della sua corporeità: A. SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011, 35 ss.; L. MORRA, B. PASA, *Diritto tacito, diritto implicito e questioni di genere nei testi normativi*, in *Questioni di genere nel diritto*, cit., 10, sembrano attribuire alla «posizione epistemologica *gender neutral* espressa dalla diffusa sostituzione da parte delle varie legislazioni (nazionale, regionale ed europea) del termine sesso con genere» la possibilità di «far breccia su stereotipi e prospettive giuridiche sessiste per giungere al riconoscimento, ad esempio, dell'omogenitorialità o della plurigenitorialità».

<sup>11</sup> Sul transessualismo, B. PEZZINI *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, 471 e Id., *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere e l'uguaglianza*, in G. VIDAL MARCÍLIO POMPEU, F. FACURY SCAFF (a cura di) *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, Florianópolis/SC, Brazil, 2012, 327; P. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di) *Il governo del corpo*, I, *Trattato di Biodiritto*, S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), Milano, 2011, 768; A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013.

<sup>12</sup> Si veda E. ABBATECOLA, L. STAGI (a cura di), *L'eteronormatività tra costruzione e riproduzione*, numero monografico di *AG-AboutGender, International journal of gender studies*, 4, 7, 2015. Per un'applicazione del principio antisubordinazione di genere alla questione del matrimonio omosessuale, v. B. PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, Napoli, 2008, 91; e Id., *Il Matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2010, 2715 ss.

## 5. Il corpo della differenza e la riproduzione al centro della questione di genere

Le questioni della differenza sessuale incrociano oggi con particolare evidenza processi di continua trasformazione resi possibili dalla manipolazione tecnologica, che rendono le frontiere dei corpi fragili e mutevoli: così è per le tecniche che consentono la “riproduzione senza sessualità”, ma anche per i trattamenti farmacologici, medici e chirurgici in riferimento alla costruzione dell’identità di genere (condizioni transessuale, transgenere, intersessuale). Ciascuno di questi ambiti offre alla riflessione elementi importanti, sui modi e sui processi in cui genere, sesso e sessualità vengono *costruiti dal diritto*; ci permette di osservare gli impliciti di genere, la decostruzione di paradigmi, il ridefinirsi di frontiere; in ciascuno di questi ambiti la comprensione muove solo da una prospettiva paziente di ricostruzione di evoluzioni nel tempo, senza le quali è difficile interpretare le questioni dell’oggi.

Per ragioni di sintesi, si è scelto in questo contributo di concentrare l’attenzione sulla questione della riproduzione, paradigmatica dal punto di vista del biodiritto come da quelli della differenza sessuale e della costruzione del genere.

L’asimmetria tra i sessi nella riproduzione si rinnova incessantemente sullo sfondo dei processi sociali che ridefiniscono la funzione riproduttiva, delle trasformazioni dei ruoli di genere in tutti gli ambiti, a partire da quello familiare, e delle innovazioni medico-tecnologiche. La capacità riproduttiva del corpo femminile resta luogo e condizione per eccellenza della differenza sessuale e di genere, che sfida la possibilità di considerare, e conservare, la specificità del soggetto femminile di fronte al tema della maternità e all’esercizio delle scelte connesse alla riproduzione, rendendo possibile la maternità come scelta consapevole (che coinvolge l’intera unità corpo-mente di una donna) e non come mero destino biologico di un corpo femminile.

L’impatto dei principi costituzionali in questo ambito si è misurato, innanzitutto, con la legislazione penale vigente all’entrata in vigore della Costituzione repubblicana in tema di anticoncezionali e aborto, eredità specifica del fascismo ma anche espressione di una visione sociale e di una costruzione del genere più ampiamente radicata: al corpo femminile fecondato erano imposti gravidanza e parto, consentendo alla donna solo di sottrarsi *ex post* agli effetti legali della maternità (diritto della madre a non essere nominata); l’ordinamento tutelava l’aspettativa di vita del concepito in quanto coincidente con l’interesse sociale alla riproduzione (interesse demografico, *l’integrità della stirpe*), senza alcuna autonomia della donna, il cui corpo gravido era *reificato* per il raggiungimento di finalità che la trascendevano; la costruzione patriarcale del rapporto coniugale consentiva al marito di imporre alla moglie la fecondazione (debito coniugale, divieto di propaganda anticoncezionale), la gravidanza e il parto (divieto di aborto).

Guardato in estrema sintesi<sup>13</sup>, il quadro muta in modo decisivo quando interviene la sentenza costituzionale 27/1975, ampiamente riconosciuta come *pietra miliare* nella costruzione dei rapporti di genere relativamente all’ambito della riproduzione, che accompagna la legislazione sui consultori (l. 405/1975) e precede quella sull’interruzione volontaria della gravidanza (l. 194/1978). La sentenza *costituzionalizza un modello* dell’interruzione volontaria di gravidanza fondato sulla, e giustificato dalla, necessità di tutela della salute della madre, che entra nel dibattito del tempo con la forza di una soluzione costituzionalmente imposta e, almeno in certa misura, sottratta alla discussione. Il nodo centrale

<sup>13</sup> Diffusamente in B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza*, cit., 85 ss.

della pronuncia, che ne diverrà la statuizione più duratura, riconosce l'asimmetria tra la tutela della salute della madre, che entra nel bilanciamento come posizione costituzionale non comprimibile, e la tutela del concepito: una visione che implica il riconoscimento e l'assunzione della specificità della esperienza femminile della gravidanza, per quanto dissimulata da un'argomentazione che resta nel quadro del diritto soggettivo alla salute<sup>14</sup>.

La giurisprudenza costituzionale successiva consolida progressivamente il nesso tra salute e gravidanza, avallando anche quegli elementi della regolamentazione in materia di interruzione volontaria della gravidanza imperniati sulla necessità di trattare la gravidanza e aborto come esperienze della vita esemplari della diversità tra i sessi e, conseguentemente, come luogo di necessario riconoscimento giuridico dell'*asimmetria di genere* (si pensi alla posizione del padre del concepito), almeno per quanto risulta coerente e possibile nel quadro di una tutela costituzionale che resta ispirata dall'autodeterminazione della donna in materia di salute riproduttiva, non certo dal riconoscimento della autodeterminazione femminile *tout-court* (si veda come la semi-capacità riconosciuta dalla l. 194/1978 alla donna minore in ordine ad una decisione da considerarsi certamente *grave* rifletta l'assoluta specificità del corpo femminile in età feconda). Del resto, passando da una prospettiva sanzionatoria alla legalizzazione, l'ordinamento ha articolato garanzie e solidarietà sociale non per rendere astrattamente omaggio ad un valore istituzionale e disincarnato della maternità, ma rivolgendole concretamente alle donne in età feconda che, per genere e condizione biologica, vivono la potenzialità di una gravidanza. La chiave della tutela della salute consente il riconoscimento sul piano concreto di spazi in cui si esercitano forme di autodeterminazione femminile, che restano, tuttavia, spazi di autodeterminazione in ordine alla salute, piuttosto che alla condizione di genere. Ed è innegabile che il tema della salute della donna, ancorando la liceità dell'aborto alle condizioni di salute della madre, ha finito per assorbire autonomia e spazio di riconoscimento al pieno riconoscimento dell'asimmetria e specificità della gravidanza e della maternità come esperienza femminile.

Analogamente, è stata la tutela costituzionale della salute della donna la chiave di una vera e propria riscrittura giurisprudenziale<sup>15</sup> della legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita, che ne ha conciliato almeno alcuni istituti più controversi, garantendo, anche con una serie di dichiarazioni di illegittimità costituzionale<sup>16</sup>, l'esercizio, costituzionalmente orientato, di opzioni ragionevoli in materia di procreazione<sup>17</sup>. Mentre la legge sull'aborto era stata disegnata sul parametro della procreazione responsabile ed ispirata dalla finalità di garantire le condizioni di una scelta affrancata dalla dimensione

<sup>14</sup> 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 Carlsare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, Napoli, 2009, 828.

<sup>15</sup> G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2011, 520.

<sup>16</sup> E superando l'iniziale reticenza mostrata nella sent. 369/2006: A. CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 3849; C. TRIPODINA, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita*, *ivi*, 3850; M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, *ivi*, 3859; A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 17 novembre 2006.

<sup>17</sup> Per una ricostruzione multidisciplinare, v. M. AZZALINI (a cura di), *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, *Quaderni di biodiritto*, Roma, 2015.

biologica del caso e della necessità, la legge 40 nasce profondamente marcata dalla limitazione delle opzioni e rivolta a simulare, nella gestione restrittiva delle possibilità tecnologiche, gli stessi vincoli che agirebbero in natura, a partire dall'esistenza di una coppia eterosessuale, necessario presupposto di accesso; negando alla donna lo spazio di una determinazione autonoma, resta, nel suo impianto, incapace di valorizzare la maternità come risorsa e potenzialità femminile degna di un suo proprio riconoscimento che prescindia dalla funzione sociale ad essa associata<sup>18</sup>.

È soprattutto nella sent. 151/2009 che il riferimento alla pretesa alla salute della madre *insieme* a quella del feto ricostituisce l'unità della dimensione materiale ed effettiva di una gravidanza, in cui si collocano le esigenze e le possibilità di tutela dell'embrione, del feto e della madre, non separabili, né contrapponibili per quell'*unità-duale* che è propria della gravidanza, perché è solo questo riconoscimento che conferisce anche alla salute del feto una *dimensione di reale efficacia*<sup>19</sup>. Ma l'attrazione nel campo della tutela della salute ha l'effetto, ancora una volta, di rendere opaca la dimensione di genere della gravidanza: la disciplina della procreazione medicalmente assistita resta segnata da una "messa sotto tutela" del soggetto femminile/materno, per cui si esclude che il legislatore possa definire una volta per tutte le condizioni di produzione e di impianto degli embrioni nel corpo della madre non per riconoscere alla madre uno spazio di autonomia e responsabilità, ma per affidare, caso per caso, la decisione a un medico.

Cosa avviene allora di fronte alle ulteriori modificazioni dei rapporti di genere rese possibili dalla disponibilità delle tecnologie riproduttive che consentono, tramite la fecondazione in vitro, una riproduzione sganciata dalla relazione sessuale, nell'ambito della quale la gravidanza – la riproduzione per la parte femminile – non ha più bisogno, sul piano biologico, di una relazione sessuale con un corpo maschile, ma solo con un prodotto di un corpo maschile? Quali nuove distinzioni significative, tra i due sessi e generi, tra progetti e scelte riproduttive e progetti e scelte di genitorialità emergono da questo contesto e come le affronta il diritto?

La tutela della salute, che pure ha offerto una chiave per il riconoscimento di alcuni spazi di autodeterminazione femminile, non intacca l'orizzonte del paradigma eterosessuale della famiglia: nella sent. 162/2014 l'indispensabile complementarietà dei sessi nella riproduzione trascolora in carattere paradigmatico del matrimonio, della famiglia e della genitorialità fino al punto che, quando la salute viene in rilievo, diventa *salute riproduttiva della coppia*<sup>20</sup>.

Manca la capacità di vedere come riproduzione e genitorialità abbiano a che fare con il corpo femminile come luogo essenziale della differenza tra i sessi, svolgendosi entro un quadro complesso di relazioni: il concepito ha un'aspettativa di vita solo per il tramite della speciale "accoglienza" in un corpo

<sup>18</sup> B. PEZZINI *Tra Corti e provette. Momenti di biodiritto*, in P. TINCANI (a cura di), *Genesi e struttura dei diritti*, Milano, 2009, 122.

<sup>19</sup> M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in [Costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 1, 2009, parla di giudice costituzionale che si sarebbe fatto interprete del senso comune, al quale «prima ancora che alla considerazione scientifica» la salute e la vita della madre, da un lato, e quelle dell'embrione, dall'altro, appaiono «l'espressione di beni sì distinti, ma intrinsecamente convergenti verso un progetto comune: la nascita di un nuovo essere umano».

<sup>20</sup> Nel punto 7 del *considerato in diritto*.

di donna che si realizza durante la gravidanza<sup>21</sup> e, contemporaneamente, l'accoglienza del prodotto del concepimento in un corpo di donna si impone anche come condizione materiale di ogni genitorialità: della paternità, certamente, ma anche della genitorialità materna che instaura con il nato/ la nata una nuova relazione – genitoriale, appunto – diversa dalla relazione di unità duale della gravidanza. Il principio anti-subordinazione di genere alimenta la capacità di distinguere in ogni esperienza vitale ruoli e posizioni e di riconoscere la centralità di un soggetto femminile che “dà corpo” – in senso non solo figurato – e sostanza alla maternità tutelata nell'art. 31 cost., riconoscendone il valore non perché inscritto in un destino *di genere* obbligato, ma in quanto l'assunzione individuale delle responsabilità connesse alla riproduzione è *una* delle possibili opzioni che definiscono per ciascuna donna – e, per quanto diversamente, per ciascun uomo – il libero sviluppo della propria persona.

## 6. Il divieto di surrogazione di maternità nella prospettiva di un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere

Il discorso sin qui condotto porta ad affrontare gli scenari che si aprono alla considerazione della maternità e della riproduzione di fronte alla *surrogazione di maternità*, di cui lo sviluppo delle tecniche di p.m.a. alimenta un crescente rilievo, e un interesse anche commerciale<sup>22</sup>. Quale significato viene attribuito al “nascere da un corpo di donna” in una prospettiva costituzionale orientata dall'analisi di genere? È questo, infatti, il punto in cui l'attualità del biodiritto, le cui frontiere debbono essere continuamente interrogate proprio nella consapevolezza che si tratta di un ambito in perenne movimento, ci consente di incrociare le riflessioni condotte sin qui con una decisione della Corte costituzionale che, pur non affrontandolo espressamente, si è misurata con il tema della surrogazione di maternità (sent. 272/2017).

In presenza del divieto di surrogazione previsto dalla legge 40/2004, a interrogare la giurisprudenza sono, ancora una volta, solo le questioni *a valle* della nascita, in ordine allo status *filiationis* che consegue ad una surrogazione effettuata all'estero<sup>23</sup>.

La Corte costituzionale è stata interessata da un caso di surrogazione di maternità avvenuta all'estero, in India, a favore di una coppia eterosessuale a cui le condizioni di salute della donna avevano precluso sia la produzione di ovociti, sia la gestazione. Dopo la trascrizione in Italia del certificato di nascita legittimamente formato all'estero con l'indicazione dei due coniugi come genitori, infatti, mentre la paternità era stata confermata dal legame biologico tra figlio e padre provato con test sul DNA, la

<sup>21</sup> In cui la madre e l'embrione sono *unità duale*; v. anche T. PITCH, *Un diritto per due*, cit., 80: «si viene al mondo grazie ad una donna, alla sua cura, al suo desiderio; si diventa persone tramite quella mediazione femminile»; P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1990, 442, sottolinea il «modo singolare ed esclusivo di dipendenza della vita del figlio dalla vita e dal corpo della madre», nel contesto di una riflessione sull'embrione che però non mette a tema questa specificità con riferimento al corpo femminile (al soggetto sessuale femminile).

<sup>22</sup> In questa chiave M. COOPER, C. WALBY, *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, Roma, 2015; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 1, 2018, 172.

<sup>23</sup> La distinzione *a valle/a monte* è introdotta da A. LORENZETTI, *Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, in *La procreazione assistita dieci anni dopo*, cit., 118 e ripresa da B. PEZZINI, in *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 1, 2017, 232 ss.

maternità era stata messa in discussione (ex art. 264, co. 2 c.c.) e, nel corso delle vicende relative al disconoscimento di maternità, il giudice d'appello aveva sollevato la questione di costituzionalità sull'art. 263 c.c. «nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minore possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso» (parametri gli art. 2, 3, 30 e 31 cost. e 117, co.1 cost. in relazione all'art. 8 CEDU)<sup>24</sup>.

La Corte risponde con una pronuncia di rigetto interpretativa, che conferma nella motivazione l'interpretazione sollecitata dal giudice *a quo* nel senso della necessaria ponderazione dell'interesse del minore anche nell'ambito di un'azione ex art. 263 c.c.<sup>25</sup>, e traccia il complesso contesto di interessi privati e pubblici che il giudice è chiamato ad affrontare, nel quale anche la questione della surrogazione entra fra gli elementi del giudizio comparativo rivolto a valutare i *best interests* del minore. Vietando la surrogazione, il legislatore avrebbe compiuto un apprezzamento in via preventiva ed astratta che ha qualificato la natura pubblica dell'interesse ad imporre la presa d'atto della "verità" dell'origine biologica; e, tuttavia, l'esigenza di tale verità della filiazione non prevale automaticamente, perché il giudice è comunque chiamato anche a confrontare gli interessi sottesi all'accertamento della verità e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore. Le variabili rilevanti nella ponderazione sono espressamente indicate: la durata del rapporto instauratosi col minore; la condizione identitaria già da esso acquisita; le modalità del concepimento e della gestazione; la presenza di strumenti legali che, anche se in forma differente dal riconoscimento, consentano la costituzione di un legame giuridicamente rilevante ed adeguato alla tutela del minore con il genitore contestato (quale l'adozione in casi particolari)<sup>26</sup>.

L'apertura della giurisprudenza costituzionale alla valutazione, in concreto e in bilanciamento, dell'interesse del minore si accompagna alla chiusura netta nei confronti della surrogazione di maternità: prendendo atto del divieto legislativo in materia, ad esso la Corte non si limita a riconoscere solo un fondamento legislativo, che lo rende "interesse di natura pubblica", ma attribuisce anche un fondamento costituzionale che connette alla dignità della donna, che dalla surrogazione sarebbe offesa in modo intollerabile, e alla qualità delle relazioni umane, che ne sarebbero minate nel profondo. Nella stringatezza del relativo passaggio della motivazione<sup>27</sup>, in sé coerente con la delimitazione della questione da parte del giudice *a quo*, si coglie in questa affermazione la portata di un limite sottratto alla discrezionalità del legislatore; e, richiamando le modalità del concepimento e della gestazione, un

<sup>24</sup> Sull'ordinanza della Corte d'appello di Milano, v. il *focus* della rivista *GenIUS*, 2, 2017, con interventi di G. Brunelli, I. Corti, G. Ferrando, S. Niccolai, A. Ruggeri, S. Stefanelli.

<sup>25</sup> Come subito rilevato dalle note delle avvocate delle parti F. ZANASI, *Quando l'infondatezza è una vittoria*, in *personaedanno*, 8.1.2018 e G.O. CESARO, *Interesse del minore e favor veritatis*, in [lnx.camereminorili.it](http://lnx.camereminorili.it), 22.1.2018; v. anche A. SCHILLACI, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 387; F. ANGELINI, *op. cit.*; più critica G. BARCELLONA *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 9 marzo 2018.

<sup>26</sup> Rileva F. ANGELINI, *op. cit.*, 158, che l'interesse concreto del minore nel caso concreto sarebbe a mantenere il legame giuridico con la madre intenzionale, cosa diversa dal riconoscerla come madre naturale.

<sup>27</sup> Per G. CASABURI, *Riflessioni estemporanee su azioni di stato, nuova genitorialità, tutela del minore*, en attendant le SS.UU., in [articolo29.it](http://articolo29.it), 25 «ambigua, se non criptica e apparentemente contraddittoria».

ulteriore e conclusivo richiamo dell'elevato grado di disvalore<sup>28</sup> che l'ordinamento, tramite il divieto penale, attribuisce alla surrogazione, pesa ulteriormente nell'indirizzare l'operazione di bilanciamento. In una prospettiva di genere, credo si debba esplicitare qualche ulteriore considerazione a proposito della "verità della nascita".

È evidente che le regole che poggiano sul presupposto naturalistico di indiscussa continuità tra progetto riproduttivo (sia nella componente genetica, sia nella gravidanza) e progetto genitoriale materno (come l'art. 269, co. 3) risultano di per sé poco coerenti a un contesto in cui il progetto riproduttivo è sorto ed è stato portato a termine in una discontinuità consapevolmente voluta con il progetto genitoriale. Un contesto specifico nel quale l'intera "verità" dell'origine materna va ripensata.

Non vi è dubbio che gravidanza e parto dicono una verità della nascita, dando riconoscimento ad una specifica e determinata origine materna che è stata centro essenziale della vicenda riproduttiva: dicono *il nome della madre biologica*, di quella donna che accogliendo l'embrione in sé ne ha permesso e accompagnato in una insostituibile relazione di unità duale lo sviluppo dalla potenzialità alla realtà di un nuovo essere umano. Ma vi è anche la verità del progetto genitoriale, detta dalle intenzioni di maternità e paternità genitoriale che hanno accompagnato e reso possibile quello specifico progetto riproduttivo, impensabile al di fuori della rete di relazioni tra la madre biologica ed i genitori intenzionali. La verità della nascita del nuovo essere umano ha bisogno, nel caso specifico, di entrambe: è detta da tutte le relazioni che, intessendo il progetto riproduttivo e quello genitoriale, hanno reso possibile la sua nascita.

Quando l'interesse del minore viene isolato, guardando unicamente a valle della GPA per identificare i soggetti che assumono la responsabilità materna genitoriale ed accettando la scomparsa di tutta la sfera delle relazioni che, a monte, hanno preceduto e reso possibile la nascita della persona del cui interesse si discute, si consegna all'irrelevanza proprio l'esperienza della relazione di gravidanza; si cela il fatto che sono il ruolo e la figura della madre biologica che rendono riconoscibile un'origine materna che, diversamente da quella paterna, non è semplicemente genetica, ma è radicata in una significativa esperienza di relazione; la madre biologica è il perno essenziale dal quale si irradiano sia la relazione di gravidanza che costituisce l'origine di un nuovo essere umano, sia le relazioni con i genitori intenzionali, protagonisti del progetto genitoriale.

Riconoscerlo significa riconoscere una *essenzialità del femminile nella vita umana* sempre presente nella riproduzione, anche nell'esperienza relazionale complessa di un progetto riproduttivo che accetta il ricorso alla tecnologia, moltiplica i soggetti coinvolti e implica un peculiare collegamento con un progetto genitoriale di soggetti parzialmente estranei al progetto riproduttivo. Nella misura in cui il riconoscimento della dimensione relazionale e del ruolo indefettibile svolto dalla madre biologica rappresenta una condizione di adeguatezza ed affidabilità del progetto genitoriale che a quel progetto dà continuità, anche quando al progetto genitoriale la madre biologica ha scelto liberamente e

---

<sup>28</sup> Per F. ANGELINI, *op. cit.*, 171, si tratta di un criterio di chiusura; per A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella gpa*, in [articolo29.it](http://articolo29.it), 23, invece, relegando la questione alle righe finali si sarebbe evidenziata «inequivocabilmente, in una interpretazione costituzionalmente orientata, la premienza» dell'interesse del minore anche nella modalità della gestazione per altri e pur in presenza dell'elevato disvalore.

consapevolmente di restare estranea, non può, dunque, mancare un riscontro delle condizioni in cui i genitori intenzionali hanno contribuito a costruire il progetto riproduttivo premessa della loro genitorialità.

In questo senso, il suggerimento complessivo della sent. 272 deve essere coerentemente valorizzato, per dare spazio, nella ponderazione, ad una considerazione articolata delle «modalità del concepimento e della gestazione», che chiedono e consentono al giudice di operare distinzioni<sup>29</sup>: non solo tra surrogazione commerciale e altruistica, ma anche tra i diversi contesti di commercializzazione; di prendere in considerazione la provenienza dei gameti usati per la fecondazione; di entrare nel merito degli accordi e contratti intervenuti tra i genitori intenzionali e la madre biologica; di differenziare le ipotesi in cui un vincolo di tipo contrattuale incide a monte della fecondazione, costituendo *ex ante* la genitorialità esclusivamente in capo ai genitori intenzionali, da quelle in cui è solo dopo la nascita che, acconsentendo la madre biologica, interviene un accertamento della genitorialità in favore dei genitori intenzionali; di verificare – in astratto ed in concreto – le garanzie di autodeterminazione della madre biologica in ordine alle scelte rilevanti per la salute durante la gravidanza e la possibilità o meno di “ripensamento”<sup>30</sup>; di verificare la disponibilità – in astratto ed in concreto – dei genitori intenzionali di garantire al figlio la conoscenza piena di tutte le sue origini, ma anche di avere contatti con la madre biologica.

Insomma, il disvalore del divieto penale non dice tutto, né una volta per tutte<sup>31</sup>.

Si può anche convenire sul fatto che esso oggi veicoli – come è stato fatto osservare<sup>32</sup> – una più profonda esigenza riconducibile alla matrice personalistica della Costituzione, ancorando all’origine materna una oggettiva e preliminare consistenza materiale dell’essere umano che non sia resa manipolabile artificialmente dal costruito puramente volontaristico della intenzionalità genitoriale. Ma anche in questa visione, il divieto penale non costituisce il fine in sé, resta uno strumento al servizio dell’imprescindibile riconoscimento dell’origine femminile come principio della vita<sup>33</sup>; ed è il fine che deve ispirare una prospettiva di biodiritto in cui «la costruzione di regole che rendano compatibili le diverse opzioni morali e che depotenziano la conflittualità dei valori in campo»<sup>34</sup> resti aderente all’analisi di genere ed orientata dal principio costituzionale anti-subordinazione di genere.

<sup>29</sup> S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2993-95, osserva che la logica *aut aut* del giudice *a quo* lascia il posto al *vel vel* nella “regola di giudizio” enunciata per il caso che introduce l’eccezione.

<sup>30</sup> Personalmente penso che non si dovrebbe, in prospettiva, neppure parlare di “ripensamento”, nella misura in cui la determinazione della madre biologica in favore dei genitori intenzionali può compiutamente esprimersi solo *dopo* la nascita, una volta cessata la condizione di unità duale della gravidanza.

<sup>31</sup> L’affermazione di disvalore pare a L. CHIEFFI, *Nuove frontiere della medicina della riproduzione nel confronto tra alcune esperienze giuridiche*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, Milano-Udine, 2018, 15, «eccessiva e per certi versi forzata»; per A. SCHILLACI, *op. cit.*, 393, la preoccupazione condivisibile di stigmatizzare le ipotesi di sfruttamento rischia di condurre ad affermazioni poco attente alla varietà di esperienze e relazioni cui la g.p.a. può dare luogo.

<sup>32</sup> Su questa dimensione insiste da tempo nei suoi scritti S. NICCOLAI, da ultimo anche nel commento cit. in nota 29.

<sup>33</sup> Anche per F. ANGELINI, *op. cit.*, 164, invece, si tratta di due facce di una medaglia.

<sup>34</sup> E. D’ANTUONO, *Portare al mondo, venire al mondo*, in *Tecniche procreative e nuovi modelli*, cit., 61.

Che suggerisce, insieme ad un più ampio ripensamento dell'adozione nella prospettiva di costruzione di legami familiari multipli, che della genitorialità assecondano piuttosto l'aspetto funzionale che non quello di una intenzionalità di per sé costitutiva<sup>35</sup>, di aprire ad un riflessione *de iure condendo* sulla possibilità di modello di inquadramento giuridico della *gravidanza per altri* fondato sul "*principio del nome della madre*"<sup>36</sup>, capace di riconoscere e valorizzare l'eccedenza di valore femminile della gravidanza della madre biologica, che resta, nella sua intrinseca dimensione di relazione umana primaria, l'elemento che, costituendo l'*origine materiale* della nascita di un nuovo essere umano, di questa nascita fornisce il *principio di senso*.

<sup>35</sup> V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna*, in *Nomos*, 1, 2018, 16.

<sup>36</sup> L'articolazione del principio del nome della madre è progressivamente sviluppata in B. PEZZINI, *La riproduzione al centro della questione di genere. Premesse per un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della GPA (gravidanza per altri)*, in *CIRSDe. Un progetto che continua. Riflessioni e prospettive dopo 25 anni di studi di genere*, e-book, Torino, 2018, 88; ID., *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in [costituzionalismo.it](http://costituzionalismo.it), 1, 2017; ID., *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 91.



## Le nuove sfide della genitorialità: il caso dell'omogenitorialità e il ruolo della Costituzione

Anna Lorenzetti\*

THE NEW CHALLENGES OF PARENTALITY: THE HOMOPARENTALITY AND THE ROLE OF THE CONSTITUTION

ABSTRACT: The paper analyses the juridical condition of homoparentality in Italy. The paper focuses on the role played by the Constitution in the recognition of a legal protection, facing the silence of the Law no. 76 of 2016 on civil unions. By framing these issues, the paper addresses the following questions. May we consider parentality as a "right" or is there a right to protect the family as a «natural society based on marriage» (article 29 of the Italian Constitution)? How does the public order play in the (non) protection of same-sex parentality? Which are the risks and the possibility in the use of Constitution in front of the silent Parliament?

KEYWORDS: Homoparentality; case-law; constitutional protection; self-determination; parental rights

SOMMARIO: 1. Omogenitorialità e Costituzione. Brevi spunti introduttivi – 2. L'omogenitorialità e il bilanciamento fra diritti e interessi contrapposti: il ruolo della Carta costituzionale – 3. Cenni di sintesi

### 1. Omogenitorialità e Costituzione. Brevi spunti introduttivi

L'analisi del ruolo che la Costituzione e i suoi principi hanno avuto e ancora possono avere in tema di biodiritto si offre come di particolare interesse quanto all'omogenitorialità, neologismo che si riferisce alla genitorialità delle persone omosessuali, senza riferimento specifico alla sua genesi e alle modalità attuative. Entrata nella lingua italiana quale traduzione di corrispondenti termini stranieri<sup>1</sup>, questa espressione include tanto le vicende in cui il rapporto di filiazione sia sorto a seguito di una relazione con una persona di sesso diverso, quanto i casi di accesso all'adozione o alla procreazione medicalmente assistita, nell'ambito degli ordinamenti in cui ciò è consentito. Realtà numericamente in crescita e sempre più presente nel dibattito pubblico<sup>2</sup>, l'omogenitorialità è divenuta più frequente anche grazie al progresso scientifico che consente la creazione di un rapporto genitorialità a prescindere dall'incontro sessuale fra uomo e donna.

Nell'ambito di una riflessione dedicata ai 70 anni della Costituzione, il tema dell'omogenitorialità è di interesse in quanto consente di mettere a fuoco il ruolo assunto dalla Carta costituzionale nella co-

\* Ricercatrice in Diritto costituzionale, presso l'Università degli Studi di Bergamo, Dipartimento di Giurisprudenza. Mail: [anna.lorenzetti@unibg.it](mailto:anna.lorenzetti@unibg.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

<sup>1</sup> «Homoparentality» nella lingua inglese o «homoparentalité» nella lingua francese.

<sup>2</sup> *Inter alia*, C. CAVINA, D. DANNA (a cura di), *Crescere in famiglie omogenitoriali*, Milano, 2009; R. BOSISIO, P. RONFANI, *Le famiglie omogenitoriali. Responsabilità, regole e diritti*, Roma, 2015.

struzione della trama interpretativa di cui si sono avvalse le decisioni assunte dai giudici. In assenza di una disciplina<sup>3</sup> e anche a seguito della circolazione dei modelli e delle esperienze giuridiche<sup>4</sup>, la giurisprudenza è stata infatti chiamata a occuparsi di istituti vietati o non disciplinati in Italia, caratterizzando così in termini rapsodici e frammentati le risposte giudiziarie ai quesiti posti dalla quotidianità delle vicende umane. Nell'impossibilità di ricostruire la molteplicità di fattispecie e istituti chiamati in causa di volta in volta<sup>5</sup> e nella consapevolezza della distanza che è intercorsa fra le diverse vicende oggetto delle decisioni, si consideri come la giurisprudenza si è occupata sia di casi in cui il rapporto di filiazione era sorto nel contesto di una precedente relazione eterosessuale<sup>6</sup>, sia della creazione di legami genitoriali<sup>7</sup>, sia del riconoscimento di vincoli giuridici sorti e giuridicamente riconosciuti all'estero, in specie grazie alle tecniche di procreazione medicalmente assistita o mediante il ricorso all'adozione<sup>8</sup>.

## 2. L'omogenitorialità e il bilanciamento fra diritti e interessi contrapposti: il ruolo della Carta costituzionale

Nella valutazione del ruolo assunto dalla Costituzione nelle pronunce in materia di omogenitorialità, può evidenziarsi, in prima battuta, una interessante traiettoria percorsa dal canone dell'ordine pubblico<sup>9</sup>. Dapprima inteso come criterio generale e astratto in nome del quale negare, *sic et simpliciter*, il riconoscimento della genitorialità delle coppie *same-sex*<sup>10</sup>, l'ordine pubblico è stato più di recente

<sup>3</sup> Come noto, neppure in sede di approvazione dell'istituto delle unioni civili (L. 20 maggio 2016, n. 76, su cui v. G. BUFFONE, M. GATTUSO, M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017) è stata introdotta una regolazione in merito.

<sup>4</sup> R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, II, Torino, 1998, 365 ss.; L. BUSATTA, *Could a common EU standard of access to MAR techniques be possible also for LGBT couples?*, in C. CASONATO, A. SCHUSTER (eds.), *Rights On The Move. Rainbow Families in Europe*, Proceedings of the Conference, Trento, 16-17 October 2014, Trento, 2014, 217-231.

<sup>5</sup> Per questi aspetti, sia consentito rinviare all'analisi delle decisioni operata in *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2018, 2-53.

<sup>6</sup> Tipicamente, il tema è venuto in causa in sede di divorzio o separazione, quando l'omosessualità di uno dei genitori è stata evocata quale elemento ostativo all'affido del bambino, costruzione decisamente respinta dai giudici.

<sup>7</sup> Così, nel caso di adozione in casi particolari per il figlio del partner nato (c.d. *step-child adoption* o adozione co-parentale) o di affidamento di un "minore" a coppie dello stesso sesso. Come ha ricordato M.F. MOSCATI, *Bambini e adolescenti LGBTI: un approccio definitorio e le ragioni di un'indagine giuridica*, nella relazione di apertura del Convegno organizzato dall'associazione Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford, *La tutela giuridica dei bambini e degli adolescenti LGBTI: una prospettiva multidisciplinare*, Venezia, 7-8 ottobre 2016, occorre tenere conto del potenziale stigmatizzante di questa espressione che sembra evocare una minorità del bambino.

<sup>8</sup> Così, nei casi di richieste di trascrizione e riconoscimento giuridico di atti, formati all'estero, costitutivi di un vincolo giuridico di filiazione.

<sup>9</sup> F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 31-53.

<sup>10</sup> Trib. Min. Brescia, 26.9.2006, in *Famiglia e minori*, 2007, 74.

assunto quale elemento sulla cui base riconoscere legami creati all'estero, in nome della continuità dello status familiare già acquisito dal bambino, dunque della centralità dei suoi diritti per come si pongono nella vicenda concreta, pur in assenza di un corrispondente istituto nell'ordinamento interno<sup>11</sup>. Superando l'idea della valutazione di conformità all'ordine pubblico come conformità al diritto interno degli effetti di un istituto non previsto dall'ordinamento, la Corte di Cassazione lo ha individuato come «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento in un determinato periodo storico [...] ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria»<sup>12</sup>. In nome dell'uguaglianza intesa come pari dignità sociale e come divieto di differenze legislative basate su condizioni personali e sociali, si è così affermato che l'ordine pubblico, quale strumento di difesa soltanto di quei principi fondamentali che ne caratterizzano il nucleo essenziale, non può comunque consentire «discriminazioni nei confronti [del minore] a causa della scelta di coloro che lo hanno messo al mondo mediante una pratica di procreazione assistita non consentita in Italia»<sup>13</sup>. Sulla stessa scia, si è poi collocata anche la giurisprudenza di merito che ha riconosciuto il sorgere di «un diritto fondamentale [dei bambini coinvolti] a conservare lo status legittimamente acquisito all'estero»<sup>14</sup>, non potendosi ammettere che questi vengano a patire conseguenze negative in ragione dei divieti presenti nella legislazione interna<sup>15</sup>. La nuova nozione di ordine pubblico appare dunque indifferente alla modalità di concepimento e nascita del minore<sup>16</sup>, valorizzando la tutela del suo interesse alla certezza dei rapporti giuridici e alla piena protezione del diritto all'identità personale e sociale, in primo luogo attraverso la stabilità dei rapporti affettivi. Da questa chiave ermeneutica, è derivato il rifiuto di riconoscere quale principio fondamentale di rango costituzionale e principio inderogabile di ordine pubblico, l'affermazione per cui madre è solo colei che partorisce, piuttosto trattandosi di una «regola di esperienza, progressivamente integrata e superata dall'evoluzione scientifico-tecnologica»<sup>17</sup>. In

<sup>11</sup> Si tratta di posizioni già fatte proprie dalla Corte costituzionale (Corte cost. 76/2016) e dalla Corte di Strasburgo nei casi *Fretté c. Francia* (2002), *E. B. c. Francia* (2008), *Gas & Dubois c. Francia* (2012), *X e altri c. Austria* (2013), ma anche *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* (1999).

<sup>12</sup> Corte cass., 19599/2016, par. 7, p. 22.

<sup>13</sup> Corte cass. 19599/2016, par. 8.3, 34-35; App. Napoli, 4.7.2018, n. 145.

<sup>14</sup> Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, in particolare, la pronuncia sulla vicenda inglese, par. 3C.3, p. 17; Trib. Napoli, decr. 6.12.2016, consultabile sul sito di [Articolo29.it](http://Articolo29.it) (ultima consultazione: 18.6.2019) App. Trento, ord. 23.2.2017, consultabile sul sito di [Articolo29.it](http://Articolo29.it) (ultima consultazione: 18.6.2019).

<sup>15</sup> App. Trento, ord. 23.2.2017, cit.

<sup>16</sup> E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 12-13, rileva l'automatismo della trascrizione e l'assenza di verifica circa la normativa straniera in specie riguardo alla maternità surrogata. Della stessa autrice, v. E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018; anche S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 210, rileva criticamente questo aspetto. V. Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, consultabile sul sito di [Articolo29.it](http://Articolo29.it) (ultima consultazione: 18.6.2019), e App. Napoli, 4.7.2018, n. 145; Corte Cass. 19599/2016; Trib. Bologna, 6.7.2018, consultabile sul sito di [Articolo29.it](http://Articolo29.it) (ultima consultazione: 18.6.2019).

<sup>17</sup> Cass., 19599/2016, parr. 10.2 e 11.1, 44 e 52. Criticamente, F. ANGELINI, *op. cit.*, 47 ss.; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 126 ss.; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio*, cit., 2990

proposito, vi è chi ha criticamente evidenziato l'archiviazione della relazione materna e il superamento del *mater semper certa*, quale principio di ordine pubblico, in particolare rilevando l'eccessiva discrezionalità riconosciuta ai giudici a fronte dell'anomia legislativa e l'uso, giudicato "attivistico", dell'interesse del minore<sup>18</sup>. Recentemente, in un caso relativo alla trascrizione dell'atto di nascita di bambini nati all'estero da maternità surrogata<sup>19</sup>, pratica di cui la Consulta aveva già riconosciuto l'«elevato grado di disvalore», in quanto «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>20</sup>, le Sezioni Unite hanno rifiutato di riconoscere efficacia al provvedimento straniero con cui era stato accertato il rapporto di filiazione con il genitore non biologico di cittadinanza italiana. Il giudice di legittimità ha qualificato il divieto come principio di ordine pubblico, posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; in proposito, la Cassazione ha rilevato un conflitto con la surrogazione di maternità, perché soltanto all'adozione – le cui regole sono poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori – e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato. Secondo il giudice di legittimità, il superiore interesse del minore non risulterebbe compromesso, poiché resta comunque possibile il ricorso ad altri istituti, come l'adozione in casi particolari. Nel richiamare il bilanciamento effettuato, in modo non irragionevole, dal legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità, cui il giudice non può sottrarsi, la Cassazione ricorda come la compatibilità con l'ordine pubblico debba essere valutata «alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»<sup>21</sup>.

Strettamente connesso al tema dell'ordine pubblico è il canone dei *best interests* che ha subito una decisa evoluzione. Infatti, in un primo momento esso era stato inteso quale argomentazione per motivare il mancato riconoscimento del legame omogenitoriale, alla luce di un supposto interesse alla corretta formazione della personalità del concepito che subirebbe un negativo impatto laddove cresca con un genitore omosessuale o del quale non condivide patrimonio genetico e biologico<sup>22</sup>. Successivamente, si è invece fatta strada una interpretazione dell'ordine pubblico funzionale alla garan-

ss.; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit. Adesivamente, G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corriere giuridico*, 2, 2017, 196; S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 28 ss.

<sup>18</sup> F. ANGELINI, *op. cit.*, 48 ss., rispetto alla pronuncia Cass. 19599/2016; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 140; nello stesso volume, v. B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio nel nome della madre" nella gravidanza per altri*, 117; S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2016, 1173.

<sup>19</sup> Si tratta dei casi all'esame del Tribunale di Torino, decr. 21.5.2018 e 11.6.2018, in [Articolo29.it](http://Articolo29.it) (ultima consultazione: 18.6.2019).

<sup>20</sup> Corte cost. 272/2017, rispettivamente pt. 4.3 CID e pt. 4.2 CID; in Corte cost. 162/2014, la Consulta aveva ribadito l'espresso divieto della cosiddetta surrogazione di maternità (pt. 9 CID).

<sup>21</sup> Cass. 12193/2019.

<sup>22</sup> Cass. 19599/2016.

zia di una stabilità di affetti e legami giuridici, dunque dell'equilibrio psico-fisico, al minore<sup>23</sup>, superando precedenti posizioni che tendevano a leggere l'interesse del minore seguendo quanto si intendeva come esperienza comune e pensiero proprio della maggioranza degli individui nella società di riferimento<sup>24</sup>. Al canone dei *best interests of the child* è così stato assegnato il ruolo di «principio, di rilevanza costituzionale primaria [...] che si sostanzia nel [...] diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero»<sup>25</sup>, sulla base della vicenda concreta<sup>26</sup>. È infatti l'identità «personale e sociale del minore» a doversi tutelare, posta la grave incertezza giuridica che potrebbe derivare dal mancato riconoscimento della continuità dello status, cui seguono «conseguenze pregiudizievoli concernenti la possibilità di acquisire la cittadinanza italiana e i diritti ereditari, di circolare liberamente nel territorio italiano e di essere rappresentato dai genitori nel rapporto con le istituzioni»<sup>27</sup>. La Corte di Cassazione ha peraltro disconosciuto la riconduzione dei divieti e delle norme inderogabili contenute nella legge 40/2004 tra i valori costituzionali primari di cui deve essere assicurata la preminente applicazione, in ragione della discrezionalità di cui il legislatore gode nella materia<sup>28</sup>. Nella costruzione del bilanciamento, si è così respinta la configurazione in chiave apodittica e non motivata di un generale interesse dello Stato e della pubblica autorità a contrastare il mantenimento di legami omogenitoriali, posta la necessaria prevalenza degli interessi del minore coinvolto e dunque l'esigenza di un attento riferimento al caso concreto. A ben vedere, l'interrogativo sotteso riguarda la possibilità di considerare la nozione costituzionale di famiglia estesa al punto di ricomprendere anche le famiglie omogenitoriali che pure non sono tali per l'ordinamento giuridico<sup>29</sup>.

Nel profilare il ruolo della Costituzione e dei suoi principi, in specie quanto alla configurazione di un "diritto alla genitorialità", i giudici hanno contrapposto, nel bilanciamento, da un lato, la «fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» in materia personale, affettiva, familiare, in condizioni di pari dignità sociale<sup>30</sup>, dunque attraverso la tutela delle "formazioni sociali" riconosciute e garantite dall'art. 2 Cost.<sup>31</sup>, oltre che dal diritto sovranazionale<sup>32</sup>, e dall'altro, la tutela della stabilità dei modelli familiari. Quest'ultima ha trovato ingresso, in particolare, in nome della "finalità procreativa" del ma-

<sup>23</sup> M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *Il matrimonio tra omosessuali non è un vero matrimonio*, in *Giurisprudenza di merito*, 2, 2006, pt. 1, 616 ss.; in senso contrario v. M. MORI, *La fecondazione artificiale*, Bologna-Bari, 1995, 126 ss., V. Trib. Min. Venezia, 31.7.2017.

<sup>24</sup> S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 217, ricorda la vocazione paternalista del canone dei *best interests*, intrisi di pregiudizi razziali e di genere, e utilizzati dall'adulto in base ai propri (pre)giudizi.

<sup>25</sup> Cass. 19599/2016, par. 8.4, 36.

<sup>26</sup> V. Cass. 601/2013; similmente App. Milano, 16.10.2015, cit. G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 89.

<sup>27</sup> Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, sul provvedimento statunitense, alle 19-20.

<sup>28</sup> Cass., 19599/2016 (par. 10.1, 41).

<sup>29</sup> Secondo la definizione della l. 76 del 2016, le coppie *same-sex* sono infatti delle "formazioni sociali specifiche" (art. 1, co. 1).

<sup>30</sup> Corte cost. 162/2014. Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, 20.

<sup>31</sup> Questa posizione, dapprima elaborata da una serie di pronunce della Corte di Cassazione (4184/2012; ord. 14329/2013) e della Corte costituzionale (138/2010; 170/2014), è stata poi "raccolta" dalla legge 76/2016 che così definisce le unioni civili (art. 1, co. 1).

<sup>32</sup> Si vedano le pronunce della Corte Europea dei diritti umani: *inter alia*, *Salgueiro da Silva Mouta* (1999); *Gas e Dubois* (2012); *X e altri* (2013).

trimonio, caratterizzato da una sorta di “paradigma eterosessuale”<sup>33</sup>, che certamente non contempla l’omogenitorialità. Sono tuttavia da tenere distinte le vicende in cui il legame genitoriale fosse già esistente da quelle in cui le istanze sono invece state rivolte alla sua creazione. Infatti, nel primo caso la questione è da ricostruire attorno all’interrogativo circa la supposta configurabilità di un “diritto alla genitorialità” quale pretesa individuale che deve essere soddisfatta, sempre e comunque, consentendo l’accesso agli istituti che possono darvi forma<sup>34</sup>. Potrebbe ipotizzarsi, in proposito, uno spazio a un eventuale contro-interesse della collettività alla “tenuta” del sistema nel suo complesso, dunque al rispetto delle regole che l’omogenitorialità spesso mette in discussione o persino infrange<sup>35</sup>. Nel caso invece in cui il legame giuridico e affettivo sia già creato, la questione è riconducibile a una pretesa di astensione dall’interferenza da parte di terzi, dunque come diritto di chi ha dato vita a un legame genitoriale di proseguire la propria esperienza e mantenere la genitorialità già esistente<sup>36</sup>. In generale, le decisioni evidenziano il ruolo della Costituzione, e in specie del principio personalista, nel suo porsi quale argine alla compressione di diritti e libertà individuali, posta l’impossibilità di evocare il mero rispetto della normativa laddove ciò rischi di compromettere interessi e diritti dei minori coinvolti<sup>37</sup>.

Nella valutazione dell’accesso alla genitorialità come diritto, è da mettere a tema la ragionevolezza di eventuali distinzioni basate sull’orientamento sessuale dei componenti della coppia, come pure sulla diversità dei metodi procreativi grazie ai quali si è dato forma alla filiazione<sup>38</sup>. Sul punto, la Consulta ha recentemente dichiarato non irragionevole la preclusione di accesso al percorso di procreazione medicalmente assistita da parte di due donne, ritenendo le disposizioni non in contrasto con i principi costituzionali invocati dai due giudici *a quibus*<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Questa espressione – utilizzata per la prima volta da B. PEZZINI, *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti fondamentali)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2001, 1519-1522, è stata poi ripresa dalla Corte cost. 138/2010 e 170/2014.

<sup>34</sup> V.F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Udine, 2011, 188 ss., che ritiene configurabile un vero e proprio “diritto ad essere genitore”, che può esercitarsi nei confronti dell’altro genitore e di terzi. Altra dottrina, G. FAMILIETTI, *Filiazione e procreazione*, in F. GIUFFRÉ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, 132, ha invece tracciato una linea di demarcazione fra “diritto di procreare” e “diritto di libertà procreativa”, nonché fra il diritto (o presunto tale) alla “genitorialità” e a “esercitare la responsabilità genitoriale”.

<sup>35</sup> Si pensi ai casi di filiazione attraverso la pratica della maternità surrogata rispetto a cui vi è una valutazione di massimo disvalore da parte dell’ordinamento, posto che è considerata un reato (art. 12, l. 40/2004).

<sup>36</sup> Sul punto v. B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte Edu: le trasformazioni degli istituti dell’adozione e della filiazione “sorrette” da un’ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *giudicedonna.it*, 1, 2017, 1 ss.; si vedano le riflessioni di S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, cit., 1173; Id., *La maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2015.

<sup>37</sup> Tuttavia, occorre considerare come una valutazione sul tema dell’omogenitorialità sia già intervenuta, tanto nel non modificare (secondo *l’ubi voluit*) la normativa sulle adozioni e sulla fecondazione assistita in sede di approvazione della l. 76/2016, tanto in sede di controllo di ragionevolezza, ad esempio, nel ribadire la legittimità del divieto di maternità surrogata (Corte cost. 162/2014; 272/2017); quanto ancora all’esclusione delle coppie *same-sex* dall’accesso alla p.m.a., ribadita nella pronuncia Corte cost. 18 giugno 2019.

<sup>38</sup> C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico*, cit., 131-132.

<sup>39</sup> Corte cost. 221/2019.

Un tema in cui ampio spazio è stato riconosciuto alla Costituzione ha riguardato il superamento dell'orientamento sessuale omosessuale di uno o di entrambi i genitori, quale condizione ostativa all'assunzione o al mantenimento della responsabilità genitoriale su un minore<sup>40</sup>. Nel ritenere l'omosessualità influente e giuridicamente neutra, salvo che non mini o rischi di compromettere l'equilibrio psico-fisico del minore, peraltro analogamente a quanto accade in caso di eterosessualità dei genitori, le pronunce hanno riconosciuto come «non è possibile sostenere l'esistenza di un principio costituzionale fondamentale [...] idoneo ad impedire l'ingresso in Italia dell'atto di nascita [...] in ragione di una asserita preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso (unite da uno stabile legame affettivo) di accogliere, di allevare e anche di generare figli»<sup>41</sup>. Diversamente, non soltanto si darebbe spazio a un mero pregiudizio<sup>42</sup>, che non trova riscontro negli studi in materia<sup>43</sup>, ma si ammetterebbe il prodursi di conseguenze negative sui figli in ragione della diversità di sesso tra i genitori<sup>44</sup> che non appare compatibile con il principio personalista. La questione aveva generato un acceso dibattito in occasione dell'approvazione della legge sulle unioni civili (l. 76 del 2016), a partire da una lettura della Costituzione come proiettata a tracciare un nesso immediato e inesorabile tra filiazione, eterosessualità della coppia e matrimonio<sup>45</sup>. L'assenza di qualsiasi margine per il riconoscimento della genitorialità nel contesto della regolazione delle unioni civili è stata richiamata facendo proprie le parole della Corte costituzionale<sup>46</sup> nel considerare il matrimonio come

<sup>40</sup> Cfr. Trib. Bologna, 15.7.2008, in *Giurisprudenza Italiana*, 2009, 5. Cfr. Trib. Napoli, 18.12.1984, *Diritto di famiglia e delle persone*, 1985, 229; Trib. Napoli, 28.6.2006, *Corriere del merito*, 8-9, 2006, 984, confermato da App. Napoli, 11.4.2007, n. 1067, *Corriere del merito*, 6, 2007, 701, confermata da Cass. Civ. sez. I 18.6.2008, n. 16593, *Giustizia civile-massimario annotato dalla Cassazione*, 6, 2008, 974, in *Foro italiano*, 9, 2008, 2446, in *Vita notarile*, 3, 2008, 1443; Trib. Min. Catanzaro, 27.5.2008, in *Famiglia e minori*, 10, 2008, 86; Trib. Bologna, 7-15.7.2008, in *Famiglia e minori*, 9, 78; Cass. Civ., I, sez., 25.7.2007, n. 16417, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2, 2008, 271. V. anche Trib. Nicosia, ord. 14.2.2010 e Cass. Civ. 11.1.2013 n. 601; Trib. Genova, 30.10.2013, in [Articolo29.it](http://Articolo29.it) (ultima consultazione: 18.6.2019), e le pronunce del Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, cit.

<sup>41</sup> Cass. 19599/2016, par. 12.1, 53; Cass., sez. I civ., 12962/2016, cit.

<sup>42</sup> Cass. 601/2013, ripresa da 19599/2016 par. 12.1, 55, par. 12.1, 53. Recentemente, v. anche Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit.

<sup>43</sup> Oramai copiosi sono gli studi che attestano come crescere in una famiglia omogenitoriale non rappresenta un fattore negativo per un minore. V. le ricerche dell'American Psychological Association, da ultimo, *APA on children raised by gay and lesbian parents* (2012), consultabile sul sito dell'APA. Quanto al contesto interno, per cui ci si limita a rinviare a R. BAIOTTO, N. CARONE, V. LINGIARDI (a cura di), *La famiglia da concepire. Il benessere dei bambini e delle bambine con genitori gay e lesbiche*, Roma, 2017; N. CARONE, R. BAIOTTO, S. LOVERNO, A. CHIRUMBOLLO, V. LINGIARDI, *Same-sex parent families in Italy: Validation of the Coparenting Scale-Revised for lesbian mothers and gay fathers*, in *European Journal of Developmental Psychology*, 14, 2017, 367-379; V. LINGIARDI, N. CARONE, *Lesbian mothers, gay fathers: an inconceivable conception?*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, 43, 2016, 57-80.

<sup>44</sup> Cass. 19599/2016, par. 12.1, 54-55; App. Venezia, riformata dalla Cass. 14878/2017.

<sup>45</sup> Dal combinato disposto degli artt. 29, 30, 31 Cost., A. SINAGRA, *Matrimonio omosessuale validamente celebrato all'estero ed ordine pubblico italiano*, in *Giurisprudenza di merito*, 1, 2006, 624, fa derivare che la famiglia tutelata dalla Costituzione è quella «finalizzata alla procreazione e dunque fondata sulla diversità di sesso». Nello stesso senso, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *op. cit.*, 616 ss.

<sup>46</sup> V. Corte cost. 138/2010; tuttavia, affermare che la finalità del matrimonio risiede nella procreazione significa non considerare come non vengano eseguite indagini sulla capacità e la volontà delle coppie che intendono sposarsi di fare figli e come il matrimonio sia legittimo anche quando fini procreativi vadano esclusi in partenza, come nel caso del cambiamento del sesso, di unione di persone in età avanzata o di sterilità di uno dei coniugi.

“naturalmente” finalizzato alla procreazione, in quanto fra due persone di sesso diverso e dunque caratterizzato da una “essenziale fecondità”<sup>47</sup>.

Oltre al superamento dell’omosessualità come elemento ostativo all’assunzione di una responsabilità genitoriale, la Costituzione ha trovato ingresso anche quanto all’archiviazione dell’essenzialità del requisito della discendenza biologica, riconoscendosi, in una chiave evolutiva, l’analoga idoneità della coppia *same-sex* all’educazione e alla cura dei minori<sup>48</sup>.

Nel contribuire alla revisione e alla problematizzazione delle categorie dogmatiche, non più attuali alla luce delle tecniche che rendono possibile la genitorialità a prescindere dall’atto sessuale e dalla coppia *opposite-sex*, l’omogenitorialità ha messo a tema la “tenuta” delle tutele costituzionali ad esempio previste per la maternità, interrogandosi a fronte della pluralità di nozioni di madri – biologica, genetica, sociale o intenzionale, gestazionale – riconosciuta dalla giurisprudenza<sup>49</sup>. Per quanto sia un elemento certo che la Costituzione – anche soltanto per il periodo storico nel quale fu redatta – aveva come paradigma di riferimento un determinato modello di famiglia e di relazione genitoriale, non può affermarsi che vi sia in essa una preclusione nel tutelare forme di relazioni genitoriali differenti dallo schema-base implicitamente assunto quale riferimento, per cui una vita nasce a seguito di un rapporto sessuale fra un uomo e una donna. Piuttosto, dovrebbe considerarsi come la Carta costituzionale tuteli la funzione genitoriale a prescindere da qualsiasi considerazione ultronea, soprattutto in una chiave di garanzia della posizione del bambino coinvolto e di spiegamento del principio personalista. Pure riconoscendo la problematicità del tema, appare interessante segnalare come il superamento dell’essenzialità del legame biologico come schema-base della genitorialità<sup>50</sup> abbia portato con sé l’irrelevanza delle circostanze del parto ai fini della trascrizione del provvedimento straniero<sup>51</sup> e il conio di una serie di neologismi quali “genitorialità sociale”<sup>52</sup>, “progetto genitoriale”<sup>53</sup> o “genitorialità intenzionale”<sup>54</sup> o ancora di “bigenitorialità”<sup>55</sup>, oggi divenuti di uso sempre più comune. Ne è così scaturita una idea di genitorialità come plasmata dalla condivisione di un progetto procreativo a prescindere dalla diversità di sesso dei/delle genitori/genitrici, dando forma ad un legame genitoriale

<sup>47</sup> A. MORO, *Appunti sull’esperienza giuridica: lo Stato 1946-1947*, Bari, 1978, 254-255; F. D’AGOSTINO, *Le coppie omosessuali: problema per i giuristi*, in *Iustitia*, I, 1994, 80-81, che esclude il rilievo pubblico della convivenza omosessuale, per il solo fatto di non poter essere orientata alla procreazione.

<sup>48</sup> Cass. 19599/2016 par. 12.1, 56. Sia pure in un caso di coppia eterosessuale, è stato confermato, anche da Corte cost. 272/2017.

<sup>49</sup> Cass., 19599/2016, par. 11.1, 52.

<sup>50</sup> App. Trento, ord. 23.2.2017, cit., 17-18. V. Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit.; Trib. Perugia, decr. 28.3.2018, nr. 190754; App. Napoli, 4.7.2018, n. 145.

<sup>51</sup> App. Milano, 16.12.2016, cit.

<sup>52</sup> Sul piano interno, questa espressione si utilizza per definire chi è riconosciuto “socialmente” come genitore, senza alcun vincolo giuridico e/o biologico. Ha rilevato il rischio del potenziale stigmatizzante che potrebbe celare quasi ammettendo una differenza tra genitori basata sul vincolo biologico, M.F. MOSCATI, *Genitorialità sociale e orientamento sessuale: profili di diritto comparato*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità*, cit., 67 ss.

<sup>53</sup> Trib. Napoli, 11.11.2016, cit.; Cass. 14878/2017; Cass., 19599/2016, par. 11.1, 48-49.

<sup>54</sup> Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit.; App. Napoli, 4.7.2018, n. 145.

<sup>55</sup> Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit.; App. Napoli, 4.7.2018, n. 145; Trib. Perugia, decr. 28.3.2018, nr. 190754.

mediante consenso certamente inedito nell'ordinamento di diritto positivo<sup>56</sup> ma altrettanto certamente non escludibile *de plano* dalle tutele costituzionali.

### 3. Cenni di sintesi

Provando a tracciare qualche rapido spunto circa il ruolo della Costituzione e dei principi e diritti in essa affermati in materia di omogenitorialità, occorre ammettere come la confusione ermeneutica e le spesso sbrigative decisioni non consentono di offrire un quadro chiaro e univoco.

In primo luogo, pare di dover segnalare – in senso critico – come la Costituzione e i suoi contenuti vengano spesso evocati quale base di percorsi argomentativi, senza tuttavia riferimento alcuno a oposti posizionamenti che pure richiamano, con una operazione di controcampo, i medesimi principi e valori costituzionali. Si consideri, ad esempio, la costruzione della tutela della genitorialità delle persone omosessuali quale espressione di un “diritto alla genitorialità”, ossia di diritto di un adulto di creare un legame genitoriale costituzionalmente tutelato<sup>57</sup>. Questa lettura fa scivolare in secondo piano la pure evidente constatazione per cui ciò significherebbe ammettere l'esistenza di una pretesa che ha a oggetto il bambino che dal progetto genitoriale è nato o nascerà<sup>58</sup>; è però da rilevare come il riconoscimento nell'ordinamento interno di una simile pretesa appaia assai flebile, visto che la stessa adozione – pensata come diritto del minore ad una famiglia e non come diritto dell'adulto a un bambino – richiede la valutazione di idoneità della coppia che vi accede. Il diniego del riconoscimento dei legami omogenitoriali viene – in modo parimenti acritico – argomentato a partire dalla costruzione costituzionale che sarebbe univocamente orientata non a tutelare ma a consentire la genitorialità soltanto a partire dal matrimonio e dunque a fronte della diversità di sesso dei componenti della coppia. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso, si omette tuttavia il confronto sul significato della Costituzione nel tracciare le tutele alle relazioni verticali. Se certamente la Carta costituzionale detta uno schema-base, l'unico immaginabile al momento della sua redazione, per cui il matrimonio, e dunque la genitorialità, sono pensabili a partire da una relazione fra uomo e una donna, ciò tuttavia non può condurre a elidere le tutele possibili per altre forme di genitorialità.

Così, non può condividersi la lettura del canone dei *best interests of the child*<sup>59</sup> come argomentazione volta, in senso univoco, a consentire sempre e comunque il riconoscimento della genitorialità delle coppie *same-sex*, ben prestandosi a letture di segno opposto. In questa chiave, piuttosto che eludere il confronto con le controargomentazioni – si pensi a un supposto danno per i bambini nel crescere

<sup>56</sup> Con una interpretazione che pare debordare dai limiti ermeneutici dell'*ubi voluit*, Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit. e App. Napoli, 4.7.2018, n. 145, hanno inteso la clausola generale di equivalenza, ex co. 20, l. 76/2016 come non escludente l'applicazione in via analogica dell'art. 8, l. 40/2004. V. anche Trib. Perugia, decr. 28.3.2018, nr. 190754.

<sup>57</sup> Diversa è invece la valutazione laddove venga in causa il diritto del minore coinvolto «ad instaurare relazioni affettive stabili con entrambi i genitori».

<sup>58</sup> C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 136, parla in proposito di un «diritto di non essere oggetto di diritti o pretese altrui»; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio*, cit., 2990 ss.; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit.

<sup>59</sup> Sul tema la letteratura è ampia: v. almeno, v. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; L. LENTI, “Best interests of the child” o “best interests of children”?, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2010, 157 ss.

con chi ha violato la legge per creare il legame genitoriale o nell'essere distaccati dalla madre alla nascita, archiviando qualsiasi possibilità di avviare o mantenere un qualsivoglia rapporto con lei, o anche il debole interesse alla continuità dello status in assenza di consolidati legami affettivi<sup>60</sup> – andrebbe messo a tema il ruolo della Costituzione quale presidio all'apparato dei diritti e delle libertà delle persone coinvolte, prima delle quali il minore.

Per quanto l'anomia legislativa sia stata almeno in parte temperata dall'azione della giurisprudenza, vi è da constatare come la riflessione giuridica sul tema sia stata prevalentemente ancorata alle vicende che riguardano bambini già nati, spesso senza adeguata valutazione quanto agli aspetti di tenuta complessiva del sistema, ad esempio, quanto alla sensibile modifica del ruolo del giudice. Quasi chiamato a fissare principi che vengono poi replicati, spesso supinamente, per istituti e fattispecie diverse, senza ricorso ad argomentazioni più strutturate che non siano il mero rinvio alla precedente giurisprudenza o alla dottrina – peraltro spesso citata con modalità anomale e selettive che neppure tentano di decostruire i percorsi argomentativi utilizzati al fine di mostrarne le debolezze<sup>61</sup> – il giudice ha visto un significativo accentuarsi della propria discrezionalità. Circa l'assenza di una valutazione di sistema, si pensi ancora all'incertezza giuridica che inevitabilmente consegue all'azione frammentata e rapsodica della giurisprudenza, posto che fa derivare il riconoscimento di diritti e libertà dal foro nel quale si incardina la causa, dando forma a una sorta di "topografia dei diritti". Inoltre, si ricordi chi ha criticamente rilevato l'incognita di dare forma a un "diritto del fatto", ossia a quel "dispotico campo del fatto compiuto"<sup>62</sup> che porta con sé il rischio di archiviare il ruolo delle regole e della giurisdizione. Infatti, per quanto i giudici non sia certo da considerare supini applicatori della legge, potendo senza dubbio assumere anche un ruolo di "contestatori" del precetto legislativo, nel mediare la regola generale e astratta applicandola al caso concreto<sup>63</sup>, non possono però archiviare *sic et simpliciter* il disposto normativo, sempre da considerare come espressione della discrezionalità legislativa e dunque, in ultima analisi, del principio democratico.

In generale, la riflessione sull'omogenitorialità come incentrata sull'antagonismo e sul posizionamento su fronti contrapposti, piuttosto che non sulla (necessaria) attualizzazione in chiave costituzionale si è accompagnata a una generale deresponsabilizzazione del legislatore, circa le potenziali diverse azioni di politica legislativa, posto che il "peso" assunto dalla giurisprudenza può individuarsi come una delle conseguenze dell'anomia legislativa.

Appare evidente che la Costituzione si trova a spiegare un ruolo assai differente a seconda che si consideri l'accesso a tecniche o istituti che rendano possibile la creazione di legami o vicende in cui il bambino è già nato e in cui si chiede un riconoscimento giuridico. Nella prospettiva che più propriamente mette a tema le opzioni di politica legislativa, la Costituzione soccorre in chiave di ragionevole-

<sup>60</sup> C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 130; J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 146.

<sup>61</sup> V. recentemente, la pronuncia del Tribunale di Pistoia, decr. 5.7.2018, in [Articolo29.it](http://Articolo29.it) (ultima consultazione: 18.6.2019), che – espressamente richiamando quale dottrina chi hanno sostenuto argomentazioni conformi all'esito della pronuncia, senza dare conto della divisione sul punto e delle argomentazioni di segno diverso elaborate – ha peraltro infranto la regola che vieta di citare autori, ex art. 118, disp. att. cpc.

<sup>62</sup> E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., 14-15, 22.

<sup>63</sup> Come pure mediante gli strumenti dell'interpretazione conforme a costituzione e dell'eccezione di costituzionalità.

lezza nel valutare se (e fino a che punto) sia possibile tracciare una differenza sulla base dell'orientamento sessuale, nel consentire o negare l'accesso a istituti che diano vita a legami genitoriali. Se può riconoscersi la legittimità della scelta del legislatore di regolare (nel caso di specie, limitare) l'accesso alla procreazione assistita e all'adozione per le coppie *same-sex*, resta però ferma la necessità di verificare il rispetto della ragionevolezza della distinzione e dunque l'oggettività dei requisiti richiesti, il loro carattere non discriminatorio in ragione di una condizione personale. A venire in causa sarà dunque la valutazione circa la meritevolezza di tutela dei diversi modelli familiari, per quanto debbano essere avanzate perplessità laddove permanga un totale vuoto, posto che il legislatore dovrà necessariamente considerare famiglie diverse da quelle oggi uniche destinatarie del riconoscimento giuridico in quanto fondate sul matrimonio. Si pensi al requisito del vincolo coniugale per la coppia che accede all'adozione pensato in chiave di garanzia della stabilità del nucleo familiare<sup>64</sup> che però rappresenta una condizione impossibile per le coppie *same-sex*, configurandosi quale trattamento differenziato in ragione dell'orientamento sessuale<sup>65</sup>.

Quando invece l'omogenitorialità riguardi vicende in cui un bambino è già nato appare evidente come siano i suoi diritti e interessi a dover sempre e comunque prevalere nel bilanciamento che può prefigurarsi, con la necessità di evitarne un uso strumentale in chiave paternalistica<sup>66</sup>. Di certo, fuoriesce dai binari tracciati in Costituzione il respingere un essere umano quali che siano le modalità con cui è venuto al mondo, non potendo certo l'ordinamento sottrarsi alla valutazione di casi simili, posto che non potranno mai ammettersi conseguenze negative sul bambino come conseguenza delle scelte di chi ha dato vita al progetto genitoriale.

La Costituzione può altresì orientare rispetto alla compatibilità di un concetto neutro di genitorialità e di un generico riferimento al diritto di "fare bambini", riflessioni che sembrano farsi strada in alcune pronunce ma che impongono di considerare il rischio di rendere oggetto di un diritto – dunque di una pretesa che può essere rivendicata – un bambino. Essendo la gravidanza e la riproduzione inesorabilmente ancorate a un corpo femminile, l'a-problematico superamento della differenza di genere e la sua neutralizzazione<sup>67</sup> sono da osservare con attenzione, anche nel disconoscere lo stato dell'arte e la legislazione in materia che, per essere superata, si ritiene debba però essere agganciata a una valutazione dello specifico interesse in nome del quale si agisce<sup>68</sup>. Ciò non consente comunque di escludere *tout court* la compatibilità costituzionale dell'omogenitorialità, alla luce dell'argomentazione per cui le coppie *same-sex* sarebbero, *ex se*, incapaci di procreare, ossia "steri-

<sup>64</sup> La legge che regola l'adozione (l. 184 del 1983) ha inteso assicurare al minore un ambiente familiare di crescita e di sviluppo il più prossimo possibile a un modello tradizionale di famiglia, ritenuto idoneo a garantire stabilità e continuità nel rapporto con l'adottando.

<sup>65</sup> Ciò ovviamente a meno di non considerare l'unione civile come equivalente al matrimonio, aspetto che però presuppone una modifica legislativa posto che la legge sulle unioni civili espressamente lo esclude.

<sup>66</sup> S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 217.

<sup>67</sup> S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 221-223.

<sup>68</sup> *Contra*, M. GATTUSO, *Figli alla nascita: dal tribunale di Torino una prima conferma per la "primavera dei comuni"*, in [Articolo29.it](http://Articolo29.it) (ultima consultazione: 18.6.2019), che però sembra non considerare le numerose disposizioni che costellano il codice civile e che espressamente si riferiscono alla madre e al padre (con una logicità anche rispetto alla presunzione di concepimento che non si presterebbe, se non a rischio di forzature eccessive, ad essere applicata nei casi di coppie *same-sex*).

li”<sup>69</sup>. Se è certo che sia l’eterosessualità la “base”, il presupposto, per la creazione di un legame genitoriale all’interno di una relazione affettiva, non può però condividersi il suo carattere esclusivo nel provocare la penalizzazione di vicende che da tale modello si distanziano. Fondamentale in quest’ottica è la considerazione delle diverse accezioni che la genitorialità può assumere, se dunque come funzione di cura della prole, quale costruzione di un rapporto di parentela, o ancora nei termini di riproduzione. È soltanto quest’ultima che ancora oggi presuppone in maniera insuperabile la presenza di un corpo femminile al cui interno si sviluppi l’embrione, posto che si nasce esclusivamente da un corpo di donna e che la relazione materna rappresenta, sempre e comunque, la sola via attraverso cui si viene al mondo<sup>70</sup>. Ma se la genitorialità come riproduzione è necessariamente ancorata alla complementarietà dei corpi e al loro incontro, le funzioni di cura e la costruzione di rapporti di parentela non possono affatto dirsi come inesorabilmente connotate dal carattere eterosessuale del legame affettivo fra chi dà vita al progetto genitoriale, dunque dalla diversità di sesso dei componenti la coppia, persino potendo prescindere dall’esistenza della coppia. È dunque soltanto la connotazione monolitica della relazione genitoriale che l’omogenitorialità mette in discussione, non certamente le modalità della riproduzione a oggi ancora immutate. Certamente, non può dunque che condividersi l’affermazione per cui «l’ancoraggio fisico della paternità in un corpo maschile e della maternità in un corpo femminile costituisce un dato di fatto irriducibile e strutturante da cui non si deve prescindere»<sup>71</sup>, mentre è da problematizzare lo schiacciamento su questo versante anche della genitorialità come cura, come funzione e dunque come via per la creazione di un rapporto di parentela. Posto il paradigma pre-assunto dalla normativa e certamente dominante in una valutazione statistica, ossia la filiazione naturale all’interno della coppia di persone di sesso diverso, è comunque possibile dare vita a legami genitoriali con modalità alternative, senza che questo significhi il totale travolgimento di un presupposto naturale e antropo-ontologico della filiazione<sup>72</sup> e senza che ciò consenta l’archiviazione delle tutele costituzionali per modelli diversi da quelli giuridicamente riconosciuti.

Alla luce della contraddittorietà e confusione emersa dalla giurisprudenza sul tema, che ha visto una sensibile discrezionalità riconosciuta ai giudici<sup>73</sup>, ma anche agli operatori giuridici (sindaci<sup>74</sup>, ufficiali di

<sup>69</sup> Corte cass. 19599/2016, par. 10, secondo cui una coppia dello stesso sesso è in una «situazione assimilabile a quella di una coppia di persone di sesso diverso cui sia stata diagnosticata una sterilità o infertilità assoluta e irreversibile».

<sup>70</sup> In termini critici, S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 210; ID., *La regola di giudizio*, cit., 2990 ss.; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit. Va peraltro tenuto fermo il diverso peso riconosciuto al maschile e al femminile nella riproduzione, alla luce del rilievo della questione in chiave di genere. Su questi profili, V. B. PEZZINI, nell’introduzione al Focus su *Verità della nascita e GPA (gravidezza per altri)*, in *Genius*, 2, 2017, 6-11, e ID., in *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 191; v. S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 100.

<sup>71</sup> L. SCARAFFIA, Introduzione a *Identità e genere*, in *Quaderni di Scienza & Vita*, 2, 2007, 9.

<sup>72</sup> Come invece ritiene, S. COTTA, *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Milano, 1997, 112.

<sup>73</sup> Si pensi non soltanto alle decisioni dei giudici, rispetto alle quali si rileva una certa discontinuità in base al tribunale preso a riferimento, ma anche all’atteggiamento delle procure nell’impugnare le trascrizioni dell’atto di nascita di due bambini nati all’estero da una coppia di uomini, ipotizzando una turbativa dell’ordine pubblico (Procura di Pesaro).

stato civile<sup>75</sup>, polizia di frontiera<sup>76</sup>, autorità consolari), è dunque fondamentale recuperare il valore della Costituzione come guida nella decisione di casi di profonda complessità anche alla luce della totale anomia legislativa. Ciò consentirebbe infatti di stemperare il rischio che il margine di discrezionalità decisionale si traduca in arbitrio<sup>77</sup>, nonché il pericolo della variabilità e occasionalità delle decisioni, spesso mutevoli sulla base delle sensibilità individuali, delle condizioni del caso e della collocazione geografica delle vicende<sup>78</sup>. Al contempo, si eviterebbe di valutare la questione soltanto attraverso i “microscopi” del caso concreto, piuttosto utilizzando anche i “telescopi” che consentono di osservare il quadro di insieme<sup>79</sup>. Sarebbe altresì importante tracciare una distinzione fra casi che, pure nella profonda diversità delle vicende, sono però stati decisi in analogia. Si pensi alla ambigua assimilazione fra adozione e p.m.a., fra vicende sorte in ordinamenti assai distanti quanto a garanzie e tutele di chi è coinvolto nel progetto genitoriale<sup>80</sup> (questione particolarmente rilevante nel caso di trascrizione di atti stranieri di minori nati a seguito di *surrogacy*), fra maternità surrogata – su cui vi è una espressa fattispecie di reato penalmente sanzionata<sup>81</sup> – e tecniche di fecondazione eterologa<sup>82</sup>, o ancora alle diversità di configurazione<sup>83</sup>, ad esempio a titolo gratuito o commerciale<sup>84</sup>, o alla diversità fra genitorialità omosessuale maschile o femminile<sup>85</sup>. Nel quadro complessivo, non pare al contrario doversi riconoscere peso eccessivo alle modalità con cui è avvenuta la creazione del legame genitoriale<sup>86</sup>, trattandosi di una riflessione che viene in causa una volta venuto al mondo il bambino, aspet-

<sup>74</sup> Ad esempio, tra chi ha trascritto i provvedimenti e chi si è rifiutato, a partire dai quali si è generata una copiosa giurisprudenza: Trib. Perugia, decr. 28.3.2018, nr. 190754, confermato da App. Perugia, 22.8.2018, nr. 221; Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit.; Trib. Bologna, decr. 6.7.2018, cit.; Trib. Pisa, ord. 15.3.2018, ha invece sollevato la questione di legittimità costituzionale.

<sup>75</sup> Appare emblematico il rilascio di carte di identità di minori con l'indicazione di due mamme (così, Comune di Firenze).

<sup>76</sup> Le prassi restituiscono infatti un notevole tasso di discrezionalità nei controlli che, al rientro nel territorio italiano, vengono effettuati su coppie o singoli che viaggiano con bambini di pochi giorni.

<sup>77</sup> Visti gli antitetici esiti, ha rilevato lo squilibrio sulla discrezionalità del giudice, in particolare rispetto a Cass. 19599/2016, B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile*, cit., 117.

<sup>78</sup> G. BRUNELLI, *op. cit.*, 87, parla di ineliminabili esigenze “casistiche”, nelle quali si esprime la tensione problematica tra produzione e applicazione del diritto, tra legge e giurisdizione; I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide?*, in *Rivista AIC*, 1.11.2016; S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 207.; v. C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica tra legislatore, giudici e Corte*, in *BioLaw Journal*, 2, 2014, 67 ss.

<sup>79</sup> C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 133 ss.

<sup>80</sup> Lo rileva criticamente E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., 12.

<sup>81</sup> Posizione confermata dalla Corte cost. 272/2017.

<sup>82</sup> Rispetto alla Cass. 19599/2016; App. Napoli, 4.7.2018, n. 145. Criticamente, E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., 12; ID., *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit.; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio*, cit., 2990 ss. Rileva la confusione della giurisprudenza, G. BRUNELLI, *op. cit.*, 84.

<sup>83</sup> Così, v. E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., 5 ss.

<sup>84</sup> Sul tema, ampia è la letteratura che tuttavia non concorda nel tracciare una distinzione fra la pratica commerciale e quella altruistica per il carattere vischioso che presenta: M. RIZZUTI, *Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale*, in *Rivista di Biodiritto*, 2, 2015, 2, 100.

<sup>85</sup> Mette in luce questo aspetto, S. NICCOLAI, *La maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione*, cit. E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit., 7.

<sup>86</sup> Criticamente, lo rileva E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., 6. Così, App. Trento, 23.2.2017.

to che rende recessivo qualsiasi altro interesse rispetto alla centralità delle tutele che attorno a lui gravitano.

Conclusivamente, per quanto questione certamente non presente in occasione del dibattito in seno all'assemblea costituente, la Costituzione potrebbe (*rectius*, dovrebbe) ampiamente spiegare il proprio potenziale di tutele verso la genitorialità omosessuale. Una serie di argomentazioni propendono in tal senso, a partire dal fatto che centrale deve essere la tutela di un essere umano già nato, rendendo superabile qualsiasi valutazione circa la configurabilità della genitorialità come diritto.

Lo scenario attuale che, sul piano legislativo, non riconosce forme di famiglia diverse da quelle fondate sul matrimonio, in nome dell'art. 29 Cost., trova comunque un appiglio deciso attraverso l'art. 2 Cost., espressione del principio, della pari dignità sociale dei diversi modelli familiari e della tutela delle formazioni sociali<sup>87</sup>. Parimenti, nella tutela delle relazioni verticali, tracciata quale dovere, oltre che diritto, di mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio, può senza dubbio riconoscersi un'apertura anche verso modelli familiari diversi da quello presupposto dall'art. 29 Cost. Ad essere tutelati dalla Carta costituzionale sono infatti il legame di filiazione e il bambino nato, a prescindere dalla conformazione del legame affettivo fra i genitori che ad esso dà origine o al cui interno si colloca. La trama costituzionale che supporta i desideri e le ambizioni personali nel dare forma a relazioni affettive verticali non pare infatti potersi diversamente atteggiare nei casi di omogenitorialità, posta l'unicità della condizione filiale ex artt. 30, 36, 37 Cost.<sup>88</sup>. Diversamente, in violazione del principio di uguaglianza e con la compressione della pari dignità sociale, dovrebbe ammettersi la sottrazione dalle tutele offerte alla generalità degli individui in nome di una condizione personale peraltro non del minore ma dei suoi genitori.

Diversa è la questione che pone al centro di una possibile tutela costituzionale l'accesso a pratiche e istituti che rendano possibile la genitorialità in Italia su cui tuttavia netta è stata la chiusura sia della Corte costituzionale, sia della Corte di Cassazione. Come si possa configurare il margine di discrezionalità del legislatore resta il tema centrale del dibattito, tenendo tuttavia presente quanto la completa assenza di qualsiasi forma di riconoscimento impatti sulla pienezza delle garanzie costituzionali in nome del principio personalista e necessari di una messa a tema circa la legittimità di una completa anomia.

<sup>87</sup> Corte cost. 138/2010; art. 1, co., 1, l. 76/2016.

<sup>88</sup> B. PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio*, cit., 109.

# Bioetica ambientale, sostenibilità, teoria intergenerazionale della Costituzione

Antonio D'Aloia\*

ENVIRONMENTAL BIOETHICS, SUSTAINABILITY, INTERGENERATIONAL THEORY OF THE CONSTITUTION  
ABSTRACT: The protection of the environment, now and as a duty towards the humanity that is still to come, belongs to the origins of bioethical discourse, and is enriched by the contribution that comes from the intergenerational theory of law and the Constitution. The attention to the future (in terms of responsibilities and duties towards future generations or even of one's rights) is one of the most fascinating and complicated topics of modern constitutionalism, and a real challenge for the traditional categories of politics and democracy.

KEYWORDS: Bioethics; sustainability; future generations; Constitution; environment

SOMMARIO: 1. Ambiente e sostenibilità nel *field* della bioetica (e del biodiritto) – 2. Le parole nuove: sostenibilità, generazioni future, responsabilità (e giustizia) intergenerazionale – 3. Il futuro come elemento intrinseco del linguaggio costituzionale – 4. Discorso intergenerazionale e limiti della democrazia moderna – 5. Sostenibilità e clausole intergenerazionali nel costituzionalismo contemporaneo – 6. La Costituzione italiana e i significati intergenerazionali di molti suoi principi e concetti – 7. Sostenibilità e giustizia intergenerazionale alla prova del *climate change* – 8. La tutela costituzionale delle generazioni future tra diritti e doveri. La responsabilità intergenerazionale come espressione di solidarietà – 9. Strumenti per un diritto (e una politica) intergenerazionale

## 1. Ambiente e sostenibilità nel *field* della bioetica (e del biodiritto)

La bioetica moderna, e nel solco di essa, il biodiritto, si presentano come un vasto universo tematico, nel quale, accanto al nucleo forte rappresentato dai problemi legati alla vita umana (nei suoi momenti iniziali e finali) e alla salute, si è affiancato un versante, non meno importante e articolato, che ricomprende i temi ambientali e la questione animale. L'allargamento dei confini tematici della bioetica (e del biodiritto) si è poi riversato anche sul piano "soggettivo", sull'individuazione dei soggetti che sono o possono essere rilevanti per il biodiritto.

In particolare, la prospettiva ambientalista introduce nel nostro campo disciplinare soggettività "nuove" come la situazione del vivente non umano (animali, piante), le esigenze della natura e dell'ecosistema come organismo identificabile in quanto tale, gli interessi (o i diritti) delle generazioni future, e la responsabilità nei loro confronti.

Invero, parlare di bioetica ambientale significa tornare alle origini del discorso bioetico, fin dall'inizio incentrato su due grandi blocchi tematici: da un lato, le questioni legate alla salute, alla medicina, al

---

\* Professore ordinario di Diritto Costituzionale, Università di Parma. Mail: [antonio.daloia@unipr.it](mailto:antonio.daloia@unipr.it). Contributo sottoposto a referaggio.

corpo, e alle implicazioni etiche e giuridiche degli sviluppi scientifici su questi profili; dall'altro, tutta una serie di aspetti che potremmo racchiudere, in una formula sintetica, come la ricerca del "posto" dell'uomo nell'ecosistema e delle sue interazioni con le cose naturali e gli altri esseri viventi non umani. Già nella riflessione di Van Rensselaer Potter, tradizionalmente considerato come l'inventore della parola "bioethics" (nel celebre libro del 1971, *"Bioethics. A Bridge to the Future"*<sup>1</sup>), la bioetica non è semplicemente "biomedical ethics", ma – per usare la parola dell'illustre studioso – «global bioethics», come concetto che «should include not only medical and environmental ethics but also social and religious ethics».

Non a caso, Rensselaer Potter dedica il suo secondo libro (intitolato appunto *"Global Bioethics"*<sup>2</sup>, del 1988) alla memoria di Aldo Leopold, uno dei simboli dell'attivismo e del pensiero ambientalista del XX secolo.

Addirittura, prima dello stesso Rensselaer Potter, è Fritz Jahr, nel 1927, ad usare (pare che questa sia veramente la prima volta) la parola «bioetica», come punto di emersione di un nuovo approccio degli esseri umani agli altri organismi viventi (animali e piante). Nella visione di Jahr, «bioethics» deve essere non solo una nuova disciplina, ma un principio, una virtù, e la centralità del rapporto tra le l'uomo e le «nonhumans form of life» (animali, piante), evidenzia una consapevolezza eco-ambientale effettivamente anticipatrice e profetica per il suo tempo<sup>3</sup>.

Dunque, la parola bioetica occupa uno spazio tematico che certamente vede nella protezione dell'ambiente e dei valori ad esso collegati, una proiezione genetica, intrinsecamente legata alla sua stessa concezione.

Questa premessa giustifica pienamente che si parli di bioetica ambientale in un lavoro corale dedicato all'analisi in parallelo delle evoluzioni della Costituzione (come idea, e come esperienza, quella italiana innanzitutto) e del biodiritto come settore che manifesta un singolare e duplice rapporto con il versante Costituzionale: per un verso, è condizionato dai principi costituzionali, dai modi di interpretazione dei medesimi, dai significati che hanno assunto nelle dinamiche giurisprudenziali e sociali; per altro verso, contribuisce a questi processi di assestamento evidenziando problemi e situazioni inediti che a loro volta richiedono una ri-lettura delle norme costituzionali, una continua attività di scoperta ed estrazione di possibili significati.

D'altronde, ambiente e salute sono valori che si intersecano e si alimentano vicendevolmente e continuamente: come sostiene K. Poneti, «gli ecosistemi sono altresì la base fisica del benessere umano, in particolare della salute»<sup>4</sup>. Basti pensare alla figura ormai consolidata del diritto all'ambiente salubre, ovvero ai problemi più recenti legati alla produzione e all'uso di OGM e ad alcune conseguenze del *climate change*.

<sup>1</sup> V.R. POTTER, *Bioethics: A Bridge to the Future*, Englewood Cliffs, 1971.

<sup>2</sup> ID., *Global Bioethics. Building on the Leopold Legacy*, Michigan, 1988.

<sup>3</sup> Sul pensiero di Fritz Jahr, v. H.M. SASS, *Fritz Jahr's 1927 concept of Bioethics*, in *Kennedy Institute Ethics J.*, 2007, 279 ss.

<sup>4</sup> K. PONETI, *Il cambiamento climatico tra governance del clima e lotta per i diritti*, in *Jura Gentium*, 16, 1, 2019, 120.

## 2. Le parole nuove: sostenibilità, generazioni future, responsabilità (e giustizia) intergenerazionale

Dentro questo contesto, sono emerse parole nuove per il costituzionalismo, almeno se si guarda alla portata e alla rilevanza che hanno assunto in questa fase. «*Buzzwords*», le chiama S. Gardiner<sup>5</sup>, cioè parole che fanno scalpore; ed è vero perché queste parole danno immediatamente il senso di un mutamento radicale dei problemi che il diritto (a cominciare da quello costituzionale) è chiamato ad affrontare.

Le parole a cui faccio riferimento sono sostenibilità, generazioni future; peraltro, sono parole tra loro intersecate. Basti ricordare la definizione di sviluppo sostenibile contenuta nel celebre Rapporto Brundtland del 1987: «lo sviluppo è sostenibile se soddisfa i bisogni delle generazioni presenti senza compromettere la possibilità per le generazioni future di soddisfare i propri bisogni».

Il diritto è messo di fronte alla necessità di prendere atto che l'uomo ha una pesante capacità modificativa degli assetti ecosistemici; può alterarli in modo irreversibile e catastrofico. Come scrive Al Gore, «siamo diventati una forza geologica [...] il principale agente evolutivo del mondo. [...] la civiltà umana sta entrando in rotta di collisione con la Terra»<sup>6</sup>.

Questa consapevolezza sollecita un diverso approccio nei confronti del futuro: non è più solo una dimensione da costruire, programmare, (ri)definire, ma innanzitutto una possibilità addirittura da preservare, da garantire.

Una frase di G. Zagrebelsky, che riprende le riflessioni di Jared Diamond sulla rovina dell'isola di Pasqua, coglie secondo me benissimo questa "novità" assolutamente impensabile nei percorsi di formazione del costituzionalismo del secondo novecento: «ogni generazione s'è comportata come se fosse l'ultima, trattando le risorse di cui disponeva come sue proprietà esclusive, di cui usare e abusare. [...] Il costituzionalismo non ha avuto finora ragioni per occuparsi delle prevaricazioni intergenerazionali. [...] Ma oggi assistiamo alla separazione nel tempo dei benefici – anticipati – rispetto ai costi – posticipati –: la felicità, il benessere, la potenza delle generazioni attuali al prezzo dell'infelicità, del malessere, dell'impotenza, perfino dell'estinzione o dell'impossibilità di venire al mondo, di quelle future. La rottura della contestualità temporale segna una svolta che non può lasciare indifferenti la morale e il diritto»<sup>7</sup>.

Dunque, il diritto e l'etica (la bioetica) devono pensare in modo intergenerazionale, ridefinire le proprie categorie alla luce del fatto che decisioni, scelte, comportamenti di oggi appaiono in grado di scaricare effetti anche molto negativi sulle persone che verranno dopo di noi, e che sono parte – fin da ora – di un'umanità che, come insegna Hans Jonas, «non è fatta mica di coetanei, ma di appartenenti a tutte le età della vita»<sup>8</sup>. Questo significa responsabilità, considerazione, rispetto, che sono poi i presupposti

<sup>5</sup> S.M. GARDINER, *Protecting future generations: intergenerational buck-passing. Theoretical ineptitude and a brief for a global core precautionary principle*, in J.C. TREMMELL (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, Northampton, 2006, 161.

<sup>6</sup> A. GORE, *Il mondo che viene. Sei sfide per il nostro futuro*, Milano, 2013, 218, 387.

<sup>7</sup> G. ZAGREBELSKY, *Nel nome dei figli se il diritto ha il dovere di pensare al futuro*, 2/12/2011, consultabile in [https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2011/12/02/nel-nome-dei-figli-se-il-diritto.html?refresh\\_ce](https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2011/12/02/nel-nome-dei-figli-se-il-diritto.html?refresh_ce).

<sup>8</sup> H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, trad. it., 1989, 115.

del linguaggio più potente che il discorso giuridico può mettere in campo: quello dei diritti, e, al tempo stesso, dei doveri.

La questione intergenerazionale (e la connessa categoria-clausola della sostenibilità) si pone così come una vera e propria *key-issue* del costituzionalismo del XXI secolo. Ad essa saranno dedicate le riflessioni di questo contributo.

### 3. Il futuro come elemento intrinseco del linguaggio costituzionale

Futuro e Costituzione: in realtà, è un'associazione meno sorprendente o nuova di quanto a prima vista non sembri.

Già i primi documenti del costituzionalismo moderno mostrano consapevolezza delle implicazioni intergenerazionali delle scelte politico-istituzionali del tempo presente. Il godimento della vita e la ricerca della felicità, pietre angolari del *Bill of Rights* della Virginia del 1776, vanno garantiti anche alla "our posterity"; e, sempre durante l'esperienza fondativa americana, è particolarmente interessante il dibattito tra Jefferson e Madison sulla possibilità delle generazioni attuali (quelle della costruzione della democrazia americana) di assumere impegni finanziari anche per le generazioni future, con il primo che si pone criticamente su questo tema sulla base della sua dottrina secondo cui nessuno dovrebbe obbligare coloro che gli succedono a pagare i debiti che egli ha contratto<sup>9</sup>.

Dal lato europeo, è inevitabile richiamare l'art. 28 della Cost. francese del 1793, e la sua affermazione secondo cui «une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures»; apparentemente, una dichiarazione di reciproca libertà di ogni generazione rispetto a vincoli intertemporali<sup>10</sup>; in realtà, da un diverso punto di vista, una libertà che va garantita nelle sue possibilità effettiva, e nel contesto giuridico-materiale di svolgimento, dall'impegno delle generazioni precedenti di non alterare in modo irreversibile o grave questo contesto.

Più in generale, le Costituzioni hanno naturalmente uno sguardo verso il futuro. La loro ambizione è quella di durare nel tempo, e contemporaneamente di produrre una discontinuità, un nuovo inizio rispetto al passato da cui provengono, soprattutto quando il passaggio da una fase all'altra avviene attraverso esperienze traumatiche, come è stato per la nostra Costituzione e in generale per le Costituzioni del secondo dopoguerra, o per quelle che hanno accompagnato l'uscita di molti Paesi dall'esperienza comunista dopo il crollo del Muro di Berlino.

In effetti, tutti i più importanti "assets" costituzionali hanno una struttura e una vocazione intertemporale (e, vorrei aggiungere, trans-territoriale). I beni e valori che le Costituzioni includono nel proprio raggio di protezione e di promozione, ambiscono a valere non solo "qui" e "ora", ma (almeno tendenzialmente) "dovunque" e "sempre".

<sup>9</sup> Su questo dibattito, sia consentito il rinvio a A. D'ALOIA, *Generazioni future (dir.cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, IX, Milano, 2016, 344 ss.

<sup>10</sup> R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, 2008, 118-119, parla di «una direzione sempre orientata al passato», in cui «il futuro è presupposto come dimensione di libertà delle generazioni a venire nei confronti di quelle passate, non come dimensione temporale che impone responsabilità già nel presente».

L'inviolabilità dei diritti è un primo esempio di questa qualità transgenerazionale delle risorse più importanti del discorso normativo costituzionale. Ciò che è inviolabile, e ciò che la Costituzione si impegna a "riconoscere" prima ancora che a tutelare, viene prima ma anche dopo il tempo ordinario della politica.

Scriva Häberle, proprio a proposito del *Bill of Rights* della Virginia del 1776, che non casualmente sanciva il principio per cui «*that all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity*»: se «i popoli devono essere sempre pensati anche in riferimento alle generazioni future; perché non anche ciò che loro appartiene: i diritti fondamentali degli uomini?»<sup>11</sup>. Lottare per i diritti è in fondo un modo di costruire un futuro diverso, di pensare a se stessi e quelli che verranno dopo.

La stessa rigidità delle regole costituzionali, i limiti talvolta assoluti e insuperabili alla possibilità di modifica, possono essere lette come la base di una leale relazione di reciprocità tra le generazioni che si succedono. Come le nuove generazioni non possono modificare i contenuti fondamentali del patto costituzionale, allo stesso modo le generazioni di volta in volta attuali non devono compromettere la trasmissione dei principi-valori, e dei beni-risorse e condizioni che ne rendono possibile l'attuazione. In questo senso, la responsabilità verso le generazioni future è, essenzialmente, una responsabilità "verso la Costituzione", una sorta di adesione consapevole e "attiva" al significato necessariamente "intertemporale" dei suoi principi fondamentali.

Tornando a Jefferson, una sua frase celebre è quella secondo cui «*the Earth belongs in usufruct to the living*»<sup>12</sup>. È un punto molto importante questo. L'usufrutto si basa su un atteggiamento custodiale<sup>13</sup>; nel linguaggio moderno diremmo che l'usufrutto implica la responsabilità di usare le risorse attuali in modo ragionevole, sostenibile, capace di assicurare la loro trasmissione alle generazioni future in condizioni equivalenti o non palesemente compromesse.

Ragionando sul rapporto tra generazioni, Remo Bodei richiama un passo del *De Monarchia* di Dante, come esempio della grande importanza del "restituire" ciò che si è avuto a chi viene dopo di noi: «Gli uomini che per superiorità di lor natura amano conoscere la verità, hanno grandemente a cuore che, allo stesso modo come si sono avvantaggiati del lavoro dei predecessori, così ancora essi apprestino il lavoro loro alla posterità, acciocché questa abbia di che avvantaggiarsi da loro»<sup>14</sup>.

C'è un'evidente analogia con il tema giuridico dell'usufrutto, con l'idea dell'uso ragionevole e sostenibile delle risorse e dei beni attuali. Aggiunge Bodei: «Nessuno, peraltro, o pochissimi arriveranno a dare di più di quanto hanno ricevuto, perché ciascuno di noi apporta immensamente meno alla società e all'umanità nel suo complesso rispetto a quanto gli è stato concesso dalla lingua, dalle istituzioni, dalla famiglia, dagli amici. Questo obiettivo rimane però come un ideale, una lontana stella polare. Ma

<sup>11</sup> P. HÄBERLE, *Linee di sviluppo della giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca in materia di diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, 2917.

<sup>12</sup> T. JEFFERSON, *The Writings of Thomas Jefferson*, A.E. BERGH (a cura di), VII, Washington D.C., 1907, 456 ss.

<sup>13</sup> Secondo un famoso detto indiano, «non abbiamo ricevuto la Terra in eredità dai nostri Padri, ma in prestito dai nostri nipoti»: v. L. WESTRA, *Environmental Justice and the rights of unborn and future generations*, London, 2006, 143.

<sup>14</sup> Vedi l'edizione del *De Monarchia* a cura di A. NICASTRO, curata nel seicentenario della morte del Sommo Poeta, Prato, 1921, 103-104.

chi avrà la forza e il coraggio di seguirla, se la società e le leggi non offriranno un quadro normativo e affettivo adeguato?»<sup>15</sup>.

Questo è il nodo, e da qui può partire la nostra analisi sulla progressiva emersione della *intergenerational issue* nel linguaggio giuridico e costituzionale del nostro tempo.

#### 4. Discorso intergenerazionale e limiti della democrazia moderna

Non c'è dubbio che, almeno in linea di principio, anche le strutture della democrazia, lo Stato, la rappresentanza politica, il lavoro e la competenza del legislatore, sono proiettati normalmente a tener conto anche degli interessi del tempo e dell'umanità futura. È sufficiente ricordare un passo della celebre prolusione che Santi Romano fa nel 1909 sullo «Stato moderno e la sua crisi»: «Lo Stato, rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce a unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotato di un potere, che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto. Soltanto così esso [...] si eleva al di sopra degli interessi non generali, contemperandoli e armonizzandoli; si pone nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un'intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione, di fini, momenti ed energie diverse, di cui esso è comprensiva espressione»<sup>16</sup>.

Dunque, almeno teoricamente, lo Stato, la democrazia, il potere legislativo debbono occuparsi (anche) del futuro; almeno nel senso che non possono ignorare le conseguenze sul futuro delle decisioni che vengono prese nei «tanti presenti» che si succedono.

La realtà appare tuttavia molto diversa. La politica è dominata dal tempo breve dei sondaggi e delle preferenze elettorali; così come gli andamenti dell'economia si misurano al massimo sul tempo del trimestre. Il legislatore e i governi inseguono i problemi contingenti, e accantonano le loro responsabilità verso il futuro. Anche l'opinione pubblica e gli strumenti della comunicazione mediatica spesso sono orientati a dare risalto solo alle necessità attuali.

In sintesi, i meccanismi democratici scontano una evidente parzialità in favore del presente. L'elettore vota e chiede risposte oggi: in questo scenario gli interessi e le aspettative delle generazioni future rischiano di scomparire o di apparire troppo flebili.

D. Thompson parla di «presentismo» della democrazia, definendolo come «favore pregiudiziale accordato alle generazioni presenti, a discapito di quelle future»<sup>17</sup>. E Hans Jonas gli fa eco sottolineando che «ciò che non è esistente, non possiede nessuna lobby e i non nati sono impotenti»<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> R. BODEI, *Quale responsabilità per le generazioni future?*, in F. CIARAMELLI, F.G. MENGA (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto, all'etica e alla politica*, Napoli, 2017, 52.

<sup>16</sup> S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi* (1909), ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1990, 381.

<sup>17</sup> D. THOMPSON, *In rappresentanza delle generazioni future. Presentismo politico e amministrazione fiduciaria democratica*, in *Filosofia e Questioni Pubbliche*, 1, 2007, 13 ss.

<sup>18</sup> H. JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., 30. In termini analoghi, v. S. PRATESI, *Generazioni future? Una sfida per i diritti umani*, Torino, 2008, 17.

A questa stregua, la questione intergenerazionale rivela una portata profondamente rivoluzionaria rispetto alle forme reali dell'agire politico e istituzionale. Secondo Saladin e Zenger, il principio democratico della decisione di maggioranza perde la sua legittimità quando la maggioranza impone sulle future generazioni una irreversibile "degradation" delle risorse ambientali e naturali "basiche"<sup>19</sup>.

Questa è dunque la sfida, affascinante ma terribile, della democrazia e del costituzionalismo: immaginare istituti, procedure, strumenti, regole che diano sostanza a questo principio della responsabilità (o solidarietà, equità) intergenerazionale.

In un recentissimo discorso (tenuto a Viterbo il 26 febbraio del 2019) il Presidente Mattarella ha espresso l'auspicio che l'Italia (e i suoi governanti) affronti le sfide del futuro con la giusta consapevolezza: «Non aspiro che il nostro Paese ragioni in termini di secoli, sarebbe ampiamente sufficiente e sarei pienamente soddisfatto se ragionasse in termini di decenni. Con la capacità di essere pronti per affrontare il futuro e per progettarlo».

Qualcosa sta cominciando a muoversi. Come sempre, sono le norme costituzionali che possono aprire il campo alle nuove istanze e accompagnare, in modo progressivamente e gradualmente obbligatorio, gli adattamenti richiesti al diritto e alla politica dalla "scoperta" della questione intergenerazionale.

## 5. Sostenibilità e clausole intergenerazionali nel costituzionalismo contemporaneo

Al di là dei riferimenti storici al costituzionalismo rivoluzionario, e della qualità intertemporale di molte categorie e istituti della teoria dello Stato e della Costituzione, è un dato che in molte Costituzioni contemporanee sono presenti norme che incorporano le logiche della sostenibilità o clausole intergenerazionali di diverso tipo e collocazione.

A volte queste formule sono contenute nei Preamboli costituzionali, a volte invece, più direttamente, si collegano alle materie tipiche della *intergenerational issue*, vale a dire la tutela dell'ambiente e delle cose della natura, il patrimonio culturale, l'educazione, il welfare, l'equilibrio finanziario. Non è una distinzione automaticamente rilevante sul piano dell'efficacia e della forza di queste disposizioni. Anche i Preamboli<sup>20</sup> possono avere un valore normativo, spesso attraverso la ri-combinazione interpretativa con altre norme costituzionali, anche perché, in fin dei conti, la loro approvazione è avvenuta contestualmente alle altre disposizioni costituzionali<sup>21</sup>.

Un primo gruppo di formulazioni "future-oriented" ritrovate nelle varie Costituzioni ha una impronta per così dire "generalista"; il riferimento alle future generazioni, normalmente all'interno di Preamboli,

<sup>19</sup> P. SALADIN, C.A. ZENGER, *Rechte künftiger Generationen*, Basel-Frankfurt, 1988, 32, 99.

<sup>20</sup> Sui preamboli come «forme della dimensione temporale», sia «nella misura in cui raccontano la storia e riconoscono quanto è avvenuto», sia «quando guardano al futuro», v. P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005, 259-260.

<sup>21</sup> Vedi J. TAJADURA TEJADA, *Funzione e valore dei preamboli costituzionali*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2003, 509 ss.; e G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, I, Padova, VI ed., 2004, 157 ss. Il *Conseil Constitutionnel* francese, in diverse decisioni (a partire dalla notissima 71-44) ha incluso nel *bloc de constitutionalité* il Preambolo della Cost. del 1946.

è abbinato al progresso sociale e alla ricchezza naturale e culturale (che in quanto “*inherited*” va protetta e sviluppata) anche delle generazioni presenti, ovvero correlato ad una sorta di responsabilità nei confronti di Dio e della “Creazione”<sup>22</sup>.

Possiamo dire che in queste clausole la questione intergenerazionale è assorbita in una concezione degli obblighi delle comunità e delle loro istituzioni rivolti nei confronti dell'intero popolo, considerato nella totalità dei suoi cicli generazionali. Del resto, come dice Häberle, «*the “people” per se is a cooperation, a coexistence, and a succession of several generations*»<sup>23</sup>.

Un altro gruppo di norme costituzionali è stato definito come «*ecological generational justice clauses*»<sup>24</sup>. Tutela dell'ambiente (naturale e culturale), della salute e della qualità della vita, della biodiversità, uso razionale e sostenibile (“*prudent*”) delle risorse naturali (mantenendo la loro capacità di rinnovazione), riconciliazione tra protezione dell'ambiente e sviluppo economico e progresso sociale, salvaguardia delle bellezze naturali e dell'eredità artistica, gestione sostenibile delle risorse idriche, *sustainable development*, tutela della biodiversità, in alcuni casi l'educazione e l'istruzione, sono contenuti valoriali e finalistici che richiamano in modo abbastanza diretto l'idea della conservazione “per” il futuro, della trasmissione “ragionevole” alle generazioni che verranno, si riferiscono a beni che non possono avere solo “un tempo” ma che appartengono alla continuità dell'esperienza umana. Le generazioni future sono parte di questo orizzonte di interessi e di obiettivi anche quando non vengono espressamente menzionate.

Costituzione e ambiente sembrano termini reciprocamente indispensabili: lo Stato costituzionale del XXI secolo come Stato ambientale, ha detto P. Häberle<sup>25</sup>. In alcune recenti scelte costituenti, come ad esempio in Bolivia ed Ecuador (al di là adesso delle particolari matrici culturali e ideologiche di queste Costituzioni), la Natura è disegnata alla stregua di una entità “totale” (la Pachamama), giuridicamente rilevante, che è dappertutto, in qualsiasi luogo e in qualsiasi tempo. Recentemente, un fiume in Nuova Zelanda ha avuto il riconoscimento legislativo come persona giuridica, oltre che come “cosa” meritevole di tutela.

Infine, ci sono le clausole intergenerazionali legate al versante economico-finanziario, negli ultimi anni “rinforzate” dalle esigenze che hanno portato diversi Paesi europei (tra cui l'Italia, con la riforma dell'art. 81 nel 2012) ad adottare norme molto più stringenti sulla garanzia dell'equilibrio finanziario e della sostenibilità dei conti pubblici. Il debito pubblico, la struttura intergenerazionale dei sistemi pensionistici, altri istituti e politiche del welfare, hanno una forte connessione con i problemi che stiamo esaminando.

<sup>22</sup> Vedi, la rassegna in J. TREMMEL, *Establishing intergenerational justice in national constitutions*, in J. TREMMEL (ed.), *Handbook of intergenerational justice*, London, 192 ss., e più recentemente in T. GROPPI, *Sostenibilità e Costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 2016, 43 ss.

<sup>23</sup> P. HÄBERLE, *A Constitutional law for future generations*, in J. TREMMEL (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, cit., 224. Cfr. anche J. THOMPSON, *Intergenerational Justice. Rights and Responsibilities in an Intergenerational Polity*, New York, 2009, 1, secondo cui «*a polity is an intergenerational community. [...] “We the people” is a historical continuum that reaches into the indefinite future. It implies the existence and persistence of intergenerational relationships that include past, as well as present and future, members*».

<sup>24</sup> Un ampio panorama di questo tipo di clausole è anche in J.R. MAY, E. DALY, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge, 2014, 260-265.

<sup>25</sup> P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, cit., 13.

Peraltro, proprio su questi versanti, i rischi di conflitti generazionali appaiono persino più marcati, e in un certo senso più “ravvicinati nel confronto tra le diverse posizioni”.

La sensibilità costituzionale per la protezione degli interessi delle generazioni future può emergere anche “dal basso”, secondo un movimento “ascendente”, che parte dalle realtà istituzionali locali. Il caso tedesco è emblematico: l’art. 20a del Gg<sup>26</sup>, introdotto nel 1994, è stato preceduto da una ricca sperimentazione di formule costituzionali innovative nel laboratorio normativo dei Lander.

È possibile citare, ad esempio, l’art. 39, par. 1, della Cost. del Brandeburgo, secondo cui «*the protection of nature, the environment and the grown cultural landscape lands basis of present and future life is the duty of the state and of all people*», o ancora l’art. 40, nel quale si legge che «*the use of the ground and the waters is to a great extent committed to the interests of the general public and of future generations*»; l’art. 10, par. 1, della Cost. del Land Sassonia, in base al quale «*the protection of the environment as part of the basic living conditions is the duty of the State and obligatory for all that live in the country; also in responsibility for future generations*»; infine, l’art. 12 della Cost. del Meclenburgo-Pomerania e della Turingia, richiamano nel Preambolo la responsabilità nei confronti delle generazioni future.

Anche negli Stati Uniti, dove peraltro introdurre nella Costituzione Federale una modifica è particolarmente complicato sul piano procedurale, sono alcuni Stati (ad es. Montana, Pennsylvania, Illinois, Hawaii) ad avere previsto nelle loro Costituzioni il dovere di proteggere le risorse naturali anche a vantaggio delle generazioni future<sup>27</sup>.

Come valutare questo adeguamento del linguaggio costituzionale all’istanza intergenerazionale? Sicuramente è un fatto positivo e “significativo”. Segna un cambio di passo, una consapevolezza nuova, che è il presupposto di un’azione istituzionale che prenda sul serio l’istanza intergenerazionale.

Possiamo paragonare queste aperture del linguaggio costituzionale all’analogo processo che portò il costituzionalismo del XX secolo a recepire le istanze sociali e di riduzione delle diseguaglianze materiali. Le *intergenerational clauses* e le *sustainability clauses* come le norme di Weimar sulla tutela del lavoro, dell’associazionismo sindacale, sulla promozione dell’istruzione, o – andando più indietro nel tempo – come le disposizioni della Cost. francese del 1848 sui lavori di pubblica utilità, l’assistenza sociale, l’istruzione.

Portare nella Costituzione la protezione degli interessi della posterità, anche semplicemente rileggendo in chiave intergenerazionale clausole già esistenti e naturalmente vocate a questa prospettiva (come le norme sul patrimonio culturale, sull’ambiente e le risorse naturali, e altre ancora), rappresenta certamente un fattore di rafforzamento delle politiche e delle misure (che vengono o possono essere) adottate sul piano legislativo e amministrativo, contribuisce a stabilizzarle, a metterle al di sopra dell’indirizzo politico contingente.

Inoltre, conferisce ai giudici costituzionali e ai giudici comuni un parametro (diretto o indiretto) di sindacato e di contestazione delle scelte e (finanche) delle omissioni legislative.

<sup>26</sup> Il testo dell’art. è il seguente: «lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l’esercizio del potere legislativo, nel quadro dell’ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto»; v. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, cit., 133 ss.

<sup>27</sup> In tema, v. G. S. MUNRO, *The Public Trust Doctrine and the Montana Constitution as legal bases for climate change litigation in Montana*, in *Montana Law Review*, 73, 2012, 142-143.

In questo senso, non va enfatizzato negativamente il fatto che le clausole costituzionali “intergenerazionali” abbiano una struttura quasi sempre “programmatica”, assumano cioè la forma di compiti dello Stato (*Staatsziel*) o delle altre istituzioni pubbliche, di obiettivi da realizzare piuttosto che di limiti immediatamente prescrittivi nei confronti del legislatore, o di situazioni direttamente azionabili in giudizio.

La giurisprudenza costituzionale ci ha mostrato quali e quanti significati sostanziali o riflessi obbligatori possono essere ricavati da norme programmatiche, e come «principi politici possono diventare diritti fondamentali giuridicamente strutturati»<sup>28</sup>. Per molti diritti, anche quelli ritenuti nell'attuale fase di evoluzione pacificamente *giustiziabili*, l'approdo della difesa in giudizio non è stato quasi mai un dato originario, quanto piuttosto un punto di conquista, attraverso la progressiva crescita delle rivendicazioni sociali e della forza culturale che tali diritti sono riusciti col tempo ad esprimere.

In fondo, le norme costituzionali svolgono una funzione (di orientamento e di comunicazione) culturale, innescando fattori che possono poi “reagire” sulla effettività, sulla rilevanza concreta e in definitiva sulla qualità sostanziale della disposizione.

Nondimeno, bisogna essere coscienti del fatto che le norme costituzionali sono un punto di avvio del discorso politico, che ha bisogno di essere completato e corredato da leggi, atti amministrativi, istituzioni ad hoc.

## 6. La Costituzione italiana e i significati intergenerazionali di molti suoi principi e concetti

La Costituzione italiana è tipicamente una Costituzione *future-oriented* nel senso conformativo (cioè tradizionale). È una Costituzione che vuole costruire un futuro di progresso sociale, di eguaglianza, di sviluppo economico il più possibile diffuso. Le norme sulla promozione di condizioni di effettività del diritto al lavoro, sull'eguaglianza sostanziale, sui rapporti economici, guardano al futuro come ad una dimensione da definire secondo il disegno costituzionale di società.

In altre parole, il futuro è scontato. Deve solo essere reso migliore del presente, riempito di quei contenuti positivi che la Costituzione afferma come principi basilari. Non era difficile, d'altronde, ragionare in questi termini: il presente era quello di un Paese distrutto materialmente e moralmente dalla guerra e da vent'anni di regime fascista.

Nondimeno, rileggendole oggi, alla luce delle preoccupazioni e delle inconsapevolezze che alimentano la questione intergenerazionale, non sono poche le clausole o i concetti che appaiono idonei ad esprimere o semplicemente a contenere dentro di sé l'idea del futuro come dimensione da preservare. Alcuni di questi elementi sono comuni al linguaggio costituzionale globale.

Penso a parole come “popolo”, “Patria”, “Nazione”. Esprimono dappertutto il bisogno di continuità attraverso il tempo di un'esperienza sociale e comunitaria.

Il popolo è un'unità ideale non scindibile rigidamente in momenti temporali e in scale di identità<sup>29</sup>. Ma allora, se al «popolo» appartiene la sovranità (e in suo nome è amministrata la giustizia), se il senso

<sup>28</sup> M. ANIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del Diritto*, 1999, 34-35, a proposito dei diritti sociali.

<sup>29</sup> Come scriveva C.F.V. GERBER, *Diritto Pubblico* (1865), trad. it., Milano, 1971, 200-201, «il popolo è la fondamentale base naturale della personalità dello Stato. [...] Il popolo però non è la somma dei singoli uomini viventi in

del governo democratico è di operare *per* il popolo perché *dal* popolo esso deriva la sua legittimazione, una norma come il secondo comma dell'art. 1 potrebbe davvero essere un pilastro di un nuovo diritto (costituzionale) intergenerazionale, su un duplice versante: quello delle misure e delle politiche per promuovere una cultura del futuro e realizzare un atteggiamento orientato alla responsabilità verso le generazioni future; e quello della delineazione di procedure e istituzioni pensate per tutelare gli interessi di chi non c'è ancora ed è perciò fuori dai circuiti della decisione democratica<sup>30</sup>.

Considerazioni del tutto analoghe possono essere riferite all'impegno costituzionale di «difesa della Patria». La Patria, come la Nazione, è una sintesi di valori ideali, testimonianze storiche, memorie materiali e immateriali, elementi fisico-geografici. Per questo, difendere la Patria, significa conservare questo insieme di beni, trasmetterlo a chi verrà dopo di noi, rispettare il senso della continuità e del collegamento tra le generazioni che concetti come questo evocano intrinsecamente.

La norma forse più direttamente rappresentativa di questa qualità intergenerazionale della nostra Costituzione è l'art. 9 che mette in relazione i concetti di Patrimonio (storico e artistico) e di Nazione. Sono due termini che si implicano reciprocamente: soprattutto l'identità di una Nazione si forma a partire dal complesso delle sue esperienze storiche che trovano nell'arte e nella cultura un formidabile veicolo di rappresentazione, e, a questa stregua, è possibile sostenere che «non vi può essere Nazione se non vi è un passato generazionale al quale richiamarsi; ma non vi può essere Nazione se non vi è un futuro generazionale al quale guardare»<sup>31</sup>. Il patrimonio culturale, poi, è naturalmente sottoposto ad un processo di “trasmissione”, e preliminarmente, di conservazione e di tutela (“incondizionata”) proprio in vista della consegna alle generazioni successive.

Su un piano diverso, ma complementare, anche categorie finalistiche o limiti teleologici, come ad esempio la pace, il progresso sociale (che l'art. 4 include tra gli obiettivi di un welfare incentrato sulla dignità sociale delle persone attraverso il lavoro), l'utilità sociale (la stessa funzione sociale della proprietà, ovvero i fini di utilità generale dell'art. 43), la tutela del risparmio in tutte le sue forme (art. 47), il razionale sfruttamento del suolo di cui parla l'art. 44, la tutela delle minoranze linguistiche (art. 6) in vista del mantenimento nel tempo della loro “speciale identità”, la spinta promozionale alla formazione della famiglia (art. 31), la fedeltà alla Repubblica (art. 54) come impegno al mantenimento nel tempo dei suoi valori fondamentali, guardano al futuro non solo in termini di attuazione progressiva, e quindi necessariamente diluita nel tempo, ma proprio di garanzia degli interessi di coloro che ancora non ci sono, e non sono in grado di far sentire la propria voce nello spazio pubblico.

---

un certo momento, ma è quel tutto spiritualmente unito da una storia comune, il quale trova nella generazione attuale soltanto la sua manifestazione nel presente».

<sup>30</sup> Nella impostazione di P. SALADIN, C.A. ZENGER, *Rechte Künftiger*, cit., 105-106, l'irreversibile riduzione delle basi per le scelte delle generazioni future costituisce in sé un comportamento “antidemocratico”, in quanto la democrazia è costruita sull'idea che la minoranza di oggi deve essere in grado di diventare la maggioranza di domani; sul versante intergenerazionale questo significa che chi non ha voce oggi deve poter fare liberamente le scelte fondamentali per la propria vita domani.

<sup>31</sup> R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, XXIV.

Una clausola come quella dei livelli essenziali delle prestazioni sembra alludere, tra i suoi diversi significati, ad un'esigenza di sostenibilità nel tempo di tali prestazioni<sup>32</sup>. L'art. 47, dal canto suo, stabilisce al primo comma che «la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme». Il risparmio diventa così un "interesse collettivo", quasi un "bene pubblico"<sup>33</sup>, che appunto oltrepassa le sfere individuali dei "risparmiatori" e dei "beneficiari", per definire un modo di essere dei rapporti economici "secondo la Costituzione". E il risparmio è intrinsecamente un interesse *cross-generational*, che riflette l'orientamento a fare qualcosa e a preoccuparsi per quelli che verranno (sia pure, in questo caso, nella successione immediata delle generazioni).

Con la riforma del 2012, infine, la parola "sostenibilità" è entrata formalmente nel vocabolario costituzionale, nell'art. 81 (dove si segnala l'obiettivo di assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni), e nell'art. 97.

Due prospettive mi sembrano prevalenti rispetto alle altre nel segnare l'attitudine della Costituzione italiana a sostenere (e forse perfino a richiedere) la legittimità di una politica intergenerazionale.

Innanzitutto, il principio di ragionevolezza collegato all'uso dei diritti e delle risorse (naturali, ambientali, economiche). Come ho sostenuto in un'altra occasione, la ragionevolezza «è relazione con gli altri, con i loro diritti/aspettative/interessi; è consapevolezza delle implicazioni (anche per gli altri) di ciò che si fa o si rivendica»<sup>34</sup>. Rovesciando la prospettiva, è l'uso smodato (e perciò irragionevole) delle risorse e dei beni da parte delle generazioni (di volta in volta) presenti a mettere in discussione il mantenimento nel tempo (e per le generazioni future) di condizioni equivalenti nella disponibilità di risorse essenziali e nella qualità della vita.

La ragionevolezza è una forma necessaria del diritto costituzionale (e dei diritti costituzionali). Su questo c'è una forte convergenza della più autorevole dottrina e della giurisprudenza costituzionale.

Ma appunto, nel concetto di ragionevolezza è insita l'idea del limite (e dell'autolimita): l'idea che nella valutazione di quello che posso fare oggi deve avere un ruolo anche l'analisi degli effetti che scelte, comportamenti, decisioni possono determinare per il futuro, quando questi effetti hanno un impatto potenzialmente irreversibile e tale da compromettere la conservazione e la trasmissione alle generazioni future di beni, risorse, condizioni di vita che noi stessi riteniamo essenziali<sup>35</sup>.

La seconda prospettiva è quella della solidarietà, come motivazione della responsabilità (e del dovere di considerazione e di rispetto) verso chi non esiste ancora. Questa forse è la parte più promettente del messaggio costituzionale di impegno nei confronti delle generazioni future.

L'art. 2 integra in una dimensione unitaria diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

<sup>32</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 1065 ss.

<sup>33</sup> Sul risparmio come "bene pubblico", v. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, 1999, 288. Vedi ora G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 137, sulle casse dello Stato come «bene pubblico per eccellenza».

<sup>34</sup> R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, cit., XXVI.

<sup>35</sup> Per considerazioni analoghe, v. H.P. VISSER 'T HOOFT, *Justice to Future Generations and the Environment*, 1999, 46. Ragionevolezza potrebbe anche significare, richiamando H. JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., 29, quella "umiltà" indotta «non dalla limitatezza, ma dalla grandezza abnorme del nostro potere, che si manifesta nell'eccesso del nostro potere di fare rispetto al nostro potere di prevedere e al nostro potere di valutare e giudicare».

I diritti di chi vive oggi sono (*rectius*: debbono essere) ragionevoli<sup>36</sup> nel senso che essi già nascono e si strutturano (almeno così dovrebbe essere) come diritti consapevoli dei diritti degli altri, oggi e nella continuità del tempo. Sono diritti che incorporano la prospettiva dei doveri e della «responsabilità di tutti e di ciascuno nei confronti di tutto e di tutti»<sup>37</sup>, il loro esercizio deve essere anche un modo per apprendere le esigenze degli altri, per essere solidali con esse<sup>38</sup>, appunto «un ponte [...] tra libertà e giustizia»<sup>39</sup>.

Nella mia visione, il valore della solidarietà, che la Corte costituzionale ha definito in una non lontana sentenza, «base della convivenza sociale normativamente configurata dal Costituente» (sent. 75/92), si pone in antitesi tanto all'individualismo quanto al presentismo<sup>40</sup>, entrambi estranei alla visione e ai significati del personalismo costituzionale.

## 7. Sostenibilità e giustizia intergenerazionale alla prova del *climate change*

Il tema della responsabilità intergenerazionale, o della tutela delle generazioni future, può riprodursi in differenti ambiti. Nasce di fronte al pericolo della guerra nucleare globale, dopo la fine del secondo conflitto; ma subito comincia a svilupparsi essenzialmente intorno agli “oggetti” della natura e dell'ambiente: le risorse del mare, i *wild animals*, la biodiversità, oggi soprattutto il clima, che è ormai un problema del presente e non solo del futuro.

Non posso soffermarmi in questa sede sulle tappe di questa nuova narrazione morale e giuridica: dalla svolta culturale degli anni '70 (con le elaborazioni del club di Roma del 1972, e le riflessioni di Rawls, Stone, Passmore e altri ancora) al *Rio Earth Summit* del 1992 (con i suoi 3 documenti fondamentali, tra cui la Convenzione sulla Diversità Biologica, e la Convenzione sul *climate change*) fino alla Dichiarazione Unesco del 1997 sulla responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future<sup>41</sup>, e alle più recenti COP sempre sul cambiamento climatico.

L'ambiente, il mantenimento del tempo degli equilibri ecologici e naturali, restano il segmento tematico principale della giustizia intergenerazionale. Col tempo, però, si sono affiancati altri versanti e

<sup>36</sup> In tal senso, v. A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali. Fra ragionevolezza e globalizzazione*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 95-96, secondo cui «non sembrano qualificabili come fondamentali diritti irragionevoli, ossia fruiti in eccesso o per difetto».

<sup>37</sup> Così M. SIRIMARCO, *La sopravvivenza in dubbio: la questione ecologica*, in E. BAGLIONI (a cura di), *Ospiti del futuro?*, Torino, 2000, 117. S. RODOTÀ, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 50, parla di «una tessitura fitta tra diritti e doveri» nella nostra Costituzione.

<sup>38</sup> In termini, v. J.L. NANCY, *L'esperienza della libertà*, Torino, 2000, 14. Scrive E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2002, 55, che «i diritti fondamentali, innanzitutto, accomunano: vivono di dimensioni che non possono consistere di esclusività ma di inclusività; posso godere della qualità della vita soltanto se contemporaneamente ne godono tutti gli altri» (aggiungiamo noi, anche nel tempo).

<sup>39</sup> B. MAGNI, *Presentazione*, in M.C. BLAIS, *Solidarietà. Storia di un'idea*, trad. it., Milano, 2012, XXXVI-XXXVII.

<sup>40</sup> Per S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., 3, la solidarietà «non è immemore del passato e impone di contemplare il futuro».

<sup>41</sup> Sui contenuti di questa Dichiarazione UNESCO (priva di valore giuridicamente vincolante), che si compone di un Preambolo e di dodici articoli, v. S. FIORENZANO, *I doveri intergenerazionali di conservazione delle risorse naturali e culturali del pianeta attraverso il «trust»*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 587-588.



“beni”: il patrimonio culturale, le conseguenze dell'ingegneria genetica e degli sviluppi bioetici<sup>42</sup> (oggi soprattutto nel campo della bioetica artificiale, con la robotica<sup>43</sup> e la biologia sintetica), e soprattutto il welfare e le dinamiche economiche, attorno a due “*subjects*” intrinsecamente transgenerazionali, come il debito pubblico e le pensioni.

Parlare di questi due profili ci porterebbe però fuori dalla bioetica ambientale, che è l'oggetto di questo contributo. Dobbiamo perciò fermarci alla semplice citazione di questo nuovo campo del dibattito sulla giustizia intergenerazionale.

Rimanendo sul versante ambientale, non c'è dubbio che il tema oggi principale ed ineludibile del dibattito sulla tutela delle generazioni future sia oggi il *climate change*<sup>44</sup>, il cui legame con l'attività e le scelte dell'uomo è ormai accertato in modo incontrovertibile.

Come ha scritto S. Nespor<sup>45</sup>, il *climate change* non è solo una catastrofe “naturale”, è invece una catastrofe “tecnologica”. Gli studi di Timothy Mitchell hanno evidenziato il legame dinamico tra evoluzione del contesto democratico e sviluppo dei meccanismi di consumo dei combustibili fossili<sup>46</sup>: Marco Deriu afferma chiaramente che «prima il carbone e poi il petrolio hanno costituito non solamente dei vettori energetici ma i fattori fondamentali attorno ai quali è stata costruita la struttura politica-democratica»<sup>47</sup>.

In secondo luogo, *climate change* non è più solo un problema per il futuro. Il mondo ha già cominciato a viverlo e a percepirne il peso, la forza modificativa su comportamenti, livelli di vita, prospettive, scelte.

Questo significa che non basta più fare qualcosa, o anche molto, perché immediatamente si producano, e siano visibili, effetti positivi. Le distorsioni dell'equilibrio climatico che si sono già evidenziate con particolare forza in questi anni sono destinate a rimanere per decenni, anche se tutti (istituzioni nazionali e internazionali, imprese, persone), magicamente, adottassero comportamenti virtuosi e scelte di forte riduzione delle emissioni di gas serra.

E questo, per due motivi fondamentali. In primo luogo, perché i gas emessi e adesso presenti nell'atmosfera, e che sono la causa più prossima del *climate change*, hanno una capacità di resistenza per lungo tempo dopo la loro emissione (il ciclo di vita del biossido di carbonio può arrivare a centinaia,

<sup>42</sup> Vedi E. LECALDANO, *La responsabilità verso le generazioni future e l'etica della riproduzione e della ricerca genetica*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 283 ss.

<sup>43</sup> Su bioetica artificiale, “macchinico” e generazioni future, v. S. PRATESI, *Generazioni future?*, cit., 29, 32-33, e 59 ss.; e T. SERRA, *L'uomo programmato*, Torino, 2003, 36, secondo la quale occorre cominciare a preoccuparsi non solo della domanda «quale mondo per l'uomo di domani?», ma anche dell'altra, ancora più complessa, «quale uomo per il mondo di domani?». In tema, sia consentito rinviare anche a A. D'ALOIA, *Il diritto verso “il mondo nuovo”. Le sfide dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 3 ss.

<sup>44</sup> Per K. PONETI, *Il cambiamento climatico*, cit., 120, «la crisi climatica si pone come una minaccia globale, in quanto pone l'umanità di fronte al pericolo della sua estinzione, o comunque dell'estinzione della civiltà per come la conosciamo, ipotizzando una sopravvivenza in condizioni di vita ben lontane dal grado di sviluppo raggiunto nelle società contemporanee».

<sup>45</sup> S. NESPOR, *Catastrofi naturali e catastrofi tecnologiche. Riflessioni sul caso giapponese*, in *Federalismi.it*, 2011, 6.

<sup>46</sup> L'autore usa l'espressione «carbon democracy», sostenendo che «i combustibili fossili hanno contribuito a creare sia la possibilità della moderna democrazia che i suoi limiti»; v. T. MITCHELL, *Carbon Democracy. Political Power in the age of oil*, London-New York, 2013.

<sup>47</sup> M. DERIU, *La fine della crescita e le sfide ecologiche alla democrazia*, in *Jura Gentium*, 16, 1, 2019.

anche migliaia di anni<sup>48</sup>). Questo significa che le variazioni climatiche del tempo presente sono il prodotto di emissioni di anni addietro; e che le emissioni di oggi avranno effetti distruttivi lontanissimi nel tempo, e in larga parte non reversibili.

In secondo luogo, per l'inerzia fisica che caratterizza il sistema climatico, e che ad un certo punto determina effetti e reazioni che non dipendono più direttamente da quello che ha fatto, fa, o può fare, l'uomo.

Allora, la sfida che abbiamo davanti non è più solo quella di ridurre o controllare le emissioni di gas serra, che è il classico obiettivo delle politiche ambientali.

Bisogna prepararsi a convivere con alcuni effetti inevitabili di condizioni che già esistono e sono state prodotte, imparare ad affrontare situazioni che ci saranno indipendentemente da quello che decidiamo in questa fase storica, gestire emergenze che non possono essere più bloccate, per le quali il timing è già iniziato.

Infine, la dislocazione degli effetti del *climate change* non è solo temporale, ma altresì spaziale. E mette in crisi i consueti criteri della responsabilità e della colpa.

In sintesi, non è possibile isolare una causa o una catena di cause specifiche del cambiamento climatico, anche limitando l'osservazione ai comportamenti umani. Ma soprattutto, anche una volta individuata la causa, gli effetti possono verificarsi dopo anni e in posti completamente diversi e lontani, e colpire zone o soggetti che non hanno concorso, o hanno concorso molto meno, a determinare il *climate change*<sup>49</sup>.

Questo interscambio tra attualità e posterità irrompe anche sulla scena giuridica. L'esperienza processuale in alcuni Paesi (penso agli Stati Uniti) registra già diversi giudizi avviati per ottenere provvedimenti risarcitori o inibitori contro soggetti che emettono *greenhouse gases* in atmosfera; secondo alcune ricostruzioni teoriche (celebre quella di Christopher Stone<sup>50</sup>), lo stesso "clima" potrebbe rivendicare uno standing, essere cioè parte processuale nei conflitti ambientali, attraverso la rappresentanza di soggetti collettivi.

E in effetti, il fenomeno della "*climate change litigation*" sta assumendo dimensioni sempre più consistenti e varie sul piano della tipologia delle richieste e delle azioni promosse<sup>51</sup>.

Si tratta di giudizi che scontano una difficoltà intrinseca, legata proprio alle caratteristiche di asimmetria spaziale e temporale del *climate change* che rendono particolarmente arduo identificare l'autore della violazione e il rapporto causale, proprio alla luce di quello che è stato definito «l'effetto cumulativo e deterritorializzato delle emissioni sulla globalità dell'atmosfera»<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> G. PELLEGRINO, *Cambiamento climatico e generazioni future*, in *La società degli individui*, 3, 2010, 16.

<sup>49</sup> Id., *op. cit.*, 13.

<sup>50</sup> C.D. STONE, *Should trees have standing? Law, Morality and Environment* (1972), III ed., Oxford, 2010.

<sup>51</sup> Secondo la ricerca *Global trends in climate change legislation and litigation* i casi censiti in 25 giurisdizioni, esclusi gli Stati Uniti, fino a marzo 2017 erano 253, mentre soltanto negli USA i casi erano circa 700: il dato è riportato in K. PONETI, *Il cambiamento climatico*, cit., 164, la quale rileva che in queste azioni «svolgono una funzione fondamentale i networks di ONG, che operano in modo transnazionale: essi hanno iniziato con l'aggregarsi in vista della partecipazione ai negoziati nelle conferenze annuali, ma stanno iniziando a dedicare attenzione anche alla strada giudiziaria».

<sup>52</sup> *Ibid.*, 168, che cita come esempio di questa difficoltà la petizione in nome del popolo Inuit di fronte alla Commissione interamericana per i diritti umani.

Nondimeno, emergono segnali importati da queste prime elaborazioni giurisprudenziali. In un parere consultivo della Corte Interamericana del 2017<sup>53</sup> viene affermato che il diritto all'ambiente salubre è un diritto umano, di per sé, e che gli effetti avversi del degrado ambientale e del cambiamento climatico interferiscono con il godimento dei diritti umani, in particolare con il diritto alla vita e all'integrità personale. Il diritto all'ambiente salubre (e all'equilibrio climatico), nella prospettiva della Corte, ha una dimensione che è anche collettiva (a titolarità diffusa), e in quanto tale è un valore universale che spetta sia alle generazioni presenti che a quelle future: è, in altre parole, «un diritto fondamentale per l'esistenza del genere umano».

Ancora più direttamente, una sentenza del Tribunale distrettuale de L'Aja (*Urgenda v. Governo dei Paesi Bassi*, 2015) ha condannato il Governo a ridurre le emissioni di gas serra, nell'anno 2020, almeno del 25% rispetto al 1990<sup>54</sup>; siamo cioè davanti all'imposizione di un livello di protezione ambientale che lo Stato è obbligato a raggiungere, oltre la sua programmazione. È molto interessante anche qui il ragionamento che la Corte conduce innanzitutto sul piano costituzionale interno. L'art. 21 della Costituzione olandese stabilisce che «*it shall be the concern of the authorities to keep the country habitable and to protect and improve the environment*». Per il Tribunale, questa disposizione costituisce la base di un mandato obbligatorio, che si estrinseca in dovere di protezione dell'ambiente di vita delle persone: lo Stato conserva il potere di definire discrezionalmente le modalità di esercizio di questo “*duty of care*”, però si tratta di una discrezionalità “controllata”, limitata dalla necessità di rispettare gli obblighi internazionali (e tra questi, del principio “*no – harm*”) soprattutto sul piano della fissazione degli standard minimi di riduzione delle emissioni.

Anche in questa sentenza compare in modo significativo l'argomento intergenerazionale; per la Corte infatti, nel decidere le misure da adottare lo Stato deve tener conto del fatto che i costi devono essere distribuiti ragionevolmente tra le generazioni. «Se risulta più conveniente agire adesso lo Stato ha l'obbligo di farlo anche nei confronti delle generazioni future».

Inoltre, viene opportunamente smontata l'obiezione della irrilevanza su scala globale delle emissioni (e delle politiche di riduzione) di un piccolo Paese come l'Olanda. Secondo il Giudice olandese, «qualiasi emissione, non importa quanto piccola, contribuisce all'innalzamento del livello di CO<sub>2</sub> in atmosfera. Così il fatto che le emissioni dei Paesi Bassi siano poche, se comparate a quelle di altri Paesi, non modifica l'obbligo dello Stato di prendere misure di precauzione nell'ambito del suo dovere di protezione».

Per chiudere questo breve excursus sui principali “*climate change cases*”, merita di essere citata anche una decisione emessa dall'Alta Corte di Lahore (Punjab, Pakistan) nel settembre 2015, nella quale la necessità di dare effettività e concretezza al *National Climate Change Policy* viene collegata, nella particolare situazione socio-economica e geografica del Pakistan, all'obbligo di protezione dei diritti fondamentali all'ambiente salubre e alla dignità umana, e dei principi di precauzione, public trust, equità tra le generazioni.

<sup>53</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, 15 novembre 2017.

<sup>54</sup> Come ricorda ancora K. PONETI, *Il cambiamento climatico*, cit., 174, la sentenza di primo grado è stata confermata in appello il 9 ottobre 2018 (*The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*, sentenza C/09/456689/HA ZA 13-1396, Corte d'appello de L'Aja, 9 ottobre 2018).

In definitiva, la rilevanza giuridica del clima e delle questioni ad esso connesse sembra crescere e consolidarsi man mano che il problema assume contorni drammatici e ultimativi. Come ha scritto Poneti<sup>55</sup>, «il lavoro delle corti (anche in dialogo tra di loro, secondo il modello del *judicial borrowing*) può dunque essere un'opera di tessitura di legami inediti, attraverso i quali si adegua il diritto al mutare del tempo e lo si rende capace di gestire le nuove problematiche che si presentano. [...] Si tratta di casi che hanno una valenza di *public interest litigation*, in cui la questione privata svolge proprio il ruolo di aprire la strada a interpretazioni normative che garantiscano l'interesse pubblico, e in cui spesso, proprio in ragione di tale caratteristica, vi è la presenza a supporto del privato di un'associazione che ha lo scopo di tutelare un interesse pubblico».

Insomma, possiamo dire che siamo di fronte ad un problema che è, contemporaneamente, intergenerazionale e intra-generazionale. È difficile capire se questo possa costituire un vantaggio, perché magari aiuta le generazioni presenti a capire la gravità del problema e la necessità di fare qualcosa per contrastarlo o limitarlo; ovvero finisca con l'abbassare la motivazione intra-generazionale, proprio per il fatto che gli eventuali comportamenti virtuosi non avrebbero una immediata corrispondenza sul piano degli effetti benefici.

Di certo, nessuno più dubita della imminenza, e anzi dell'attualità, del rischio climatico; si sa quello che si deve fare e come, ma il problema vero è capire chi lo deve fare, in che misura vanno distribuiti i sacrifici che una politica di contenimento delle cause del *climate change*, e al tempo stesso di adattamento ai suoi effetti, inevitabilmente comporta<sup>56</sup>.

In effetti, l'idea di far gravare gli oneri di riduzione solo su alcuni Paesi, ritenuti i responsabili principali della produzione ed emissione di gas serra, appare basata su un argomento semplicistico.

È certamente vero che il cambiamento climatico, per una serie di ragioni, sta avendo e avrà molto probabilmente un impatto più devastante proprio sulle nazioni più povere<sup>57</sup>, e che il contributo degli Stati tradizionalmente industrializzati al suo realizzarsi è stato finora nettamente prevalente.

Tuttavia, è altrettanto vero che oggi, i rischi più consistenti per l'equilibrio climatico provengono soprattutto dai Paesi ad economia emergente, e questo renderebbe paradossale e contraddittorio che proprio questi Paesi vengano lasciati con minori vincoli, in nome di una *corrective justice* che, se può apparire comprensibile in linea di principio, così delineata finirebbe con l'aggravare notevolmente la situazione di stress ambientale, magari per quegli stessi Paesi ai quali si dovesse riconoscere maggiore libertà di emettere *green house gases*.

D'altra parte, solo in tempi relativamente recenti è emerso scientificamente in modo inoppugnabile il collegamento tra *climate change* ed emissioni di gas serra, senza contare che il fatto che le conseguenze del *climate change* siano più gravi per le nazioni più povere, è legato a circostanze non sempre "intenzionali", ma relative alle caratteristiche delle aree territoriali di insediamento.

<sup>55</sup> K. PONETI, *Il cambiamento climatico*, cit., 180.

<sup>56</sup> È forse vero, come ha sostenuto D. JAMIESON, *Le sfide morali e politiche del cambiamento climatico*, in *La società degli individui*, 3, 2010, 35, che «il cambiamento climatico presenta un problema morale che, allo stato attuale, il nostro sistema politico non è adatto ad affrontare; non dovrebbe dunque sorprendere che non lo si stia affrontando», o che, pur affrontandolo, non siano stati ancora raggiunti obiettivi soddisfacenti e concretamente apprezzabili.

<sup>57</sup> E.A. POSNER, D. WEISBACH, *Climate Change Justice*, Princeton, 2010, 79-80.

Costituzione e *climate change* sono due veri e propri «giants», ha scritto Erwin Chemerinsky<sup>58</sup>. La relazione tra queste due “parole”, e i “mondi” che rappresentano, è molto più complessa e ricca di livelli di analisi.

A cominciare dal tema dei poteri, o dei livelli giuridico-istituzionali di intervento sul *climate change*. Il “*climate change law*” è stato soprattutto, o in prima battuta, diritto internazionale, con tutti i limiti e le difficoltà che il diritto internazionale incontra nel tentativo di conquistare posizioni di primazia e di capacità di esprimere riflessi vincolanti sul diritto e sulla politica degli Stati; in particolare, in quei settori (e questo del *climate change* è forse il più pervasivo e devastante) dove l’azione giuridica tocca interessi economici fondamentali degli Stati e dei soggetti (imprese, persone, corpi sociali) che operano al loro interno.

Come ha scritto Poneti, sviluppando riflessioni di Bulkeley e di altri autori, la governance sul clima «può essere definita come policentrica, transnazionale, frammentata»<sup>59</sup>. Le istituzioni pubbliche (non solo statali, ma anche “locali”) sono affiancate, e anzi sfidate, da “attori privati”, come ONG e imprese, queste ultime sempre più portate ad assumere una posizione di impegno e di responsabilità sociale. Del resto, non poteva essere diversamente. *The climate change* è, intrinsecamente, un “*global problem*”, in rapporto alle cause, e a quella che abbiamo chiamato la dislocazione spaziale e temporale dei suoi effetti. Per questo, il diritto nazionale appare insufficiente, inidoneo porre le basi di una regolazione del fenomeno. Tuttavia, può essere importante (ma lo vedremo tra un attimo) per implementare il diritto internazionale, per dare ad esso la forza che da solo non può avere, per garantirne l’esecuzione all’interno dei singoli ordinamenti.

Del resto, l’Accordo di Parigi ha rilanciato l’azione degli Stati come perno della strategia di lotta al cambiamento climatico. Questo da un lato è un elemento di debolezza, il riflesso della difficoltà di stabilire obblighi vincolanti che superino la dimensione meramente procedurale (monitoraggio e rendicontazione delle proprie emissioni, comunicazione delle politiche adottate, e così via). Il “compromesso” di Parigi è appunto in questa combinazione tra discrezionalità degli Stati e coordinamento internazionale<sup>60</sup>: e tuttavia appare evidente che un simile modello non basta a garantire la serietà e l’effettività degli impegni presi.

Soprattutto quando i leader dei Paesi economicamente e geopoliticamente più forti sembrano incomprendibilmente svalutare il pericolo climatico e l’urgenza di misure drastiche. È sufficiente ricordare le posizioni espresse da Bolsonaro, Putin, o leggere la lista dei tweet (riportati da J. Safran Foer<sup>61</sup>) che Donald Trump ha dedicato al tema del *climate change* per rendersi conto di quanto sia difficile invertire la rotta della “cecità” di cui ha parlato Amitav Gosh<sup>62</sup>.

Sono note le tappe principali della sequenza di strumenti normativi internazionali che hanno provato a dare consistenza alla lotta contro il *climate change*. Non posso ovviamente soffermarmi su ognuna di esse.

<sup>58</sup> E. CHERMERINSKY ET AL., *California Climate Change and Constitution*, in *Environmental Law Reporter*, 1, 2010.

<sup>59</sup> K. PONETI, *Il cambiamento climatico*, cit., 123.

<sup>60</sup> Parla di «natura ibrida» dell’Accordo, *Ibid.*, 153.

<sup>61</sup> J. SAFRAN FOER, *Possiamo salvare il mondo*, Milano, 2019, 135-136.

<sup>62</sup> Come scrive J. Safran Foer, riprendendo proprio le parole di Gosh, secondo cui «la crisi climatica è anche una crisi della cultura, e pertanto dell’immaginazione», «io la definirei una crisi della capacità di credere» (*Ibid.*, 23).

Il cuore di questa strategia politico-giuridica è stata la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, approvata al termine della Conferenza di Rio de Janeiro del 1992. Ma appunto, si tratta di un atto non vincolante, che contiene direttive, principi, impegni sostanzialmente privi di indicazioni numeriche obbligatorie.

La Convenzione però, è stata la base del Protocollo di Kyoto del 1997, in cui per la prima volta compaiono cifre, impegni concreti, obiettivi di riduzione delle emissioni di *green house gases* legati ad una scadenza, e quantificati in termini percentuali.

C'erano dunque nel Protocollo di Kyoto, «*targets and timetables*». Come pure, meccanismi di flessibilità (come ad esempio *Joint implementation, Clean Development mechanism, emission trading*), pensati proprio per consentire una redistribuzione del carico di attuazione degli impegni assunti nell'ambito di gruppi di Stati, lasciando inalterato l'obiettivo totale, in una logica di complementarità tra l'obiettivo ambientale e l'obiettivo economico, e di condivisione. Com'è noto, il Protocollo di Kyoto è entrato in vigore solo nel 2005, e alcuni Stati, tra cui gli Usa, non lo hanno firmato, e ciò ovviamente condiziona non poco la sua effettiva portata.

I problemi lasciati irrisolti da Kyoto, e soprattutto la distribuzione del peso degli impegni di riduzione tra paesi industrializzati e paesi in via di sviluppo industriale, si sono scaricati sulle fasi successive di questa complessa strategia; le varie COP che si sono succedute in questi anni sono l'emblema della difficoltà del diritto di essere veramente tale, cioè vincolante per i suoi destinatari, in questo settore e con riferimento al problema del *climate change*.

Su un piano di riflessione diverso, il carattere globale del fenomeno del *climate change* non toglie che le sue conseguenze possono essere (e molto spesso sono) localizzate e asimmetriche, cioè non si manifestano (almeno al momento e con la stessa intensità) in tutte le aree del mondo, e non creano le stesse preoccupazioni ed emergenze.

Questo intreccio tra "globale" e "locale" ha un evidente riflesso sulla questione dei poteri di gestione del fenomeno del *climate change*, anche all'interno degli ordinamenti statali, soprattutto in quelli che sono caratterizzati da forti processi di decentramento politico e amministrativo, e di riconoscimento dell'autonomia delle istituzioni locali: pensiamo agli Stati federali, o agli Stati regionali.

In altre parole, si possono creare conflitti tra politiche nazionali e interessi territoriali (e le istituzioni che li rappresentano), quando per esempio alcuni territori sono più esposti, per le loro condizioni geografiche, ai rischi connessi al *climate change*<sup>63</sup>.

Inoltre, molte delle materie che ruotano intorno al tema del *climate change* (sia in rapporto al versante delle cause, sia in rapporto al versante degli effetti) – penso a temi come mobilità urbana, trasporti, agricoltura, industria, alimentazione<sup>64</sup>, pianificazione e governo del territorio, fonti energetiche rinnovabili – appartengono (è così in Italia, ma anche in altri Paesi a struttura federale e/o regionale), alla competenza degli Stati o delle amministrazioni locali.

In linea di principio, il *climate change* è una grande questione mondiale, e per questo non ha molto senso immaginare competenze addirittura sub-statali (locali), se non come competenze di esecuzione

<sup>63</sup> D. FARBER, *Climate Change, Federalism and The Constitution*, in *UC Berkeley Public Law*, 1, 2008.

<sup>64</sup> Sull'allevamento come una delle cause principali dei cambiamenti climatici, v. J. SAFRAN FOER, *Possiamo salvare il mondo*, cit., 107, secondo cui «se le mucche fossero un Paese, sarebbero terze in classifica per emissioni di gas serra dopo la Cina e gli Stati Uniti».

e realizzazione degli obiettivi posti a livello nazionale o internazionale, di collaborazione alle decisioni che riguardano specificamente delle aree territoriali, di promozione della partecipazione e della sensibilizzazione sociale su questi problemi e sui comportamenti virtuosi da adottare.

Tuttavia, la gravità dei problemi e dei rischi connessi al *climate change*, gli straordinari riflessi sociali del fenomeno, è tale che non si può escludere che autorità politiche, per quanto di carattere sub-nazionale, possano rivendicare un ruolo di intervento, almeno nei casi in cui il potere centrale sia inerte, o le misure definite dalle autorità nazionali siano palesemente insufficienti<sup>65</sup>.

Un caso di studio molto interessante, su questo punto, è quello dell'ordinamento degli USA.

A fronte di una posizione tradizionalmente ostile agli impegni internazionali sulla riduzione delle emissioni, ancora di più oggi sotto la Presidenza Trump, ci sono state invece iniziative molto "aggressive" delle Amministrazioni statali. Uno degli esempi più significativi è dato dal *California's Global Warming Solutions Act* del 2006, in cui vengono assunti obiettivi di riduzione molto simili a quelli di Kyoto, sia per i livelli quantitativi che per le scadenze temporali (*timetables*), al quale si sono affiancati, in questi anni, una serie di provvedimenti che hanno fatto della legislazione di questo Stato una delle più avanzate e complete su questo tema.

Nella Cost. USA non c'è una clausola "ambientale" sul modello di quella italiana. Tuttavia, ogni regolazione o intervento amministrativo che incida sullo sviluppo dell'economia, sull'attività delle industrie (e certamente le politiche di "mitigation" del *climate change* hanno questo ambito di ricaduta) deve fare i conti con la *Interstate Commerce Clause*, che costituisce una delle pietre angolari del sistema federale americano. In effetti, l'interpretazione che spesso ha dato di questa clausola la Corte Suprema ha prodotto una forte restrizione delle competenze degli Stati, secondo alcuni autori anche oltre l'intenzione dei *Founding Fathers*.

In una non lontana decisione (adottata a stretta maggioranza, *Massachusetts v. EPA*, del 2007), la Corte Suprema USA, pur non affrontando direttamente il problema della distribuzione dei poteri (statali o federali) nel c.d. "*climate change field*", ha dato indicazioni importanti sulle questioni appena evidenziate.

L'opinione della maggioranza, da un lato, ha sottolineato che di fronte a questioni così globali, il ruolo delle Amministrazioni statali subisce sicuramente dei limiti. In particolare, secondo la Corte, «*a state's ability to act on the international stage in this very context of climate change is limited: When a state enters the union, it surrenders certain sovereign prerogatives. Massachusetts cannot invade Rhode Island to force reductions in greenhouse gas emissions, it cannot negotiate an emissions treaty with China or India, and in some circumstances the exercise of its police powers to reduce in-state motor-vehicle emissions might well be pre-empted*».

Nondimeno – e questo è il punto di distinzione rispetto alla posizione dei quattro giudici dissenzianti – la Corte Suprema non rinuncia ad enfatizzare il fatto che «*the threat to the state's citizens and even its*

<sup>65</sup> Come sottolinea D. FARBER, *Climate Change*, cit., «*in the arena of climate change (that involves an enormous collective action problem), as Massachusetts v. EPA makes clear, the state's interest is much stronger, and furthermore, the regulations are directed at modifying future conduct that takes place entirely within the state. Finally, as Massachusetts v. EPA also observed, there is as yet no clearly articulated presidential policy that would preclude domestic regulation*». Inoltre, su questo tema: «*under-regulation is a greater risk than over-regulation, given the huge collective action problem in addressing the climate issue and the fact that some of the primary stakeholders are future generations who have no political voice*».

*territory (as result of sea level rise)» che il climate change manifesta in modo specifico nei confronti di alcune zone del Paese, legittima «the existence of a semi-sovereign state interest in responding to problems and challenges of climate change: “These rising seas have already begun to swallow Massachusetts’ coastal land. Because the Commonwealth “owns a substantial portion of the state’s coastal property,” it has alleged a particularized injury in its capacity as a landowner. The severity of that injury will only increase over the course of the next century: If sea levels continue to rise as predicted, one Massachusetts official believes that a significant fraction of coastal property will be “either permanently lost through inundation or temporarily lost through periodic storm surge and flooding events”».*

In sintesi, allora, la novità “costituzionale” delle sfide poste dal *climate change* si riflette in primo luogo sul sistema di governo e di regolazione del problema. Le politiche di “*mitigation*” e di “*adaptation*” al *climate change* non possono rimanere costrette negli schemi tradizionali del riparto dei poteri tra autorità federale e autorità statali, schemi elaborati per rispondere a problemi assolutamente incompatibili a quelli che abbiamo di fronte. Nuovi problemi richiedono nuove misure e nuovi schemi organizzativi. I modelli devono adattarsi alla realtà, non il contrario.

Anche l’altro grande versante del costituzionalismo, quello dei diritti, è radicalmente investito dalla questione del *climate change*. Molti documenti normativi internazionali (lo stesso Accordo di Parigi del 2015), come pure le decisioni giudiziarie prima richiamate, evidenziano le profonde conseguenze del cambiamento climatico, e delle misure di mitigazione e di adattamento, su specifici diritti umani (al cibo, all’acqua, all’abitazione, alla salute, all’ambiente, all’autodeterminazione e alla sovranità di popoli che rischiano di perdere il loro territorio di riferimento), e sulla condizione esistenziale di gruppi vulnerabili, come bambini, rifugiati, migranti, comunità indigene. Più in generale, è la vita e la dignità umana delle persone e delle comunità ad essere messa in discussione; la sopravvivenza stessa, a certe condizioni, dell’umanità, intesa nella sua complessità intergenerazionale<sup>66</sup>. In fondo, come ha spiegato la Corte Interamericana dei diritti umani, il pieno godimento dei diritti (che sono interdipendenti e indivisibili tra di loro) dipende da un ambiente favorevole, che rappresenta quindi una sorta di precondizione rispetto a tutte le altre posizioni soggettive.

Un elemento accomuna il linguaggio costituzionale e il tema del *climate change*: il tempo, o meglio la particolare relazione che entrambi i due concetti intrattengono con il tempo, con la successione delle generazioni nel tempo.

Il diritto costituzionale, lo abbiamo visto prima, più di ogni altro settore del diritto manifesta una vocazione quasi “naturale” alla intertemporalità ed alla universalità; a valere oltre il tempo presente e oltre lo spazio territoriale di riferimento.

Il *climate change*, a sua volta, è un tipico problema intergenerazionale. Non a caso, il legame tra *climate change* e protezione delle generazioni future (oltre che delle generazioni presenti) costituisce la premessa della Convenzione quadro sui cambiamenti climatici approvata a Rio nel 1992.

Le cause e gli effetti del *climate change* appartengono a momenti temporali diversi, anche molto distanti tra di loro. Le generazioni future pagheranno le conseguenze delle emissioni di green house gases realizzate nei decenni precedenti, e potranno godere dei benefici collegati alla riduzione delle

<sup>66</sup> Vedi S. ADELMAN, *Rethinking human rights: the impact of climate change on the dominant discourse*, in S. HUMPHREYS (ed.), *Human Rights and Climate Change*, Cambridge, 2010 159 ss.

emissioni che si riuscisse a conseguire oggi<sup>67</sup>. Oggi però coesistono parzialmente cause attuali (nuove emissioni che produrranno effetti nel futuro) e conseguenze prodotte da cause anteriori (emissioni realizzate negli ultimi decenni). Questo può aiutare la consapevolezza della gravità del problema da parte delle generazioni attuali. La motivazione “intra-generazionale”, in altre parole, può dare più visibilità e forza alla prospettiva intergenerazionale, riducendo la debolezza politica delle generazioni future, che sono «*the most underrepresented of all underrepresented groups – not only do they have no vote, but they have no capacity to speak for themselves*»<sup>68</sup>.

Guardare al problema del *climate change* attraverso la prospettiva della responsabilità intergenerazionale, della protezione degli interessi (diritti?) delle generazioni future, dello sviluppo sostenibile, che poi sono facce di una stessa medaglia, appare il modo più efficace per consolidare la legittimazione morale e la forza giuridica degli impegni e delle soluzioni adottate per prevenire o contrastare le cause del cambiamento climatico.

Le sfide del *climate change* e della conservazione dell'equilibrio ecologico ci chiedono in fondo questo: di sapere che il futuro è anche la conseguenza di quello che facciamo noi, ora; che il mondo sarà, e avrà, quello che noi avremo definito attraverso le nostre scelte.

In questo senso, il cambiamento climatico è l'emblema della sfida che la *intergenerational issue* pone alla democrazia e al costituzionalismo, e, più in generale, ai paradigmi giuridici, economici, politici e scientifici tradizionali<sup>69</sup>. Una sfida che può diventare una grossa opportunità di migliorare il nostro Sistema politico e morale: come ha scritto Dale Jamieson, «*an effective answer to it will make us better people*<sup>70</sup>, and will help us to take us again our democracy»<sup>71</sup>.

## 8. La tutela costituzionale delle generazioni future tra diritti e doveri. La responsabilità intergenerazionale come espressione di solidarietà

Se riusciamo a trovare per l'istanza intergenerazionale un radicamento (diretto o indiretto) sul piano dei principi costituzionali viene in qualche modo ad attenuarsi il problema di quali situazioni soggettive siano configurabili nei loro confronti: le generazioni future hanno diritti verso noi? Oppure le generazioni presenti hanno obblighi verso le generazioni future? E che tipo di obblighi sono: obblighi semplicemente morali o veri e propri doveri di giustizia?

Impostare il ragionamento a partire dalle norme costituzionali ci consente di rintracciare o identificare un vincolo, un legame produttivo di conseguenze giuridiche, controllabile nei suoi esiti. Il problema si sposta piuttosto su come possono essere rivendicati/tutelati/tradotti *in action* questi vincoli.

La mia tesi è che attorno all'istanza intergenerazionale siano configurabili *almeno* doveri di giustizia; che, in altre parole, sia possibile giustificare una serie di ricadute attuali del diritto sui comportamenti

<sup>67</sup> E.A. POSNER, D. WEISBACH, *Climate Change Justice*, cit., 144.

<sup>68</sup> D. FARBER, *op. cit.*, 38.

<sup>69</sup> Così M. DERIU, *La fine della crescita*, cit., 9.

<sup>70</sup> Cfr. anche J. SAFRAN FOER, *Possiamo salvare il mondo*, cit., 145, secondo cui «che genere di futuro potreste prevedere per una civiltà che agisce collettivamente per salvare la propria casa? Quella decisione rivelerebbe chi siamo e ci cambierebbe. Compiendo il passo necessario – non sarebbe un atto di fede ma un'azione concreta – non soltanto salveremo il nostro pianeta. Renderemo noi stessi degni di essere salvati».

<sup>71</sup> D. JAMIESON, *Le sfide morali e politiche del cambiamento climatico*, cit., 43.

e le scelte del tempo presente che possono assumere forme *progressivamente* vincolanti, riconducibili a significati costituzionali più o meno espliciti.

I doveri di cui parliamo sono nel senso di non pregiudicare o penalizzare irreversibilmente ed eccessivamente le condizioni di vita e di equilibrio ambientale e naturale della posterità, e non di fare necessariamente qualcosa per rendere addirittura migliore la condizione delle generazioni future.

Ad ogni modo, riflettere sull'alternativa diritti delle generazioni future/doveri delle generazioni presenti, è importante proprio per comprendere l'impatto che la teoria intergenerazionale può avere complessivamente sull'aggiornamento e l'evoluzione delle categorie giuridiche.

Indubbiamente, il percorso argomentativo *rights-based* sembra se non chiuso, sicuramente irto di ostacoli teorici quasi insormontabili.

Gustavo Zagrebelsky sottolinea che «tutto il male che può essere loro inferto (cioè alle generazioni future), perfino la privazione delle condizioni minime vitali, non è affatto violazione di un qualche loro "diritto" in senso giuridico. Quando incominceranno ad esistere, i loro predecessori, a loro volta, saranno scomparsi dalla faccia della terra, e non potranno essere portati a giudizio. I successori potranno provare riconoscenza o risentimento, ma in ogni caso avranno da compiacersi o da dolersi di meri e irreparabili "fatti compiuti"»<sup>72</sup>.

Parlare di 'diritti delle generazioni future dentro il modo tradizionale di concepire i diritti soggettivi è effettivamente un azzardo. Le generazioni future non esistono, non c'è un titolare attuale di questi diritti, che sarebbero perciò diritti privi di un soggetto in grado di esercitarli, e prima ancora di rivendicarli, anche solo in una prospettiva di tipo contrattualistico: le generazioni future non possono negoziare i contenuti di un preteso "patto intergenerazionale", non hanno niente da offrire in cambio né da usare come argomento dissuasivo o incentivante.

Il linguaggio dei diritti contiene però potenzialità non del tutto esplorate.

In primo luogo, l'esistenza di un diritto non può ridursi al fatto che sia possibile difenderlo e rivendicarlo in giudizio.

I diritti non sono solo risorse dei soggetti, ma "beni", interessi oggettivi, che riflettono principi di giustizia assunti dall'ordinamento come propri criteri di riconoscimento<sup>73</sup>; esprimono una identità dinamica, un modo di essere di un ordinamento, indicano i suoi fini essenziali; a questa stregua, appare riduttivo far dipendere non solo il carattere fondamentale quanto l'esistenza stessa di un diritto dal grado e dall'intensità degli strumenti di tutela azionabili dai titolari del diritto medesimo.

Nella ricostruzione di Orestano sui «diritti senza soggetto», la soggettivazione del diritto è una «soggettivazione della tutela normativa», o «della stessa norma»<sup>74</sup>. Anche per Kelsen<sup>75</sup>, i diritti soggettivi sarebbero «norme giuridiche individualizzate» e il soggetto di diritto «l'espressione unitaria personificata di un complesso di norme», una costruzione giuridica creata dalla scienza giuridica piuttosto che

<sup>72</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, cit., 124-125.

<sup>73</sup> In questi termini, v. G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, 2000.

<sup>74</sup> R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 149 ss.

<sup>75</sup> Il riferimento è a H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1966, 173-174.

una mera realtà naturale<sup>76</sup>: concezione che riprende l'idea di Jhering<sup>77</sup> sul diritto soggettivo come «un frammento della volontà generale, divenuto concreto e vivente nella persona singola».

In questa ottica i diritti delle generazioni future, piuttosto che essere nuovi diritti per nuovi soggetti, potrebbero essere considerati alla stregua di meccanismi argomentativi e beni che mettono in discussione il modo stesso in cui il soggetto è stato storicamente costruito<sup>78</sup>.

La formula “diritti delle generazioni future” potrebbe allora essere mantenuta accentuando quello che Jhering chiamava il «lato passivo» del diritto (soggettivo), non «il rapporto di potestà» ma «il vincolo o limitazione giuridica in cui verrebbe a trovarsi “l'oggetto del diritto”, persona o cosa»; questo “effetto passivo”, che potrebbe sussistere anche quando il soggetto titolare sia provvisoriamente mancante, appare suscettibile di tradursi, rispetto al nostro tema, nella possibilità dell'ordinamento giuridico di imporre vincoli e obblighi nel momento presente a tutela (dei diritti) delle generazioni future, diritti che appunto sono “soggettivamente” futuri<sup>79</sup>, ma già riconosciuti oggi da norme giuridiche che ritengono alcuni beni e interessi meritevoli di protezione anche in chiave intertemporale.

Il tema dei diritti delle generazioni future appare perciò almeno “ammissibile” come risorsa argomentativa capace di rafforzare le altre prospettive di approccio alla questione intergenerazionale, a cominciare da quella dei doveri, della responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future; e per fornire un ulteriore elemento di legittimazione alle politiche attuali di preservazione ambientale; e di costituire argomenti più forti nel bilanciamento (sia politico che giurisprudenziale) con le esigenze e i diritti delle generazioni presenti<sup>80</sup>.

Quanto al problema di chi può agire per tutelare ora questi diritti futuri, per rappresentarli e farli avere in un giudizio, questo appare più un problema tecnico, di scelte e opzioni procedurali di un ordinamento giuridico. Una recente legge della Nuova Zelanda non ha forse riconosciuto il fiume Watanui come persona giuridica?

Certamente, “*future people*” non hanno capacità di agire, di avanzare pretese, di chiedere tutela, o infine di rinunciare a tali diritti. Tuttavia, per un verso, tale problema può trovare soluzione nei meccanismi sostitutivi della rappresentanza legittimati dalla consapevolezza (ormai presente ai livelli più alti della normatività, quella contemporaneamente “costituzionale-internazionale”) che il rapporto di

<sup>76</sup> Vedi A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, II ed., in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1982, 9, secondo cui la personalità giuridica «è un prodotto del diritto positivo, e non già una sostanza che questo trovi già costituita in natura, per cui si limiti a registrarla così come la trova. [...] la personalità è un guscio, destinato ad essere riempito di diritti, così come i diritti sono destinati a riempire quel guscio».

<sup>77</sup> R. VON JHERING, *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1866, 329, trad. nostra.

<sup>78</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, 151 e 176-177.

<sup>79</sup> Vedi A. GOSSERIES, *Lo scetticismo sui diritti delle generazioni future*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 38-39, che ricostruisce in questo modo il requisito di contemporaneità diritto-titolare, in luogo della contemporaneità diritto-obbligo.

<sup>80</sup> Per G. PALOMBELLA, *Ragioni di giustizia, diritti e generazioni future*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 17, i diritti delle generazioni future potrebbero essere assunti come criteri di legittimità sostanziale sulla cui base può essere definita la validità di ogni atto normativo, senza contare che tali criteri possono altresì essere configurati alla stregua di principi normativi generalmente riconducibili alla *higher law* dei sistemi costituzionali.

“successione-trasmissione” (di beni, utilità, ma anche danni, problemi, rischi) attraverso il tempo non è (né può essere) più irrilevante per il diritto.

È mutato il campo di analisi, e non possiamo non tenerne conto quando proviamo ad applicare le nostre teorie della giustizia. Con grande acutezza Richard Hiskes, nei suoi studi sulla «*reflexive reciprocity*» parte da due premesse: la natura speciale degli «*environmental rights*», e il modo di intendere i confini della nostra comunità di riferimento<sup>81</sup>.

Sul primo punto, questo studioso sottolinea che gli interessi ambientali sono unici (rispetto ad altri diritti egualmente fondamentali) proprio in virtù della loro particolare relazione con il futuro. In sintesi, quello che facciamo di positivo sul versante intergenerazionale è un fatto positivo anche nel momento attuale: «*our air, water, and soil are enhanced by our protecting those elements for future generation to enjoy as well*»<sup>82</sup>.

Questo significa che tra i nostri interessi ambientali e gli interessi ambientali di chi vivrà nel futuro c'è una relazione di reciprocità, per quanto “indiretta”, che Hiskes chiama appunto «*reflexive*». Da una prospettiva diversa, che non sembra ammettere l'idea di diritti delle generazioni future, dice una cosa analoga G. Zagrebelsky, sottolineando che «noi dunque esistiamo vederci per ciò che siamo e per ciò che promettiamo. In questo modo, la frattura del tempo, suggerita dall'idea della relazione con le generazioni future, potenzialmente separate da interessi contrastanti con quelli della generazione presente, si ricompone»<sup>83</sup>.

Il secondo profilo si innesta sulla nozione di «*transgenerational community*», elaborata da de Shalit<sup>84</sup>, e in qualche misura riconducibile all'idea di Hans Jonas secondo cui l'umanità non è fatta solo di coetanei, ma è una realtà che si manifesta nel succedersi di segmenti temporali, il che – per riprendere le parole dell'illustre studioso – «significa che esistiamo ogni volta già con una parte di futuro, e una parte di futuro esiste con noi»<sup>85</sup>.

Nella visione di de Shalit la comunità umana è intrinsecamente *cross-generation*. In questa «*community as whole*», comprensiva di varie fasi e interessi generazionali, l'elemento chiave è la somiglianza morale («*moral similarity*») tra le sue diverse parti<sup>86</sup>, la percezione che i membri sono uniti da una

<sup>81</sup> R. HISKES, *The Human Right to a Green Future*, Cambridge-New York, 2009, 60 ss.

<sup>82</sup> Anche per J. O'NEILL, *Ecology, policy and politics*, London & New York, 55, «*our concern with the future is [...] a concern with now: how well our life at present is proceeding depends on its relation to a projected future*».

<sup>83</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, cit., 133.

<sup>84</sup> Il testo fondamentale di A. DE-SHALIT, *Why Posterity matters: Environmental policies and future generations*, London, 1995, 15-16, 25 ss., 34 ss. Per l'Autore «*the constitutive community extends over several generations and into the future, and just as many people think of the past as part of what constitutes their “selves”, they do and should regard the future as part of their “selves”. These are relations that form the transgeneration community, which is a source of our obligations to future generations*».

<sup>85</sup> Prima ancora, è stato E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France*, London, 1968, 194-195, ad avere definito la comunità sociale come una «*partnership not only between those who are living, but between those who are living, those who are dead, and those who are to be born*». Nella sua visione, il fondamento dei diritti è l'ereditarietà, e le «nostre libertà sono una inalienabile eredità trasmessa a noi dai nostri antenati, e trasmissibile alla nostra posterità» (*ivi.*, 191-192).

<sup>86</sup> Su questo concetto di «*moral similarity*», che ci deve condurre a riconoscere le future generazioni come «*part of us*», v. ancora R. HISKES, *The Human Right to a Green Future*, cit., 63-64.

comune concezione del “bene”<sup>87</sup>, che può favorire «un istintivo senso di appartenenza» alla comunità medesima, e richiedere (e persino imporre) scelte razionali, coerenti con la “scoperta” dell’impatto intertemporale delle nostre decisioni (che siamo solo dei «*current occupants of a cross-generational moral community*»<sup>88</sup>), basate non semplicemente su impulsi umanitari o sentimentali, ma su un principio di giustizia che include “*future people*” nella considerazione delle scelte attuali, e che al tempo stesso è un modo per attuare e realizzare “valori”-principi e interessi che sono fondamentali già oggi, e perciò «*reciprocally benefits (also) the present generation*»<sup>89</sup>.

In altre parole, combinando le caratteristiche peculiari degli “*environmental rights*” come degli altri “beni intergenerazionali”, con una visione trans-generazionale della comunità (non solo la singola comunità sociale di riferimento, come obietta Barry, ma, partendo da questa, l’intera comunità umana, in considerazione della rilevanza globale dei problemi ambientali e delle soluzioni che vanno prefigurate), si può ritrovare un movimento di reciprocità che si gioca non più nel rapporto stretto e “corrispettivo” tra generazioni presenti e generazioni future, ma su un tavolo temporale più ampio, in cui i benefici che si ricevono dal passato (e da comportamenti e scelte ragionevoli e sostenibili)<sup>90</sup> diventano un’obbligazione da assumere e conservare in favore dei propri successori<sup>91</sup>, non solo perché ho ricevuto qualcosa, ma anche perché questo “qualcosa” non è “*fully mine*” (interamente mio), e per questo la “consumazione” di questo “bene-risorsa” a danno della/e generazione/i successiva/e farebbe sì che la generazione presente si comporterebbe come un “*free-rider*” (anche) nei confronti della precedente generazione<sup>92</sup>.

<sup>87</sup> Così J. THOMPSON, *Intergenerational Justice*, cit., 34-35 ss., 50-51, che rielabora la tesi “*communitarian*” di de-Shalit attraverso il concetto di «*lifetime-transcending interests*», che è il presupposto “morale” in base al quale noi guardiamo ai nostri successori come quelli in condizione di realizzare i nostri interessi e aspettative “oltre il nostro tempo”, e perciò «*will not want to act in a way that brings the social relationship between generations to an end*». In questo senso, v. anche T. MULGAN, *Future People*, Oxford, 2006, 246, secondo cui «la comunità umana non esiste nella sua interezza in un momento particolare, o in una generazione particolare. Essa è diffusa lungo molte generazioni. Il valore e il significato dei nostri scopi presenti spesso presuppongono l’esistenza e il benessere degli individui futuri. [...] Più in generale, l’implicita assunzione che i nostri progetti, le nostre comunità e la nostra cultura persisteranno dopo la nostra morte spesso è necessario per dar senso al significato che attribuiamo ai nostri obiettivi [...]. Essere parte di conquiste culturali progressive costituisce un valore aggiunto al valore della propria vita individuale. Questo conferisce a ciascun membro della generazione presente un motivo personale per assicurare la sopravvivenza continuata dell’umanità».

<sup>88</sup> L’espressione è di A. BAIER, *The Rights of Past and Future Persons*, in PARTRIDGE (ed.), *Responsibilities to future generations*, Buffalo, 1980, 177.

<sup>89</sup> Così R. HISKES, *The Human Right to a Green Future*, cit., 60-62.

<sup>90</sup> Come sottolinea A. MACINTYRE, *After Virtue: A study in moral theory*, London, 1981, 220, «*I inherit from the past of my family, my city, my tribe, my nation, a variety of debts, inheritances, rightful expectations and obligations. These constitute the given of my life, my moral starting point*». Su questa linea interpretativa si assesta anche T. MULGAN, *Future People*, cit., 246.

<sup>91</sup> P. LASLETT, J.S. FISHKIN, *Justice between age groups and generations*, New Haven-London, 1972, 31-33, parlano di «*intergenerational tricontract*», nozione che appunto allude a questa reciprocità “virtuale” o aperta a più generazioni, in uno schema (evidentemente collegato ad uno dei principi di giustizia di Rawls) in cui «*generation B has certain rights in generation A (rights in a basic respect of its environmental interests), these rights being matched by corresponding obligations toward generation C*».

<sup>92</sup> Vedi E. BROWN WEISS, *The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity*, in *Ecology Law Quarterly*, 11, 1984, 505, secondo cui «*under the planetary trust, each generation acts as trustee for beneficiaries in succeeding generations, just as past generations served as trustees for it*».

In questo modo, perde consistenza, diventa poco più di una provocazione chiedersi “*what has posterity ever done for me?*”<sup>93</sup>. Le generazioni future non hanno fatto niente, ma nemmeno potrebbero farlo; invece le generazioni di volta in volta “presenti” possono fare molto, nel bene o nel male, possono incidere profondamente sul destino di chi verrà dopo.

Così impostato il ragionamento, sembra non irresistibile nemmeno l'altra obiezione tradizionale alla configurabilità di diritti delle generazioni future: l'argomento della inconoscibilità, cioè della “*our ignorance*” e della non prevedibilità dei bisogni e degli interessi delle generazioni future, e al tempo stesso, della possibilità e della volontà dei Governi (e delle comunità stesse) del tempo di soddisfarle disponendo delle risorse che noi riusciremo a lasciare ad essi<sup>94</sup>.

In realtà, gli “oggetti” che rientrano nella questione intergenerazionale hanno un tale livello di gravità e di rilevanza rispetto all'essere parte della comunità umana che è difficile pensare che tali “beni”, “utilità”, “possibilità” (che attengono agli elementi basilari della sopravvivenza, a o ai bisogni economici essenziali) non siano altrettanto rilevanti e fondamentali anche per le persone che vivranno nel futuro<sup>95</sup>. Non parliamo di “stili di vita” o di livelli di tutela di un determinato diritto, ma di beni-risorse o “*basic rights*” che definiscono gli equilibri fondamentali della vita e del sistema ambientale e naturale, e che per questo possono essere considerati inviolabili proprio in quanto coesenziali ai bisogni umani (oltre le visioni “culturali”)<sup>96</sup>: a questa stregua, l'argomento della inconoscibilità perde consistenza, appare fuori centro rispetto ai temi in esame.

Ci può essere, infine, un altro modo di pensare ai diritti delle generazioni future. In fondo, come ho sempre sostenuto, il tema non ha un unico percorso ricostruttivo; più approcci argomentativi possono concorrere a definirlo, e a dargli, giuridicamente, una forma attendibile.

<sup>93</sup> R.L. HEIBRONER, *What has posterity never done for me?*, in E. PARTRIDGE (ed.), *Responsibilities*, cit., 191 ss. Questa frase risale, secondo M. ABRESCIA, *Un diritto al futuro: analisi economica del diritto, Costituzione e responsabilità tra generazioni*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 161, a J. ADDISON, *The Spectator*, VIII, 583, 20 agosto 1714; invece E. RESTA, *Tra generazioni*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 414, la attribuisce anche a Woody Allen. Ritene questo interrogativo uno “scherzo” che non può essere evidentemente posto, H. JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., 49.

<sup>94</sup> Per questo argomento, v. soprattutto M.P. GOLDING, *Obligations to future generations*, in *Monist*, 56, 1972, 96; nonché M. LUCIANI, *Generazioni future: distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 437, secondo cui «un ipotetico osservatore transgenerazionale, insomma, potrebbe scoprire che i sacrifici imposti alla generazione #1 sono stati inutili ad assicurare il soddisfacimento dei bisogni – poniamo – della generazione #4, vuoi perché le risorse sarebbero state sufficienti per soddisfare al meglio anche i bisogni della generazione #1, vuoi perché l'assetto sociale dei bisogni si è trasformato, etc.».

<sup>95</sup> H.P. VISSER 'T HOOFT, *Justice to Future Generations and the Environment*, cit., 46.

<sup>96</sup> Osserva G. PONTARA, *La responsabilità nei confronti delle generazioni future: l'approccio etico-filosofico*, S. SCAMUZZI (a cura di), *Costituzioni razionalità ambiente*, Torino, 1994, 49, che «indipendentemente da quali saranno le loro preferenze o i loro desideri o i loro valori intrinseci, essi (cioè future people) avranno bisogno di certe condizioni per poterli realizzare e che vi sono buone ragioni per ritenere che questi beni strumentali o fondamentali saranno assai simili ai nostri: un ambiente non radioattivo, cibo a sufficienza, acqua non avvelenata, aria respirabile, risorse naturali, un certo spazio in cui muoversi, energia, conoscenze scientifiche, ecc.».

Alcuni diritti (tra cui soprattutto quelli che rilevano sul piano della *intergenerational justice*) presentano una doppia struttura: sono diritti dei singoli e (contemporaneamente) diritti collettivi<sup>97</sup>. E non perdono, per questa caratteristica, la possibilità di essere portati in un giudizio, di valere come interessi tutelabili e come presupposti di rinnovate obbligazioni statali<sup>98</sup>.

Dunque, la scoperta dell'impatto intergenerazionale di molte delle nostre scelte (di volta in volta) attuali, la novità stessa della questione intergenerazionale, funzionano da elementi di ridefinizione del linguaggio dei diritti, di arricchimento delle loro potenzialità espressive.

Ad ogni modo, l'istanza intergenerazionale presenta una dimensione complessa e "*multifaceted*". Diritti delle generazioni future e doveri delle generazioni presenti sono facce di una stessa medaglia<sup>99</sup>, strumenti a disposizione di un impegno teorico e politico che mira a definire un "diritto per il futuro" (orientato al futuro come dimensione da preservare) in termini di obbligatorietà ed effettività delle soluzioni e delle strategie messe in campo.

Non c'è dubbio, infatti, che la questione intergenerazionale sembra trovare una collocazione meno controversa sul terreno dei doveri, della responsabilità (delle generazioni presenti nei confronti di quelle future), della solidarietà intertemporale.

Il soggetto "attivo" della responsabilità esiste ed è in grado di orientare i suoi comportamenti e le sue decisioni, e di farlo anche alla luce di vincoli autoimposti, che però, nel momento in cui diventano e si consolidano come vincoli di diritto costituzione e/o internazionale, cessano di essere una mera manifestazione di altruismo<sup>100</sup>. Sono vincoli costituzionali, collegati a "priorità costituzionali", come tali idonei ad orientare e a porsi come parametro delle scelte e delle decisioni adottate (o delle omissioni) dalle Autorità ai più vari livelli<sup>101</sup>.

Invero, chi critica lo schema argomentativo dei diritti delle generazioni future, spesso applica le stesse obiezioni anche alla teoria dei doveri "attuali"<sup>102</sup>.

Come sempre, il nodo è innanzitutto la non contemporaneità del soggetto futuro, in questo caso beneficiario dell'obbligo di chi vive oggi.

<sup>97</sup> Sull'ambiente come collective good, il che giustifica un più ampio standing rules che permetta a ciascun cittadino di agire per i danni fatti all'intera società, v. J.R. MAY, E. DALY, *Global Environmental Constitutionalism*, cit., 133.

<sup>98</sup> Un esempio delle potenzialità offerte dalla teoria dei diritti collettivi viene dal c.d. "*derecho al territorio*", come "*derecho clave*" del diritto interamericano dei popoli indigeni, e contenuto della garanzia di una vita degna e sostenibile in accordo con la visione culturale di queste comunità. In alcune sentenze della Corte Interamericana (v. ad es. il caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, si evidenzia che per le Comunità indigene la relazione con la Terra non è semplicemente una questione di possesso o di produzione «sino un elemento material y spiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras»; in argomento, v. l'ottimo lavoro di A.M. Russo, *El derecho transconstitucional de la diversidad: la especialidad indigena en el desarrollo interamericano del derecho de propiedad*, XII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional, Bogotá, 16-18 settembre 2015.

<sup>99</sup> Come nota correttamente S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, 2012, 29, «parlare dei loro diritti nel futuro equivale a parlare dei nostri doveri, oggi. Equivale ad orientare i nostri comportamenti oggi su quelle che potrebbero essere le conseguenze domani».

<sup>100</sup> In tal senso, v. H.P. VISSER 'T HOOFT, *Justice to Future Generations and the Environment*, cit., 110.

<sup>101</sup> In termini di *affirmative duties* dello Stato ne parlano P. SALADIN, C.A. ZENGER, *Rechte Künftiger*, cit., 95.

<sup>102</sup> Vedi S. VANDERHEIDEN, *Atmospheric Justice. A Political Theory of Climate Change*, Oxford, 2008, 123; W. BECKER-MAN, J. PASEK, *Justice, Posterity and the Environment*, 2001, 108 ss.

Invero, anche le forme (la grammatica<sup>103</sup>) della responsabilità sono molteplici, e non si riducono affatto allo schema individuale e sanzionatorio tradizionale, soprattutto di fronte ai nuovi problemi che si riconducono all'istanza intergenerazionale.

La responsabilità può essere anche «orientamento a monte delle scelte di azione», a prendere sul serio i propri doveri, primo fra tutti quello del *neminem laedere*<sup>104</sup>: una responsabilità “prospettica”, che non è solo “risposta” ma “iniziativa”, “compito”, un prendersi cura in anticipo<sup>105</sup>.

Dunque, il carattere inedito dei problemi e dei rischi che vanno emergendo sul registro intertemporale (e intergenerazionale), giustifica e legittima una responsabilità “anticipata”, che si traduce in una serie di doveri specifici delle generazioni presenti di preservare, attraverso le proprie scelte e decisioni di uso delle risorse disponibili, le condizioni essenziali di una vita dignitosa e dell'equilibrio naturale e ambientale. Questi doveri sono giuridici, nel senso che discendono da (e si ricordano a) norme e principi di rango costituzionale e internazionale<sup>106</sup>, che appaiono in grado fin da ora di strutturare una responsabilità collettiva<sup>107</sup> e istituzionale, legittimando strategie normative e amministrative, e bilanciamenti giurisprudenziali.

Il dualismo diritti (delle generazioni future)/doveri (delle generazioni presenti) è in realtà solo apparente, e non ha senso assumerlo come uno schema oppositivo, del tipo “aut-aut”.

In primo luogo, le due prospettive presentano evidenti livelli di complementarietà e di reciproca integrazione. L'argomento dei diritti può rafforzare l'ipotesi della responsabilità, e d'altro canto, parlare di doveri *future-oriented* nel tempo presente implica che dietro la condizione dei soggetti che verranno, sono individuati e riconosciuti interessi meritevoli di tutela<sup>108</sup>, anche se non necessariamente “diritti”<sup>109</sup>. In entrambi i casi, poi, il diritto (e il ragionamento giuridico) persegue la produzione di risultati obbligatori, non affidati alla mera disponibilità altruistica delle *current generations*.

<sup>103</sup> L'espressione grammatica della responsabilità è di J.L. GENARD, *La grammaire de la responsabilité*, Paris, 1999. Sul concetto di responsabilità come “open texture”, v. le approfondite riflessioni di G. GORGONI, *La responsabilità come progetto. Primi elementi per un'analisi giuridica di responsabilità prospettica*, in *Diritto e Società*, 2009, 259 ss.

<sup>104</sup> Per F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Roma-Bari, 1997, 340, «il non danneggiare gli altri, [...] ora ha assunto proporzioni gigantesche».

<sup>105</sup> Su questo concetto di responsabilità, ripreso dalle riflessioni di Hart sulla *role-responsibility*, e di Paul Ricoeur, v. ancora l'interessante saggio di G. GORGONI, *La responsabilità come progetto*, cit., 257-258, 267 ss., 275 ss., che appunto ascrive alla sfera della responsabilità il concetto di «imputare prima ancora che rispondere», identificandola quale capacità, attitudine soggettiva, prima ancora che conseguenza imputata a posteriori, e affermando che bisogna «valorizzare l'esercizio della responsabilità piuttosto che quello della sua imputazione postuma».

<sup>106</sup> Parla di un principio costituzionale di responsabilità intergenerazionale, R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, cit., 138 ss.

<sup>107</sup> G. GORGONI, *La responsabilità come progetto*, cit., «secondo cui la precauzione proietta così l'idea di responsabilità-virtù in una dimensione collettiva, [...] l'esercizio condiviso delle responsabilità è infatti mediato dalla presenza di istituzioni (giuridiche, sociali, ecc.) che sono vere e proprie infrastrutture di responsabilità (che) contribuiscono attivamente a strutturarla, forgiando attitudini etiche e atteggiamenti pratici».

<sup>108</sup> A. D'ALOIA, *I diritti come immagini in movimento. Tra norma e cultura costituzionale*, in *Id.* (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, LXXVII. Non a caso, in diverse disposizioni costituzionali che si riferiscono agli obblighi di conservazione delle risorse naturali, o di “*trusteeship*”, il “*reverse*” del dovere statale (pubblico) è qualificato come “*right*” o “*benefit*”.

<sup>109</sup> Sul fatto che siano configurabili doveri cui non corrispondono diritti altrui, v. la classica voce di S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 91 ss.

L'aspetto più interessante di questa integrazione riguarda il modo stesso di intendere i diritti, che di fatto hanno sempre recitato la parte del protagonista nel costituzionalismo moderno incentrato sull'uomo.

Alcuni diritti, come abbiamo già anticipato, assumono e rivelano una "qualità" peculiare.

I beni che alimentano la prospettiva intergenerazionale rappresentano per le generazioni di volta in volta "current", diritti fondamentali: diritto (o meglio diritti, al plurale) all'ambiente (oggi anche alla stabilità climatica<sup>110</sup>), alla tutela e fruizione del patrimonio culturale, ad uno sviluppo sostenibile e globale, ad una pensione adeguata alle esigenze connesse alla dignità umana.

Proprio il carattere intrinsecamente *cross-temporal* di questi diritti ne rivela un tratto che non è comune, o almeno non lo è con questa intensità, ad altre situazioni descritte come diritti fondamentali: questi diritti nascono già con una impronta deontologica e "ragionevole".

In altre parole, si tratta di diritti che incorporano il tema della responsabilità verso gli altri, il farsi carico della conservazione e della continuità per gli altri e nel tempo (e quindi anche per gli "altri nel futuro") delle condizioni sostanziali che ne costituiscono il presupposto, la necessità di rivendicarli e di usare le risorse che sono l'oggetto di questi diritti in modo sostenibile, ragionevole, non eccessivo, "custodiale"<sup>111</sup>, sul presupposto che «la disponibilità dei beni del pianeta» non è infinita, e che perciò è inaccettabile «spremerlo fino al limite e oltre il limite»<sup>112</sup>.

Più che in altri contesti, gli *environmental rights*, o gli altri "oggetti" della tutela intergenerazionale, producono un legame di responsabilità e di "ascolto", sono "sociali" nel senso che la pretesa individuale è costretta a confrontarsi con le esigenze degli altri<sup>113</sup> (nel tempo, oltre che nello spazio), esprimono un contenuto deontico, nel quale «l'oggetto del diritto, quanto al suo valore, si pone sullo stesso piano del soggetto»<sup>114</sup>.

Diritti e doveri insieme, i secondi come elementi di integrazione e di "comprensione" dei primi, e non solo come limite esterno o "controparte" legata ad un soggetto distinto dal titolare del diritto. È una prospettiva, questa, che è in fondo – guardando a noi – la cifra identificativa del personalismo costituzionale, della sua dimensione sociale e solidaristica: l'art. 2 ne è una plastica rappresentazione.

<sup>110</sup> S. VANDERHEIDEN, *Atmospheric Justice*, cit., 141.

<sup>111</sup> Sulle generazioni presenti come «*custodians rather than owners of the planet*», v. B. BARRY, *Justice between generations*, in P.M.S. HACKER, J. RAZ (eds.), *Law, Morality, and Society: Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford, 1979, 284.

<sup>112</sup> Le frasi tra virgolette sono tratte da PAPA FRANCESCO, *Laudato si. Sulla cura della casa comune*, Bologna, 85.

<sup>113</sup> Come scrive G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, 1997, 98, «proprio la più recente generazione dei diritti, i diritti all'ambiente, esalta un'intrinseca contraddizione del modello *rights-based*, perché semmai la tutela dell'ecosistema presuppone una limitazione delle pretese individuali e implica doveri».

<sup>114</sup> Per U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011, 52, «un bene comune, [...], non può concepirsi come un mero oggetto, una porzione tangibile del mondo esterni. Non può essere colto con la logica meccanicistica e riduzionistica tipica dell'illuminismo, che separa nettamente il soggetto dall'oggetto. [...] Noi non abbiamo un bene comune (un ecosistema, dell'acqua), ma in un certo senso "siamo" (partecipi del) bene comune».

La solidarietà, che è consapevolezza e responsabilità verso il destino di ognuno, è la chiave di sintesi e di (ri)composizione tra diritti e doveri: e la solidarietà, come ha scritto da ultimo Rodotà<sup>115</sup>, «pur immersa nel presente, non è immemore del passato e impone di contemplare il futuro».

Una solidarietà che non è (solo) “mutualità”, o perlomeno non lo è in modo diretto: è invece un esercizio di “*ecological auto-discipline*”<sup>116</sup>, che trova il suo fondamento nella consapevolezza di condividere il pianeta con chi vivrà domani, e di come le nostre scelte attuali possono riflettersi sui contesti futuri. A questa stregua, il discorso sui diritti (o interessi) delle generazioni future, ovvero sui doveri delle generazioni presenti nei loro confronti, non è semplicemente un arricchimento quantitativo del variegato mondo degli *human rights* o delle situazioni legate al soggetto, ma un modo di ripensare aspetti fondamentali della teoria dei diritti e del costituzionalismo in generale.

Il presentismo è una versione (più pericolosa e subdola perché manca la voce diretta degli interessi contrapposti) dell’individualismo. Entrambi sono una degenerazione del personalismo costituzionale e del principio di dignità dell’uomo<sup>117</sup>. Come ho scritto altrove<sup>118</sup>, «dimenticando gli altri di oggi e rimuovendo gli altri che verranno, i diritti espungono da sé la solidarietà e la responsabilità, allontanandosi così dal loro significato costituzionale più autentico».

## 9. Strumenti per un diritto (e una politica) intergenerazionale.

Il riconoscimento costituzionale – in diverse forme – del paradigma intergenerazionale e del principio di sostenibilità, costituisce un punto di arrivo importante, anche se tutt’altro che scontato o pienamente acquisito.

È chiaro però che le norme costituzionali da sole non bastano. Tremmel ha parlato di «*institutionalization of intergenerational justice*»<sup>119</sup>, sottolineando che il riconoscimento costituzionale deve essere riversato all’interno di procedure normative e amministrative, meccanismi processuali, istituzioni di tutela.

In effetti, negli ultimi venti anni, il tema delle generazioni future e dei loro interessi è rimbalzato anche sul versante normativo sub-costituzionale. Guardando a noi, leggi statali, leggi e Statuti regionali, sempre più diffusamente identificano anche nelle generazioni future i destinatari di politiche di protezione e di promozione, sia nei campi “classici” (per questo tema) della tutela dell’ambiente, del paesaggio e

<sup>115</sup> S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 3. Anche per M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Rivista Critica di Diritto privato*, 2011, 116 ss., «l’idea è che i diritti fondamentali possano acquistare una dimensione diversa – ed essere componente costitutiva della gestione del bene – se visti nella prospettiva della solidarietà sociale».

<sup>116</sup> Sulla derivazione dall’art. 2 Cost. Italiana di un dovere di solidarietà ambientale, v. G. GRASSO, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Politica del Diritto*, 4, 2003, 581 ss.

<sup>117</sup> Per P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, cit., 167, «il riferimento all’altro, al prossimo, al tu e al fratello, [...], è parte integrante del principio di dignità dell’uomo come principio fondamentale. [...] L’uomo è prossimo nel presente e, come membro della catena delle generazioni, prossimo nel futuro».

<sup>118</sup> R. BIFULCO, A. D’ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, cit., XIX.

<sup>119</sup> J. TREMMEL, *Establishing intergenerational justice in national constitutions*, cit., 189.

delle risorse naturali, sia con riferimento alla sicurezza alimentare, alla pianificazione del territorio, alle disuguaglianze, all'identità regionale<sup>120</sup>.

Infine, l'argomento intergenerazionale riecheggia, in termini via via più significativi e diretti, nella giurisprudenza della Corte costituzionale. È sufficiente ricordare, da ultimo, la sent. 18 del 2019, in tema di rimodulazione dei piani di riequilibrio finanziario pluriennale degli enti locali in predissesto.

Al di là dell'elevato tecnicismo dei problemi trattati, alcune affermazioni di questa decisione sono particolarmente rilevanti rispetto al tema intergenerazionale. per la Corte, «l'equità intergenerazionale comporta, altresì, la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo»; e ancora, «il succedersi di norme che diluiscono nel tempo obbligazioni passive e risanamento sospingono inevitabilmente le scelte degli amministratori verso politiche "di corto respiro", del tutto subordinate alle contingenti disponibilità di cassa».

Dunque, si assiste, sul piano giuridico, ad un'evoluzione notevole che sarebbe sbagliato sottovalutare, mentre tuttavia permangono, sul piano politico, le pericolose abitudini del passato a scaricare sul futuro i problemi finanziari del tempo presente, con istituti sempre più fantasiosi ed "automatici": come considerare altrimenti le clausole di salvaguardia come quella sull'aumento dell'IVA, se non l'ennesimo rattoppo oggi rinviando a domani tutte le difficoltà e le conseguenze negative che un provvedimento del genere può determinare?

Il problema vero è cosa fare in concreto, come portare (e chi può farlo meglio) gli interessi delle generazioni future nei giudizi, e nei procedimenti legislativi e amministrativi.

Il problema della rappresentanza delle generazioni future, di come "dare voce" a chi non c'è (ancora), e quindi non può parlare né difendere in nessun modo i suoi interessi, si pone in primis nei procedimenti normativi e amministrativi.

Possiamo dire che questo è il cuore di quelle che Brown Weiss ha chiamato le «*implementation strategies*»<sup>121</sup> dell'istanza intergenerazionale.

Prime sperimentazioni di organi amministrativi indipendenti, Ombudsman, Commissioni consultive, hanno cominciato ad esserci in vari ordinamenti, come Israele, Francia, Ungheria, Finlandia.

Rappresentare adeguatamente gli interessi delle generazioni future non è solo una questione di organismi speciali, di autorità espressamente dedicate a questo compito nei procedimenti decisionali normativi e amministrativi ai più vari livelli. Altrettanto importante è *come* sono strutturati i procedimenti.

Al Gore ha sottolineato che l'orientamento al futuro dei meccanismi decisionali pubblici, come pure dei comportamenti privati, richiede il consolidamento di un grande «scopo morale comune»<sup>122</sup>. Perché

<sup>120</sup> Per una rassegna, v. R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, cit., XXII; e A. CARLO, *Sviluppo sostenibile e politiche regionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 495 ss.

<sup>121</sup> E. BROWN WEISS, *In fairness to future generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, Tokyo, 1989, 119 ss. Anche per D. THOMPSON, *In rappresentanza delle generazioni future*, cit., 29, «abbiamo bisogno di nuove istituzioni, o di nuovi apparati delle vecchie istituzioni, per fornirci di questo sguardo più chiaro (l'A. parla di "lenti bifocali: i cittadini, e i loro rappresentanti oggi, debbono riuscire a vedere con chiarezza non solo i propri bisogni democratici, ma anche quelli dei cittadini del futuro")», in maniera da permetterci di estendere la distanza alla quale arriva la democrazia».

<sup>122</sup> A. GORE, *L'assalto alla ragione*, Milano, 2007, 195.

ciò si realizzi, occorre che i procedimenti siano disegnati in modo da funzionare come “contesti di apprendimento”, una sorta di “*institutional learning*”<sup>123</sup> che favorisca e promuova la consapevolezza degli impatti futuri delle nostre scelte, la responsabilità verso gli altri (anche se lontani nel tempo), la condivisione informata di problemi e soluzioni<sup>124</sup>.

Come è stato attentamente evidenziato a proposito dei beni comuni, che sono poi in larga parte beni “intergenerazionali”<sup>125</sup>, tali beni richiedono un diritto-dovere di cura da parte dei cittadini, presuppongono la sussidiarietà nella sua versione sociale, “orizzontale”

La partecipazione di NGO, soggetti rappresentativi di interessi diffusi, autorità speciali per la tutela degli interessi delle generazioni future, potrebbe (e dovrebbe) essere garantita anche nei procedimenti legislativi, utilizzando in chiave intertemporale e intergenerazionale alcuni istituti già esistenti, come le indagini conoscitive e le audizioni<sup>126</sup>, ovvero l’analisi di impatto della regolazione<sup>127</sup> o l’analisi di fattibilità delle leggi.

La qualità di una legge deve essere misurata anche nella sua capacità di tener conto degli effetti nel tempo delle sue previsioni, nella sostenibilità delle misure adottate, quando la regolazione proposta e adottata incide su questi beni che hanno una dimensione *cross-generational*.

Alcune proposte di *institutional adaptation* all’istanza intergenerazionale hanno toccato finanche il tema della rappresentanza politica e della composizione delle assemblee parlamentari.

Alcuni autori hanno proposto di graduare la titolarità del diritto di voto sulla base della maggiore e minore ampiezza del nucleo familiare, nella convinzione che chi ha figli è naturalmente portato a ragionare in senso intergenerazionale, ovvero di limitare l’età del voto (anche) dall’alto, fissando cioè un limite massimo di età<sup>128</sup>. Altri hanno ipotizzato misure “positive” volte ad incrementare la partecipazione dei giovani alla vita politica<sup>129</sup>.

<sup>123</sup> Cfr. M. JACOBS, *Sustainable Development as a Contested Concept*, in A. DOBSON (ed.), *Fairness and Futurity. Essays on Environmental Sustainability and Social Justice*, Oxford, 1999, 29.

<sup>124</sup> Cfr. G. OSTI, *Reciprocità e sviluppo sostenibile*, in *Stato e Mercato*, 1999, 335 ss., il quale sottolinea l’importanza di determinare, attraverso i meccanismi di partecipazione o il volontariato ambientale, momenti di elaborazione di consenso, di fiducia, di responsabilità, e reciprocità positiva.

<sup>125</sup> S. SETTIS, *Azione popolare*, cit., 201.

<sup>126</sup> Vedi P. TORRETTA, *Responsabilità intergenerazionale e procedimento legislativo. Soggetti, strumenti e procedure di positivizzazione degli interessi delle generazioni future*, in R. BIFULCO, A. D’ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 710 ss.

<sup>127</sup> Sulla valutazione di impatto intergenerazionale (o “Dichiarazione d’impatto sulla posterità”) v. A. FASANO, N. MIGNOLLI, *L’impatto intergenerazionale nella valutazione delle politiche: metodologie ed esperienze a confronto*, in G. CORDELLA, E.S. MASI (diretto da), *Condizione giovanile e nuovi rischi sociali. Quali politiche?*, Roma, 2012; e D. THOMPSON, *In rappresentanza delle generazioni future.*, cit., 26, secondo cui «i governi dovrebbero dimostrare che la loro azione si è resa necessaria per realizzare la volontà della presente maggioranza, e che nessun’altra condotta, in grado di vincolare in misura minore le maggioranze future, avrebbe ottenuto questo fine a costi ragionevoli».

<sup>128</sup> Per una rassegna di queste proposte, v. A. GOSSERIES, *Lo scetticismo sui diritti delle generazioni future*, cit., 29-30; P. VAN PARIJS, *The disfranchisement of the elderly and other attempts to secure intergenerational justice*, in *Philosophy and Public Affairs*, 27, 1998, 292 ss.

<sup>129</sup> Cfr., in tema, G. MAJORANA, *Il patto fra generazioni negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Torino, 2012, 223 ss.; J. TREMMEL, *Establishing intergenerational justice in national constitutions*, cit., 211. Un gruppo di ragazzi in Germania ha presentato ricorso al BVG per ottenere l’eliminazione del limite minimo di età per il voto (il ricorso è del 7/7/2014); per notizie sulla vicenda, v. il sito [www.intergenerationaljustice.org](http://www.intergenerationaljustice.org).

La prima proposta (oggi rilanciata nel dibattito politico italiano dal fondatore del M5S) sembra effettivamente oltre i limiti della tollerabilità costituzionale, scardinando il principio dell'eguaglianza del voto, che è il pilastro irrinunciabile della democrazia rappresentativa e parlamentare (Corte Cost., sent. 1 del 2014)<sup>130</sup>, e lo stesso diritto fondamentale di concorrere alle scelte democratiche e alla sovranità. Sulla seconda si può invece discutere: meccanismi di promozione della presenza di giovani nelle assemblee parlamentari (e nelle altre assemblee locali), purchè non articolati secondo schemi rigidi e automatici (tipo quote, riserve di posti, ordine alternato delle liste), potrebbero rappresentare un fattore di "arricchimento" della democrazia, mantenendo un profilo di compatibilità con l'eguaglianza del voto e il carattere generale della rappresentanza (artt. 3, 51, 67 Cost.), sulla base di ragionamenti che, almeno in parte, sono quelli che hanno portato il Giudice costituzionale ha giustificare gli strumenti della rappresentanza di genere (Corte Cost., sent. nn. 49/2003, 4/2010)<sup>131</sup>.

In sintesi, per concludere, la questione intergenerazionale è ormai dentro l'orizzonte giuridico e bioetico, nonostante i complessi problemi teorici che si trascina dietro, e la parzialità dei meccanismi di implementazione finora adottati.

Il livello normativo costituzionale è sicuramente coinvolto in questo processo di incorporazione nel diritto del problema morale di proteggere le generazioni future e di garantire ad esse condizioni e contesti di vita non irrimediabilmente compromessi.

D'altronde, se la funzione delle costituzioni è da sempre quella di promuovere e mantenere possibilità di convivenza rispettose dei diritti fondamentali dei popoli e delle persone, i problemi riconducibili alla *intergenerational issue* e al principio di sostenibilità non si possono più eludere, per la ragione semplicissima che essi mettono a rischio proprio questi obiettivi di base di ogni progetto costituzionale.

*Ethics for a Broken World*, è il titolo di un libro di Tim Mulgan sui rischi della indifferenza verso il mondo del futuro. Al costituzionalismo, alla sua capacità di incorporare il discorso intergenerazionale, il compito di costruire un'alternativa alla frantumazione, e – come scrive Al Gore – «*alla possibilità che la civiltà come la conosciamo giunga alla fine*»<sup>132</sup>.

<sup>130</sup> Perplexità sono espresse anche da M. HARTWIG, *La Costituzione come promessa del futuro*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 69.

<sup>131</sup> In argomento, sia consentito rinviare ad A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 359 ss., 433 ss.

<sup>132</sup> A. GORE, *Il mondo che viene*, cit., 32, 503.

## Gli esseri animali quali “res senzienti”

Francesca Rescigno\*

ANIMAL BEINGS AS “SENTIENT RES”

ABSTRACT: Animal beings’ rights have long been ignored, the main data of legal systems being anthropocentrism that assumes human beings’ superiority. Recently, subjectivity of animals as sentient beings has been gaining acceptance both by science and philosophy, possibly entailing legal subjectivity although most law systems still defend human prerogatives. This paper outlines the evolution of legal provisions and regulations concerning animal beings, both in Italy and in Europe. The Lisbon treaty and its repercussions, and the evolving EU regulations that restrict experimentation on animals are analyzed. Balancing human and animal being interests will be a challenging target for contemporary jurists.

KEYWORDS: Animals; rights; anthropocentrism; legal systems; subjectivity

SOMMARIO: 1. Breve introduzione – 2. Dall’antropocentrismo alla senzietà: come la filosofia, la scienza e il diritto si confrontano con la questione animale – 3. L’approccio giuridico alla questione animale – 3.1 Il diritto positivo italiano – 3.2 Le suggestioni europee e l’animale quale essere senziente – 3.3 Gli esseri animali quali “res senzienti”. Cambiare è possibile?

### 1. Breve introduzione

Il saggio si propone di indagare la questione animale esaminandola sia dal punto di vista filosofico che scientifico, per poi concentrarsi specificamente sull’approccio giuridico. Il trattamento degli esseri animali non costituisce un tema inedito essendo oggetto di riflessione già da lungo tempo, ciò che però si cerca di evidenziare con questo saggio è l’importanza del diritto nella definizione della questione animale perché solo attraverso l’adozione di chiare regole giuridiche sarà possibile concretizzare la senzietà animale già affermata dall’articolo 13 del Trattato di Lisbona. In questo momento infatti gli esseri animali si trovano in una situazione alquanto particolare poiché, malgrado venga loro riconosciuta “senzietà” all’interno di un Trattato europeo, tale caratteristica non sembra avere un effettivo contenuto giuridico per cui ancora oggi la discrezionalità degli ordinamenti giuridici in materia è pressoché totale ed il risultato è il perdurare di uno spiccato antropocentrismo giuridico, che quando tutela gli esseri animali lo fa solo al fine di preservare e proteggere interessi delle presenti e future generazioni umane. Il diritto deve dunque abbandonare il rassicurante atteggiamento antropocentrico concretizzando “l’antispecismo giuridico”, in modo da bilanciare gli interessi di esseri appartenenti a specie differenti ma comunque tutti meritevoli di tutela giuridica. Solo il diritto infatti può costruire un nuovo rapporto giuridico (ma non solo) uomo-animale, affermando un’efficace

\* Professoressa associata di Istituzioni di Diritto Pubblico, Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali – Università di Bologna. Mail: [francesca.rescigno@unibo.it](mailto:francesca.rescigno@unibo.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

consapevolezza legislativa della specificità animale e divenendo il fulcro di un rinnovato bio-centrismo. Il fine è la realizzazione di un nuovo rapporto tra essere umano, essere animale e ambiente in cui entrambi vivono. Tale risultato si può raggiungere, a parere di chi scrive, solo grazie all'antispecismo giuridico ancora oggi purtroppo meta lontana e così il giurista contemporaneo si trova a confrontarsi con un complesso paradosso giuridico in cui gli esseri animali sono "res" benché dotati di senzietà. Superare l'odiosa discriminazione specista, attuare il principio di eguaglianza al di là della barriera della specie, riaffermare la solennità dei Trattati europei grazie ad un nuovo equilibrio biocentrico. Questo è il compito del moderno giurista che non deve cedere all'intransigenza abolizionista ma riempire di significato giuridico il protezionismo "science-based", che crede nel benessere animale e in un rapporto nuovo tra esseri animali ed esseri umani.

## 2. Dall'antropocentrismo alla senzietà: come la filosofia, la scienza e il diritto si confrontano con la questione animale

La questione animale non costituisce un tema marginale e, contrariamente a quanto si potrebbe pensare, nemmeno un problema recente in quanto accompagna la storia del pensiero umano da molto tempo, forse da sempre<sup>1</sup>. Filosofia, scienza e diritto hanno affrontato tale questione sviluppando atteggiamenti diversi anche se è comunque evidenziabile una comune volontà di evolvere da posizioni chiuse e sostanzialmente antropocentriche verso una considerazione nuova e maggiormente rispettosa degli esseri animali, seppure tale cammino si sia sviluppato in maniera differente a seconda del periodo storico e del settore di riferimento.

In tale ottica si evidenzia come l'approccio giuridico rispetto alla questione animale risulti decisamente caratterizzato da un forte antropocentrismo, per cui l'autoreferenzialità dei sistemi giuridici costruisce il diritto unicamente intorno alla figura dell'essere umano considerando la posizione degli esseri animali al massimo in un'ottica protezionistica, per cui gli animali divengono oggetto di tutela e protezione solo perché così facendo si preservano interessi delle presenti e delle future generazioni umane<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> In tutte le epoche sono infatti rinvenibili tentativi di disciplina del rapporto tra esseri umani ed esseri animali. Persino Socrate chiese nell'agorà una pesante pena per un giovane che si era divertito ad accecare una rondine affermando che costui non sarebbe mai stato un buon cittadino ateniese, perché chi dimostra istinti crudeli verso creature più deboli manca potenzialmente delle capacità di convivenza e di rispetto della vita civile anche con i propri simili. Testimonia la rilevanza dell'interesse giuridico nei confronti degli esseri animali nel diritto romano una disposizione del 316 d.C. che stabiliva «*Equos, qui pubblico cursui deputati sunt, non lignis vel fustibus, sed flagellis tantummodo agitari decernimus: poena non defutura contra eum, qui aliter fecerit*», mentre nel Capitulare III dell'803 di Carlo Magno si legge: «*Quiconque peut coupé le piol de l'épaule droite de son chien, sera ajourné a notre Cour*». Ancora, nel Medioevo, gli animali potevano addirittura essere considerati punibili per i reati commessi, si narra infatti che nel gennaio del 1457, a Saigny-sur Etang, in Borgogna una scrofa e sei maialini furono processati per aver ucciso e divorato un bambino. I maialini in considerazione della loro giovane età, nonché dell'influenza *corruttrice* della madre, furono "graziati", mentre la scrofa fu ritenuta colpevole e impiccata. Su tale fatto cfr. T. REGAN, *Diritti animali, obblighi umani*, Torino, 1987, 7.

<sup>2</sup> Quanto accade agli esseri animali è avvenuto anche rispetto alla tutela dell'ambiente e della biodiversità a lungo considerati solo nell'ottica della sopravvivenza umana. È infatti un dato consolidato che il genere umano dipende dagli ecosistemi per tutta una serie di servizi essenziali, fra cui la fornitura di alimenti e materiali, la cattura di biossido di carbonio dall'atmosfera, l'approvvigionamento di acqua potabile, la protezione del terreno dall'erosione, la regolazione della composizione chimica dell'atmosfera, la regolazione del clima locale e globale,

La sostanziale chiusura degli ordinamenti giuridici nei confronti degli esseri animali non deve essere considerata un ostacolo insormontabile poiché anche fra gli stessi esseri umani sono state operate varie forme di discriminazione riservando trattamenti privilegiati solo ad alcune categorie. Questo dimostra che il diritto non nasce perfetto ma che è suscettibile di continui aggiustamenti. E così come le diseguaglianze tra esseri umani sono state – almeno in parte – erose dalla lenta ma continua evoluzione dei diritti che si è mossa lungo due differenti direttrici strettamente collegate: e cioè l’emergere di nuove necessità sociali e quindi di inedite categorie di diritti, e conseguentemente di nuovi soggetti pronti a reclamare tali diritti; è altrettanto possibile che la sorte giuridica degli esseri animali possa evolversi verso situazioni di riconoscimento giuridico, anche se fino ad ora la barriera della “specie” ha rappresentato una sorta di limite invalicabile al di là del quale si trova il “nulla giuridico”.

L’atteggiamento marcatamente antropocentrico non è una prerogativa esclusiva dell’approccio giuridico, permeando anche la riflessione storico-filosofica e soprattutto quella religiosa; tale comunanza interpretativa seppure non giustifichi la visione giuridica prettamente antropocentrica facilita la comprensione delle radici dell’antropocentrismo giuridico.

Dal punto di vista filosofico, senza voler addentrarsi in un’approfondita ricostruzione che non ci compete, vale la pena evidenziare come l’approccio antropocentrico trovi giustificazione sia in dati meramente fisici, come ad esempio la posizione dell’uomo eretto e piantato sui piedi ed il possesso delle mani (Platone); che in dati psicologici-razionali, come la razionalità (Aristotele). Tale ideale risulta suffragato anche dalla riflessione cristiana e da una lettura fortemente umanistica della Bibbia, per cui la presunta superiorità umana è sancita dal fatto che Dio ha creato «l’uomo a sua propria immagine» (*Genesi*, 1, 26, 28) e che solo l’uomo è dotato di un requisito fondamentale che è l’anima, testimonianza della sua superiorità su tutte le altre creature (Tommaso d’Aquino)<sup>3</sup>. Su tali presupposti si basa la

---

il mantenimento della diversità biologica e genetica, la produzione di ossigeno e di materie prime per uso personale ed industriale; queste sono solo alcune delle funzioni che l’ambiente può svolgere ed in cui sono fortemente coinvolte le diverse specie dell’ecosistema. Le caratteristiche funzionali delle specie influenzano fortemente le proprietà ecosistemiche per cui la diversità biologica è, in generale, in stretta relazione con la stabilità ambientale e ciò sta a significare che quanto più un ambiente è diversificato, tanto meno è vulnerabile. Il concetto di base consolidato ed affermato dalle Convenzioni internazionali è che il nostro benessere dipende anche dalla natura, motivo per cui la biodiversità è ritenuta una risorsa preziosa per il pianeta, che offre vantaggi diretti per l’uomo, e determina la capacità degli esseri viventi di adattarsi e resistere al cambiamento. Il termine “diversità biologica” è stato usato per la prima volta dal conservazionista Raymond Dasmann nel 1968, in relazione a concetti di conservazione delle specie e degli ecosistemi, successivamente soltanto negli anni Ottanta ha iniziato a diffondersi una maggiore consapevolezza di tale concetto nell’ambito delle generali politiche ambientali. Per un approfondimento sul tema cfr. R.S. FREDRIC, *A Different Kind of Country*, New York, 1968; F. TERRAGNI, E. RECCHIA, *Biodiversità*, in *Dizionari dello sviluppo sostenibile*, in *Equilibri I*, 2, 1997; M.J. NOVACEK, *The biodiversity crisis: losing what counts*, New York, 2001; A. HECTOR, R. BAGCHI, *Biodiversity and ecosystem multifunctionality*, in *Nature*, 448, 2007, 188; R. SANTOLINI, *Servizi ecosistemici e sostenibilità*, in *Ecoscienza*, 3, 2011, 20; P. FANTILLI, C. COSTANTINI, *Gli animali selvatici e la tutela della biodiversità*, in S. CASTIGNONE, L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2012, 351.

<sup>3</sup> Vale la pena ricordare che anche in tempi remoti c’è stato chi si è dissociato dalla maggioranza per affermare la sensibilità degli esseri animali, in tal senso cfr. PLUTARCO, *Del mangiare carne*, in *Opuscoli morali*, Firenze, tomo IV, 1820, 207 ss; G. INDELLI (a cura di), PLUTARCO, *Le bestie sono esseri razionali*, Napoli, 1995; A. ZINATO (a cura di), PLUTARCO, *Le virtù degli animali*, Venezia, 1995; L. INGLESE, G. SANTESE (a cura di), PLUTARCO, *Il cibarsi di carne*, Napoli, 1999.

definizione cartesiana degli animali quali «bruti privi di pensiero», creature considerate alla stregua di automi, macchine prive di intelligenza e consapevolezza<sup>4</sup>.

La chiusura verso la sensibilità animale è stata progressivamente sconfessata da una parte del pensiero filosofico capace di evolversi oltre l'antropocentrismo comprendendo che questo non coincide con la condizione umana: infatti, anche se l'uomo crea l'etica, come ogni altro sistema di valori (tra i quali il sistema normativo), tali "creazioni" non sono necessariamente antropocentrate, e nulla effettivamente osta all'estensione della considerazione morale anche ad altri soggetti per promuovere una visione in cui integrità umana e integrità naturale si richiamano reciprocamente<sup>5</sup>. Si collocano in quest'ottica le riflessioni filosofiche animaliste a partire dalla "morale della simpatia", elaborata alla metà del '700, che sottolinea come gli esseri animali, nel compiere le azioni quotidiane, appaiono guidati da un certo grado di razionalità che, pur differendo da quella degli umani, è da riconoscersi come ragione e non mero istinto. Anche gli animali indirizzano le proprie azioni per evitare il dolore ed ottenere la gioia, e per questo gli umani, nei confronti degli animali, devono limitarsi alle azioni che procurano

<sup>4</sup> Così scriveva Cartesio nel novembre del 1646: «*Or il est, ce me semble, fort remarquable que la parole, étant ainsi définie, ne convient qu'à l'homme seul. Car, bien que Montagne et Charon aient dit qu'il y a plus de difference d'homme à homme, que d'homme à bête, il ne s'est toutefois jamais trouvé aucune bête si parfaite, qu'elle ait usé de quelque signe, pour faire entendre à d'autres animaux quelque chose qui n'eût point de rapport à ses passions; et il n'y a point d'homme si imparfait, qu'il n'en use; en sorte que ceux qui sont sourds et muets, inventent des signes particuliers, par lesquels ils expriment leurs pensées. Ce qui me semble un très fort argument pour prouver que ce qui fait que les bêtes ne parlent point comme nous, est qu'elles n'ont aucune pensée, et non point que les organes leur manquent. Et on ne peut dire qu'elles parlent entre elles, mais que nous ne les entendons pas; car, comme les chiens et quelques autres animaux nous expriment leur passion, ils nous exprimeraient aussi leurs pensées, s'ils en avaient. Je sais bien que les bêtes font beaucoup de choses mieux que nous, mais je ne m'en étonne pas; car cela même sert à prouver qu'elles agissent naturellement et par resorts, ainsi qu'une horloge, laquelle montre bien mieux l'heure qu'il est, que notre jugement ne nous l'enseigne. Et sans doute que, lorsque les hirondelles viennent au printemps, elles agissent en cela comme des horloges. [...] On peut seulement dire que, bien que les bêtes ne fassent aucune action qui nous assure qu'elles pensent, toute-fois, à cause que les organes de leurs corps ne sont pas fort different des nôtres, on peut conjecturer qu'il y a quelque pensée jointe à ces organes, ainsi que nous expérimentons en nous, bien que la leur soit beaucoup moins parfait. A quoi je n'ai rien à répondre, sinon que, si elle pensaient ainsi que nous, elles auraient une âme immortelle aussi bien que nous; ce qui n'est pas vraisemblable, à cause qu'il n'y a point de raison pour le croire de quelques animaux, sans le croire de tous, et qu'il y en a plu-sieurs trop imparfaits pour pouvoir croire cela d'eux, comme sont les huîtres, les éponges, etc.*».

<sup>5</sup> Allo stesso modo anche la religione cattolica ha modificato il suo approccio di chiusura e durante il pontificato di Giovanni Paolo II, nella *Sollicitudo rei socialis*, il Papa ha spronato i teologi a studiare il rapporto uomo-animale, perché il credente, con una rinnovata responsabilità, deve prendere sul serio la creazione e ha il compito di custodire, coltivare e portare a compimento quanto Dio gli ha consegnato. Ancora, nel corso di un'udienza del mercoledì, nel gennaio del 1990, il Pontefice ha affermato che: «La Genesi ci mostra Dio che soffia sull'uomo il suo alito di vita. C'è dunque un soffio, uno spirito che assomiglia al soffio e allo spirito di Dio. Gli animali non ne sono privi. [...] Sotto questo aspetto l'uomo, uscito dalle mani di Dio, appare solidale con tutti gli esseri viventi». Ha ripreso dunque il passo della Bibbia ove si afferma: «c'è un solo soffio vitale per tutti. Non esiste superiorità dell'uomo rispetto alle bestie, perché tutto è vanità» (Qo 3, 19-21). Sul pensiero "animalista" cattolico cfr. B. D'AGUI, *Gli animali nella dimensione divina*, Roma, 1984, 9; M. DAMIEN, *Gli animali, l'uomo e Dio*, Casale Monferato, 1987; DON M. CANCIANI, *Nell'arca di Noè. Religioni e animali*, Padova, 1990; P. DE BENEDETTI, *Uomini e animali di fronte a Dio*, in P. STEFANI (a cura di), *Gli animali e la Bibbia. I nostri fratelli minori*, Roma, 1994.

gioia<sup>6</sup>. Questo primo riconoscimento della capacità animale di provare dolore e sofferenza costituisce la base di partenza della “teoria dell’utilità” che va oltre l’illuminismo razionalistico e astratto sostituendo al criterio della ragione quello più concreto dell’utilità, per cui il fine principale della morale, ma anche del diritto, deve essere quello di cercare di procurare la massima felicità possibile al maggior numero di uomini, o meglio cercare di evitare al maggior numero di uomini ogni sofferenza ingiustificata. Considerando la possibilità per gli esseri animali di soffrire, l’utilitarismo afferma che così come rappresenta un dovere morale il preoccuparsi dei piaceri e delle sofferenze degli esseri umani, allo stesso modo deve esserlo per gli esseri animali<sup>7</sup>. Dall’utilitarismo si evolve la riflessione del c.d. “neoutilitarismo”<sup>8</sup> che teorizza l’applicazione del principio di eguaglianza al rapporto uomo-animale al fine di contrastare quella subdola forma di diseguaglianza costituita dallo “specismo”<sup>9</sup>. Ma la riflessione filosofica non si è fermata all’applicazione del principio di eguaglianza, arrivando a teorizzare la necessità di riconoscere specifici diritti soggettivi agli esseri animali, diritti ai quali corrispondono veri e propri obblighi del genere umano, è questa la “teoria del valore” basata sul fatto che i diritti si fondano sul valore inerente dell’essere che intendiamo far rientrare nella sfera morale, valore che costituisce una caratteristica oggettiva di quell’essere, tale da renderlo non solo degno di rispetto ma titolare di diritti in sé e per sé. Qualsiasi individuo, “animale umano” o “animale non umano”, ha quindi diritto ad eguale rispetto in quanto è egualmente dotato di valore inerente, indipendente dalle valutazioni o dai desideri, dagli interessi o dalle preferenze degli altri<sup>10</sup>. L’affermazione filosofica dell’esistenza di veri e propri diritti animali stigmatizza in parte il neoutilitarismo singheriano che sembra concentrarsi sul soggetto sbagliato, occupandosi dei vantaggi derivanti dalle azioni anziché dei soggetti, compromettendo in tal modo la possibilità di una tutela completa degli animali, lasciandoli perennemente esposti a potenziali abusi. La teoria del valore parte invece dal principio del rispetto messo in relazione con l’innovativo concetto del “soggetto di una vita”<sup>11</sup>, in cui sono compresi anche gli esseri animali. In tal modo «tutti gli individui che possiedono valore inerente lo possiedono in misura uguale, siano essi agenti o pazienti morali»<sup>12</sup>, gli esseri animali, così come gli esseri umani, sono dotati di facoltà

<sup>6</sup> Cfr. D. HUME, *Della ragione degli animali*, in T. REGAN, P. SINGER (a cura di), *Diritti animali, obblighi umani*, Torino, 1987, 73.

<sup>7</sup> Cfr. J. BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1789.

<sup>8</sup> Cfr. P. SINGER, *In difesa degli animali*, Roma, 1987; IDEM, *Liberazione animale*, Milano, 2003.

<sup>9</sup> Lo specismo segna il confine ultimo della morale, il limite al di là del quale nessuna creatura vivente ha importanza per l’uomo. Come il razzista attribuisce maggior peso agli interessi dei membri della sua razza ed il sessista favorisce gli interessi del proprio sesso, così lo “specista” permette che gli interessi della sua specie prevalgano sugli interessi dei membri di altre specie. Il termine “specismo” è stato coniato da Ryder che già nel 1970 aveva pubblicato un pamphlet dal titolo *Speciesism*, termine ripreso nei suoi lavori successivi per i quali cfr. R. D. RYDER, *The Struggle against Speciesism*, in D. PATERSON, R. D. RYDER (a cura di), *Animal Rights. A Symposium*, London – New York, 1979; IDEM, *Animal Revolution: Changing Attitudes Towards Speciesism*, Oxford, 1989.

<sup>10</sup> Cfr. T. REGAN, *I diritti animali*, Milano, 1990.

<sup>11</sup> Il soggetto di una vita viene così definito: «Gli individui sono soggetti-di-una-vita se sono in grado di percepire e ricordare; se hanno credenze, desideri e preferenze; se sono in grado di agire intenzionalmente in vista del soddisfacimento dei propri desideri e del conseguimento dei propri obiettivi; se sono senzienti e hanno una vita emozionale; se hanno il senso del futuro e, in particolare, del proprio futuro; se hanno un’identità psicofisica nel tempo e se sono in grado di avere esperienze di benessere individuale in un senso indipendente dalla loro utilità per gli altri e dal loro essere oggetto dell’interesse altrui». Cfr. T. REGAN, *I diritti animali*, Milano, 1990, 358.

<sup>12</sup> Cfr. T. REGAN, *Defending Animal Rights*, Urbana and Chicago, 2001.

intellettive, così come di credenze e desideri, cioè di veri e propri interessi meritevoli di tutela. Muovendo dalla considerazione del valore inerente degli esseri animali una parte del pensiero filosofico più moderno si è concentrata sulla questione eminentemente giuridica della proprietà degli esseri animali, sottolineando come il diritto occidentale manifesti una sorta di schizofrenia giuridica nel momento in cui tutela alcuni animali a cui però continua a riconoscere lo *status* giuridico di mera proprietà<sup>13</sup>. Si contesta la visione dell'animale quale oggetto, dovuta al fatto che gli animali sono stati considerati tra gli indicatori della ricchezza dall'uomo e, dunque, mere proprietà alla pari di qualsiasi altro bene materiale; lo stesso assistenzialismo nei confronti degli animali, espressione sostanziale dell'utilitarismo, nasconde una prospettiva di utilità e sfruttamento, che nei contesti più disparati induce a disporre liberamente degli esseri animali: dall'alimentazione, al divertimento, al vestire, alla sperimentazione, non garantendo una reale ed efficace tutela agli animali non umani. In tale ottica, l'unica strada percorribile sembra essere quella di andare oltre ogni distinzione e dunque anche oltre la barriera della specie, al fine di riconoscere agli esseri animali lo *status* di soggetti anziché quello di oggetti<sup>14</sup>. La riflessione filosofica più recente dunque pone a confronto due visioni differenti: da un lato il protezionismo animale (o *welfarism*) che giustifica in alcune circostanze l'utilizzo degli animali a patto che però venga implementata la regolamentazione volta alla costruzione di un diritto *science-based* fondato sul benessere animale<sup>15</sup> e dall'altro l'abolizionismo ai sensi del quale gli esseri umani non hanno invece nessun diritto morale, e nemmeno dovrebbero avere diritti legali, di utilizzare gli animali. Per gli abolizionisti l'approccio protezionista è una sorta di "nuovo assistenzialismo" che produce gravi danni in quanto convince il pubblico che la *gentilezza* e la puntuale regolamentazione dell'uso degli animali per specifiche necessità umane lo rendano giustificabile. Nell'ottica abolizionista dunque anche la modifica delle condizioni di vita degli esseri animali al fine di aumentare il loro benessere è in realtà controproducente e ciò che va modificato radicalmente è lo *status* di proprietà degli animali<sup>16</sup>. Sono quindi gli esseri umani che devono immediatamente cessare di utilizzare gli esseri animali per il

<sup>13</sup> Cfr. G.L. FRANCIONE, *Animals, Property and the Law*, Philadelphia, 1995.

<sup>14</sup> Cfr. G.L. FRANCIONE, A. CHARLTON, *Mangia con consapevolezza. Analisi sulla moralità dello sfruttamento degli animali*, Logan, 2014-2015, in cui si afferma in maniera assai decisa che: «abbiamo l'obbligo morale di non imporre inutili sofferenze agli animali [...] siamo tutti d'accordo che la sofferenza inflitta ad animali solo perché ci procura piacere, o perché lo troviamo divertente o conveniente, non è necessaria». Gli autori sostengono che non è necessario essere animalista per dimostrare che il veganismo rappresenti un obbligo morale, ma l'unica necessità è quella di riconoscere agli animali una valenza morale.

<sup>15</sup> In tale ottica cfr. D. FRASER, D. WEARY, E.A. PAJOR, B.N. MILLIGAN, *A Scientific Conception Of Animal Welfare That Reflects Ethical Concerns*, in *Animal Welfare*, 6, 1997, 187, in cui si afferma «La ricerca scientifica sul benessere animale trae origine prima di tutto dall'interesse etico attorno alla qualità della vita degli animali e l'opinione pubblica guarda alla ricerca scientifica sul benessere animale come ad un punto di riferimento importante. La concezione del benessere animale impiegata pertanto deve rispecchiare da vicino questo interesse».

<sup>16</sup> Per l'approccio protezionista la riforma del welfare non è semplicemente una tappa intermedia sulla via dell'abolizione, ma è di per sé desiderabile e costituisce già un risultato a cui tendere. In tale ottica cfr. R. GARNER, *A Defense of a Broad Animal Protectionism*, in G.L. FRANCIONE, R. GARNER, *The Animal Rights Debate: Abolition or Regulation? (Critical Perspectives on Animals: Theory, Culture, Science, and Law)*, New York, 2010, 120. Decisamente contrario rispetto a questa impostazione appare invece G.L. FRANCIONE, R. GARNER, *The Animal Rights Debate: Abolition or Regulation? (Critical Perspectives on Animals: Theory, Culture, Science, and Law)*, New York, 2010; ed anche G.L. FRANCIONE, A. CHARLTON, *Mangia con consapevolezza. Analisi sulla moralità dello sfruttamento degli animali*, Logan, 2014-2015, in cui si afferma decisamente la necessità di abbandonare lo sfruttamento degli esseri animali quali prodotti alimentari.

loro piacere, gli animali da soli infatti non possono difendersi per cui spetta agli esseri umani fare la rivoluzione al posto loro<sup>17</sup> anche se la società continua a rivendicare il dominio sugli animali con argomentazioni differenti a seconda del contesto e della latitudine<sup>18</sup>.

Seppure senza pretesa di esaustività si è evidenziato il cammino compiuto dalla riflessione filosofica capace di allontanarsi dalla considerazione degli esseri animali quali “bruti privi di pensiero” fino a giungere a posizioni “estreme” di abolizionismo rispetto a qualsiasi uso degli stessi. L’esame della riflessione filosofica dimostra come il dibattito sugli esseri animali sia stato lungamente dominato quasi esclusivamente dalle osservazioni dei filosofi morali e sostanzialmente trascurato dalla filosofia politica che ha cominciato solo recentemente ad occuparsi della questione elaborando una sorta di “svolta politica” nell’etica animale al fine di evidenziare i confini della questione animale ed indagare se esiste un sistema politico più adatto alla protezione degli esseri animali e favorevole al loro riconoscimento quali soggetti del diritto<sup>19</sup>. Questo percorso è appena agli inizi ma potrebbe essere di grande aiuto per la costruzione di una legislazione sensibile e rispettosa della questione animale senza tuttavia abbracciare il fondamentalismo abolizionista difficilmente conciliabile con la centralità dell’essere umano nella costruzione giuridica<sup>20</sup>.

È opportuno evidenziare come accanto alla filosofia anche la scienza medica in generale e l’etologia in particolare siano state capaci di evolvere il proprio approccio arrivando a riconoscere agli esseri animali

<sup>17</sup> Cfr. L. CAFFO, *Il maiale non fa la rivoluzione. Il nuovo manifesto per un antispecismo debole*, Milano, 2016, in cui l’autore si domanda che cosa penserebbe un maiale se potesse indicare la strada per quella rivoluzione che è la sua liberazione.

<sup>18</sup> Cfr. P. SOBBRIO, M. PETTORALI, *Gli animali da produzione alimentare come esseri senzienti. Considerazioni giuridiche e veterinarie*, Milano, 2018.

<sup>19</sup> Sulla svolta della filosofia politica rispetto alla questione animale cfr. D. NIBERT, *Animal Rights/Human Rights: Entanglements of Oppression and Liberation*, Lanham, 2002; R. GARNER, S. O’SULLIVAN (a cura di), *The political turn in Animal Ethics*, Lanham, 2016 e L. CAFFO, *Il maiale non fa la rivoluzione. Il nuovo manifesto per un antispecismo debole*, Milano, 2016 in cui l’autore tratteggia un interessante dialogo tra l’antispecismo debole e quello politico, queste due posizioni appaiono contrapposte ma in dialogo tra loro, l’antispecismo debole rimprovera all’antispecismo politico di ritenere necessaria la liberazione animale poiché implica la liberazione umana e per questo ogni movimento di liberazione sociale dovrebbe farsi carico della causa antispecista legando situazioni assai diverse e dando per scontato che da una liberazione ne consegua necessariamente un’altra. L’autore mira a fare emergere invece una proposta nuova volta ad un ripensamento generale del posto dell’uomo nel pianeta, un approccio specifico e non la costruzione di un’etica generale.

<sup>20</sup> Effettivamente le riflessioni di Francione, come spesso accade quando si sposa una posizione decisamente rigida se non oltranzista, appaiono destinate a rimanere confinate nel dibattito filosofico morale e difficilmente trasferibili a quello giuridico poiché non basta affermare una valenza morale degli esseri animali per stabilire ad esempio l’obbligatorietà giuridica del veganismo, certo ci si può continuare a muovere su un piano meramente morale ma se si vuole realmente modificare lo *status* degli esseri animali allora è necessario superare l’approccio legato alla morale e confrontarsi con le possibilità giuridiche che concretamente possono essere applicate agli esseri animali, altrimenti il rischio è che ad una costruzione morale così rigida non corrisponda in realtà alcun progresso nella condizione degli esseri animali e ci si continui solo a confrontare con ciò che sarebbe giusto fare rimanendo ancorati nella pratica ad un deciso antropocentrismo. A tale proposito gli animalisti o antispecisti non dovrebbero presentarsi come “non mangiatori di qualcosa”, ma come portatori di un’idea diversa di mondo, il movimento antispecista dovrebbe insomma diffondere l’idea che una società non più costruita sullo sfruttamento animale è possibile ed anzi auspicabile, non si dovrebbe costringere la maggioranza degli individui al vegetarianesimo ma farsi portatori di un nuovo e rinnovato rapporto con i non umani, un rapporto non è più conformato quale rapporto di dominio. In tal senso decisamente condivisibili appaiono le considerazioni di L. CAFFO, *Il maiale non fa la rivoluzione. Il nuovo manifesto per un antispecismo debole*, Milano, 2016, 44.

livelli differenziati di soggettività, partendo da un livello minimo fondato sulla sensibilità, quale zona della dimensione cognitiva che non è più mera sensazione ma coinvolge l'emozionalità, fino a giungere a livelli di vera consapevolezza di sé<sup>21</sup>. Ormai è scientificamente dimostrato che anche gli esseri animali sono intelligenti e soprattutto capaci di modificare i propri comportamenti per proteggersi da pericoli o per garantirsi condizioni di vita migliori, esattamente come ha sempre fatto l'essere umano<sup>22</sup> e per questo appare ormai necessario che anche i sistemi giuridici modifichino il proprio approccio sostanzialmente antropocentrico attribuendo valore giuridico alla senzietà animale.

### 3. L'approccio giuridico alla questione animale

Si potrebbe ipotizzare che l'evoluzione animalista compiuta dalla filosofia e dalla scienza abbia influenzato – nel senso del riconoscimento di una posizione giuridica agli esseri animali – anche la riflessione giuridica e la produzione normativa, tuttavia un esame dei diversi sistemi giuridici esistenti dimostra, nella maggior parte dei casi, come il pensiero giuridico sia rimasto sostanzialmente ancorato a posizioni difensive della prerogativa umana, laddove proprio il diritto potrebbe (o meglio dovrebbe) costituire lo strumento per abbandonare l'autoreferenzialità antropocentrica e affermare una considerazione nuova degli esseri animali, non in un'ottica protezionistica volta a preservare interessi umani presenti e futuri, ma al fine di riconoscere la dignità degli esseri animali non umani<sup>23</sup>.

L'approccio "difensivo" del diritto è sostanzialmente basato sulla considerazione cartesiana degli animali quali esseri mancanti di razionalità, in grado di agire solo in base all'istinto, esseri che non possono comprendere ed utilizzare a proprio vantaggio eventuali riconoscimenti giuridici in quanto privi delle

<sup>21</sup> Si segnalano gli esperimenti che grazie ai più moderni sistemi diagnostici hanno dimostrato come anche i cani provano emozioni e sentimenti e che essi risiedono nella stessa area del cervello – il nucleo caudale – di quelli dei "superiori" esseri umani. Cfr. B. CYRULNIK, É. DE FONTENAY, P. SINGER, *Anche gli animali hanno diritti*, Parigi, 2013.

<sup>22</sup> Cfr. C. CHIANDETTI, E. DEGANO, *Animali. Abilità uniche e condivise tra le specie*, Milano, 2017, in cui si afferma che: «La maggior parte delle specie animali ha alla nascita moduli di comportamento che ne hanno consentito la sopravvivenza. Per esempio, il riconoscimento delle facce e del movimento, che permette di sapere se si ha di fronte un altro individuo, di qualunque specie che potrebbe essere la mamma, un predatore o altro». Gli animali sono anche in grado di pensare al futuro e organizzarsi, a tale proposito si segnala quanto avvenuto in Svezia, nello zoo di Furuvik dove lo scimpanzé Santino ogni mattina accumulava sassi in pile ordinate e poi nel tardo pomeriggio le tirava ai visitatori. Gli esseri animali sono quindi esseri intelligenti, il darwinismo insegna che i vari animali si differenziano sulla base di specializzazioni, per cui ogni specie ha costruito un proprio modo di elaborare le informazioni e risolvere i problemi, in quest'ottica è corretto parlare di differenze a livello intellettuale, ma più dal punto di vista "qualitativo" che da un punto di vista "quantitativo", l'intelligenza non è una sola, ne esistono di diversi tipi a seconda della specie presa in considerazione. La distinzione tra animali da affezione e animali da allevamento è soltanto un fattore culturale, poiché realmente tutti i mammiferi hanno capacità cognitive simili. Sull'intelligenza animale cfr. D. MAINARDI, *L'intelligenza degli animali*, Forlì-Cesena, 2009; E. POUYDEBA, *L'intelligenza animale. Cervello di gallina e memoria di elefante. Chi l'ha detto che gli uomini sono gli animali più intelligenti?*, Milano, 2018.

<sup>23</sup> L'espressione "animale non umano" rimarca la circostanza per cui quelli che vengono definiti animali, sono animali proprio come lo siamo noi umani, da un punto di vista biologico infatti non vi è discontinuità tra l'essere umano e gli altri animali, tale discontinuità esiste invece dal punto di vista culturale poiché «la categoria animale è cioè funzionale non tanto a conoscere o esperire il mondo dei viventi quale esso è, quanto piuttosto a costruire una linea di separazione tra l'antroposfera da un lato e la zoosfera dall'altro». Su tale riflessione cfr. P. LI CAUSI, *Gli animali nel mondo antico*, Bologna, 2018, 15.

facoltà intellettive tipiche umane e soprattutto della capacità di linguaggio e per questo non appare di alcuna utilità riconoscere loro soggettività giuridica.

Considerare la consapevolezza di sé e la capacità linguistica caratteristiche necessarie per essere “soggetti del diritto” conduce al pericoloso paradosso per cui gli stessi esseri umani mancanti di queste facoltà potrebbero risultare privi di tutela giuridica, si pensi ai c.d. esseri umani non propriamente “paradigmatici” che anche nei casi in cui non sono in grado di reclamare i propri diritti ed avanzare pretese sono comunque dotati di capacità giuridica, titolari di veri e propri diritti per l’utilizzo dei quali vengono, ove necessario, coadiuvati da apposite figure quali tutori e curatori<sup>24</sup>.

L’esclusione degli esseri animali dai soggetti del diritto in quanto esseri non paradigmatici confligge dunque, anche a parere di chi scrive, con l’esistenza stessa del principio di eguaglianza e con il trattamento riservato ad altri esseri non paradigmatici che hanno però natura umana.

Un ulteriore possibile ostacolo rispetto al riconoscimento della soggettività animale concerne le difficoltà relative al novero dei diritti eventualmente ascrivibili agli esseri animali, tuttavia anche questo impedimento appare pretestuoso e potrebbe essere facilmente superato concentrandosi sui diritti della personalità – cioè quelli congiunti agli interessi di cui esseri umani non paradigmatici ed anche esseri animali sono portatori – diritti numericamente limitati e di facile definizione tra cui spicca il diritto alla vita che trova quale suo fondamento i desideri, gli scopi e le diverse propensioni e preferenze che appartengono ad ogni essere vivente. È pur vero che il diritto alla vita degli esseri animali si presenta allo stato attuale quale diritto relativo, un diritto *prima facie*, non assoluto, in quanto esistono delle circostanze in cui esso può essere disatteso, poiché il bilanciamento con alcuni interessi umani comporta inevitabilmente la soggezione del primo ai secondi, ma la relativizzazione del diritto alla vita animale non dovrebbe tradursi nel rimettere l’esistenza animale alla completa discrezionalità umana, bensì dovrebbe condurre alla determinazione di un contenuto minimo inviolabile, che non potrà in nessun caso essere sacrificato, stabilendo con chiarezza quali interessi umani in eventuale conflitto con quelli animali sono destinati a prevalere, assicurando in tal modo agli esseri animali una vita dignitosa, libera il più possibile da inutili sofferenze e consona alla proprie caratteristiche etologiche<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> A tale proposito cfr. C. ANSTÖTZ, *Gli umani con gravi disabilità mentali e i grandi antropoidi: un confronto*, in P. CAVALIERI, P. SINGER (a cura di), *Il progetto grande scimmia. Eguaglianza oltre i confini della specie umana*, Milano, 1994, 189.

<sup>25</sup> La possibilità di “relativizzare” dal punto di vista giuridico il diritto alla vita non deve essere considerata con sospetto poiché tale relativizzazione esiste già, seppure con i dovuti accorgimenti, per quanto concerne la vita umana. A partire da Tommaso d’Aquino tutti coloro che hanno studiato e difeso i diritti umani e fondamentali, pur nelle diverse impostazioni, considerano il diritto alla vita come il primo tra i diritti fondamentali, salvo poi dividersi sulla identificazione dei momenti in cui comincia e in cui finisce la vita. Il diritto alla vita inoltre appare solennemente proclamato in tutte le Carte internazionali e sovranazionali che rappresentano la base da cui nascono gli strumenti di tutela dei diritti umani di cui disponiamo nel mondo occidentale: la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo (CEDU) e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Come noto, la Costituzione italiana non prevede una disposizione che riconosca espressamente il diritto alla vita, poiché le nostre madri e padri Costituenti – analogamente a quanto avvenuto rispetto alla “dignità umana” – non hanno voluto sintetizzare in un’unica previsione concetti che appartengono, come ha ricordato la Consulta con la sentenza n. 1146 del 1988, «all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione». Ciò comporta che la tutela del diritto alla vita, come in molte occasioni ha affermato la Corte costituzionale, si deve considerare insita nella nostra Carta fondamentale e, in particolare, garantita nell’articolo 2 da cui si desume che tale diritto, inteso nella

È questo equilibrio a costituire l'obiettivo dei giuristi moderni, che dovrebbero dimostrarsi finalmente capaci di abbandonare il rassicurante antropocentrismo giuridico per procedere all'ampliamento della categoria dei diritti anche oltre la barriera della specie, al fine di costruire un sistema normativo nuovo in cui accanto alla giuridicità umana si affianca quella animale, poiché è solo all'idea di diritto soggettivo che si collega una reale tutela da parte dell'ordinamento e dei suoi organi. Non è dunque la considerazione morale che potrà affermare effettivamente la soggettività animale, ma solo quella giuridica che purtroppo risulta ancora incompiuta.

### 3.1 Il diritto positivo italiano

L'auspicato ampliamento dei diritti al di là della barriera della specie non sembra aver trovato finora effettiva realizzazione attraverso la legislazione ordinaria, nemmeno con quella più avanzata e progredita che in ultima analisi mantiene comunque un'impostazione antropocentrica o al massimo protezionistica-compassionevole. L'idea alla base della costruzione degli attuali sistemi giuridici è ancora infatti quella di sistemi creati per l'essere umano a suo esclusivo vantaggio e gli esseri animali rimangono sostanzialmente *res* messe a disposizione dell'uomo per essere cacciate, allevate, mangiate, utilizzate per fabbricare beni, per compiere lavori faticosi o pericolosi, per sperimentare sostanze che potrebbero essere dannose per l'uomo e infine persino per intrattenere e divertire l'essere umano.

Malgrado questa innegabile constatazione critica è necessario evidenziare come il nostro ordinamento giuridico abbia comunque compiuto una evidente evoluzione nell'ambito del trattamento riservato agli esseri animali manifestando progressivamente una visione più attenta ai loro bisogni, tuttavia tale evoluzione non è riuscita, almeno fino a questo momento, ad affermare una reale soggettività giuridica animale.

L'esame del diritto positivo italiano contemporaneo dimostra immediatamente la grande distanza che ci separa dalle prime previsioni elaborate in materia, tra le quali si segnala il Codice Zanardelli del 1889, che all'articolo 491 affermava: «Chiunque incrudelisce verso animali o, senza necessità li maltratta ovvero li costringe a fatiche manifestamente eccessive, è punito con ammenda. [...] Alla stessa pena soggiace anche colui il quale per solo fine scientifico o didattico, ma fuori dei luoghi destinati all'insegnamento, sottopone animali ad esperimenti tali da destare ribrezzo», evidenziando senza ombra di dubbio un'ottica decisamente antropocentrica, poiché la preoccupazione del Legislatore di fine Ottocento era indirizzata non a garantire il benessere degli esseri animali, bensì a non offendere la sensibilità umana. Anche il successivo Codice Rocco del 1930, all'articolo 727 riproponeva questa statuizione, collocando tale previsione – che avrebbe dovuto riguardare la protezione degli animali – fra i reati contro la moralità pubblica e il buon costume. Proprio l'articolo 727 del codice penale è stato oggetto di una continua e costante elaborazione dottrinale, giurisprudenziale ed anche legislativa come dimostra la Legge n. 473 del 1993 alla quale si deve la definizione più precisa del reato di maltrattamento

---

sua estensione più lata, è da iscriversi tra i diritti inviolabili. Il riconoscimento del diritto alla vita a livello statale ed internazionale non impedisce però il suo temperamento in diverse ipotesi che vanno dalla pena di morte, all'esercizio del diritto di difesa, all'interruzione della gravidanza fino all'esercizio dell'autodeterminazione per porre fine ad un'esistenza non considerata più dignitosa e consona rispetto alla natura umana. Il diritto alla vita quindi, seppure primo tra i diritti inviolabili presenta profili di "violabilità" legalizzata anche per lo stesso essere umano.

degli animali, con la previsione di un collegamento tra i comportamenti che costituiscono maltrattamenti e le caratteristiche etologiche degli animali, per cui ogni animale deve essere considerato, rispetto al comportamento posto in essere, a seconda delle proprie peculiari peculiarità e conseguentemente non esiste più un concetto teorico generico di maltrattamento ma l'atto che colpisce l'animale va valutato rispetto agli effetti che produce per quello specifico animale. Ancora, fondamentale appare la Legge n. 189 del 2004, contenente «Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate», che rimane tuttora il principale riferimento normativo nella definizione dello *status* animale nel nostro ordinamento. Con l'entrata in vigore della legge del 2004 si introduce il principio ai sensi del quale i reati commessi a danno degli animali non rientrano più nell'ambito dei crimini contro la proprietà o riguardanti la polizia dei costumi, ma hanno un proprio specifico oggetto ed esigono un titolo apposito. Certamente l'inedita denominazione di questa tipologia di illeciti rubricati quali «delitti contro il sentimento per gli animali» dimostra ancora una visione antropocentrica e l'articolo 727 del codice penale rimane comunque nell'ambito delle «Contravvenzioni concernenti la Polizia dei costumi»; tuttavia il nuovo Titolo, oltre a scorporare una parte del vecchio 727, introduce fattispecie di notevole interesse, superando finalmente la distinzione tra uccisione di animale altrui e maltrattamento e uccisione di animale proprio, eliminando anche la lacuna relativa all'uccisione di animali di nessuno (o *res nullius*). In particolare, rispetto all'uccisione degli animali l'articolo 544-*bis* ricalca, almeno in parte, le previsioni adottate per l'omicidio degli esseri umani (articolo 575 c.p.), stabilendo che: «chiunque, per crudeltà o senza necessità, cagiona la morte di un animale è punito con la reclusione da tre mesi a diciotto mesi»<sup>26</sup>. L'animale diviene così effettivamente il soggetto passivo del reato e non più solo un mero referente indiretto di diritti altrui. La condotta sanzionata dalla nuova previsione deve però, a differenza di quanto stabilito dalla disciplina “umana”, essere caratterizzata dagli elementi della crudeltà e della mancanza di necessità, anche se vale la pena evidenziare come i due elementi non vengano considerati in maniera unitaria, per cui si può dedurre che anche nel caso di c.d. condotte “necessarie” di uccisione dell'animale (come ad esempio le tecniche relative alla macellazione per l'alimentazione umana o quelle legate alla sperimentazione), queste non potranno mai essere realizzate con crudeltà, perché in questo caso la necessità non appare sufficiente ad eliminare la punibilità penale della crudeltà.

L'approvazione della Legge del 2004 rappresenta, come già ricordato, una battuta d'arresto nel cammino del diritto positivo italiano relativo alla questione animale, dopo tale data infatti gli interventi normativi in materia sono stati alquanto limitati e prevalentemente legati all'attuazione o applicazione della normativa europea da sempre sensibile rispetto a questo tema. Il Legislatore italiano ha quindi preferito “accodarsi” alle sollecitazioni europee piuttosto che completare autonomamente il cammino della soggettività giuridica animale.

---

<sup>26</sup> Si ricorda che la pena è stata modificata e inasprita «da quattro mesi a due anni» dall'art. 3, comma primo, della Legge 4 novembre 2010, n. 201 con cui è stata ratificata la Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia del 1987.

### 3.2 Le suggestioni europee e l'animale quale essere senziente

La “questione animale” non viene affrontata giuridicamente dal solo Legislatore nazionale ma anzi, come già ricordato, assai importanti appaiono le sollecitazioni provenienti dal diritto dell'Unione Europea che da lungo tempo manifesta una “vocazione animalista”, evidenziabile già dal 1991 quando a Maastricht venne approvata una Dichiarazione sulla protezione degli animali.

L'anno decisivo del diritto europeo rispetto alla questione animale può essere considerato il 2009, anno in cui entra in vigore il Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, che all'articolo 13 prevede: «Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale». Gli animali sono dunque definiti in un Trattato europeo quali “esseri senzienti”, ma questo fondamentale riconoscimento può assumere significati giuridici differenti soprattutto perché lo stesso articolo 13 appare contraddistinto da un forte spirito di compromesso in quanto coniuga l'affermazione della “senzietà animale” con il mantenimento in essere di fenomeni discutibili ed altamente problematici, come le macellazioni rituali religiose o le attività folkloristiche e di costume.

È dunque evidente che nemmeno l'articolo 13 del Trattato di Lisbona è in grado di affermare effettivamente la soggettività giuridica degli esseri animali, anche se questa disposizione ha comunque il merito di avere dichiarato l'esistenza della “senzietà” animale, incentivando future iniziative legislative maggiormente garantiste nei confronti degli esseri animali, sia a livello degli Stati membri, che a livello di legislazione europea.

Il 2009 è importante per l'evoluzione giuridica della considerazione animale anche per l'approvazione del Regolamento CE n. 1223 al quale si deve la graduale ed infine totale eliminazione della possibilità di effettuare test sugli esseri animali per i prodotti cosmetici in Europa<sup>27</sup>. La nuova regolamentazione vieta le sperimentazioni che coinvolgono gli animali sia per i prodotti finiti che per gli ingredienti o le combinazioni di ingredienti che andranno a formare il prodotto finito, il Regolamento vieta altresì l'importazione e l'immissione sul mercato europeo di prodotti la cui formulazione finale sia stata oggetto di sperimentazione animale e anche di quei prodotti contenenti ingredienti o combinazioni di ingredienti che siano stati oggetto di sperimentazione animale. L'innovazione è stata certamente di estrema rilevanza seppure i test che coinvolgono gli esseri animali legati anche trasversalmente alla produzione di cosmetici non sono del tutto scomparsi come evidenziato dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio del marzo 2013 relativa al divieto della sperimentazione animale e di immissione sul mercato e sullo stato dei metodi alternativi nel settore dei prodotti cosmetici<sup>28</sup> e

<sup>27</sup> Sulla sperimentazione in materia di cosmetici cfr. F. RESCIGNO, *Il divieto degli animal testing cosmetici: un passo avanti verso la soggettività animale?*, in V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Cosmetici. Diritto, regolazione, bio-etica*, Roma, 2014, 45.

<sup>28</sup> La Comunicazione del 2013 afferma che «la maggior parte degli ingredienti utilizzati nei prodotti cosmetici è impiegata anche in molti altri prodotti di consumo e industriali, quali ad esempio i prodotti farmaceutici, i detersivi e i prodotti alimentari, e la sperimentazione animale può essere necessaria per garantire il rispetto del

soprattutto come testimoniato dalla Sentenza del 21 settembre 2016 della Corte di Giustizia del Lussemburgo<sup>29</sup>.

Oltre alla sperimentazione cosmetica, altro grande settore che vede l'involontario coinvolgimento degli esseri animali è quello della sperimentazione medico-farmaceutica disciplinata attualmente in Europa dalla Direttiva Europea n. 63 del 2010 relativa alla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici che rielabora e sostituisce la precedente Direttiva 1986/609 CEE<sup>30</sup>. L'obiettivo della nuova Direttiva è quello di rafforzare la tutela degli animali utilizzati per scopi scientifici e sperimentali migliorandone il benessere attraverso l'affermazione del principio delle tre R e cioè: sostituzione (*replacement*), riduzione (*reduction*) e perfezionamento (*refinement*)<sup>31</sup>.

Il recepimento della Direttiva nel nostro ordinamento ha causato diversi problemi e sembra non avere esaudito i desiderata né dei fautori della sperimentazione animale, né tantomeno di chi si schiera per una progressiva riduzione se non eliminazione della stessa. Il Decreto Legislativo n. 26 del 2014, che

---

quadro giuridico applicabile a tali prodotti» ed anche che «gli ingredienti utilizzati nei prodotti cosmetici saranno in genere soggetti anche agli obblighi orizzontali previsti dal regolamento Reach e la sperimentazione animale può, in ultima istanza, essere necessaria per completare i rispettivi dati».

<sup>29</sup> La Corte del Lussemburgo nel 2016 doveva valutare se i test sugli animali fatti eseguire “a fini commerciali” per vendere cosmetici in Cina e in Giappone (due paesi che richiedono obbligatoriamente test animali per i cosmetici) fossero equiparabili ai test animali accettabili in Europa, dove però quando vengono eseguiti, non hanno scopo commerciale bensì scopo di “sicurezza” ed entro “quadri normativi” specifici e diversi da quelli direttamente attinenti ai cosmetici. Rispetto a tale questione la Corte ha deciso che i test eseguiti sugli animali all'estero al fine di commercializzare cosmetici in Cina o in Giappone non sono assimilabili a quelli eventualmente eseguiti in Europa allo scopo di salvaguardare la sicurezza del consumatore europeo, per cui è possibile, ma non obbligatorio, proibire la vendita di quei cosmetici all'interno della Unione.

<sup>30</sup> Sulla sperimentazione animale prima e dopo la Direttiva del 2010 cfr. G. CIABURRI, *La sperimentazione sugli animali*, Bologna, 1956; R.D. RYDER, *Experiments on Animals*, in S. GODLOVITCH, R. GODLOVITCH, J. HARRIS (a cura di), *Animal, Men and Morals: an enquiry into the maltreatment of non-humans*, London, 1971; S. GARATTINI, *Problemi della vivisezione*, Atti del Convegno *Necessità e limiti della sperimentazione scientifica su animali. Aspetti etici e zoofili, tecnici, scientifici, didattici, legislativi*, Milano, 1972; R.D. RYDER, *Victims of Science*, London, 1975; R.D. RYDER, *Esperimenti sugli animali*, in T. REGAN, P. SINGER (a cura di), *Diritti animali, obblighi umani*, Torino, 1987, 41; S. GARATTINI, *La sperimentazione animale è tuttora necessaria per la salute degli uomini*, in *Federazione Medica*, I, 1991, 9; AA.VV., *Modelli sperimentali nella ricerca biomedica: aspetti tecnici e scientifici. Manuale pratico*, Pavia, 1994; L. LOMBARDI VALLAURI, *L'obiezione di coscienza legale alla sperimentazione animale, ex-vivisezione (Legge 12 ottobre 1993 n. 413)*, in A. MANNUCCI, M. TALLACCHINI (a cura di), *Per un codice degli animali*, Milano, 2001, 271; E. FARINA, *La sperimentazione clinica*, in *Sanità pubblica*, 4, 2002, 515; A. GUERINI, *Experimenting with Human and Animals: From Galen to Animal Rights*, Baltimore, 2003; I.R. PAVONE, *Animal Experimentation and Animal Welfare in the Context of the European Union: Reflections on the Directive 2010/63/EU and its Transposition in Italy*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2015, 75.

<sup>31</sup> Sul principio delle 3 R cfr. W.M.S. RUSSELL, R.L. BURCH, *The Principles of Human Experimental Technique*, London, 1959. Questo principio venne enunciato nel 1959 da Russel e Burch e nel 1992 fu ristampata un'edizione speciale del testo originale, per il notevole interesse sollevato dalle idee espresse presso la comunità scientifica. Nel saggio, Russell e Burch proposero una nuova scienza volta a migliorare il trattamento degli animali da laboratorio e, nel contempo, a promuovere la qualità della ricerca negli studi che fanno uso di animali. Presentarono e diedero una definizione dei termini *replacement*, *reduction* e *refinement*, in seguito divenuti noti come “alternative” o “metodi alternativi” volti a ridurre al minimo l'eventuale dolore e sofferenza animale nella ricerca biomedica. Il principio delle 3 R afferma dunque la necessità per ogni sperimentazione animale, della verifica di metodi alternativi per sostituire (*replace*) gli animali; e/o per ridurre (*reduce*) al minimo il numero di animali impiegati e/o per migliorare (*refine*) le condizioni degli animali che devono essere necessariamente utilizzati, minimizzando lo stress e il dolore.

recepisce la Direttiva del 2010, limita ulteriormente alcune delle previsioni europee attraverso l'introduzione di una serie di specifici divieti tra i quali ad esempio il divieto di uso di animali nei corsi universitari per biologi, farmacisti e biotecnologi, con l'eccezione degli studenti di medicina e veterinaria; il divieto di utilizzo di animali nella ricerca sugli organi per gli xenotrapianti e sulle sostanze d'abuso (droga, tabacco, alcool), e ancora il divieto relativo all'allevamento di cani, gatti e primati non umani destinati alla sperimentazione sul suolo nazionale, divieto che non impedisce però il ricorso all'utilizzo di animali provenienti da altre nazioni e che per questo potrebbe paradossalmente trasformarsi in un boomerang rispetto alla tutela degli esseri animali, poiché gli allevamenti di provenienza possono utilizzare metodi considerati inaccettabili per noi ma non sono comunque né controllabili né tantomeno ispezionabili, ed ancora, è opportuno ricordare come il trasporto degli animali sia causa di forti stress. Questa previsione sembra quindi voler delegare la responsabilità del trattamento delle cavie a enti su cui lo Stato italiano non ha giurisdizione.

I divieti relativi alle ricerche sugli animali per le sostanze d'abuso e per gli xenotrapianti, ai sensi dell'articolo 42, dovevano entrare in vigore a partire dal 1° gennaio 2017, ma il 14 febbraio 2017 la Commissione Affari Costituzionale del Senato ha approvato a maggioranza l'*emendamento De Biasi-Cattaneo* che ha concesso 3 anni di proroga spostando lo stop definitivo al 2020: In realtà i ricercatori chiedevano una moratoria ben più lunga o la cancellazione definitiva di tali vincoli, mentre, all'opposto, gli animalisti si battevano per cancellare la sospensione e rendere immediatamente operativi e permanenti tali divieti<sup>32</sup>.

Il Decreto si occupa anche dello sviluppo, convalida, accettazione e applicazione dei "metodi alternativi", procedure volte a ridurre e/o evitare il ricorso all'utilizzo di animali nella sperimentazione scientifica, tuttavia si segnala come, secondo gli ultimi dati riportati in Gazzetta Ufficiale, il numero di animali usati per fini sperimentali nel 2016 risulti in aumento rispetto al periodo precedente, per cui è evidente che il settore della ricerca alternativa debba ancora essere implementato<sup>33</sup>.

La vicenda del recepimento della Direttiva sulla sperimentazione del 2010 è certamente emblematica di una questione animale sostanzialmente irrisolta, l'Europa che da un lato definisce gli esseri animali quali esseri senzienti, dall'altro giudica il recepimento effettuato dal nostro Paese eccessivamente garantista nei confronti degli stessi animali, "invitandoci" a conformare la nostra normativa a quella degli altri Stati europei<sup>34</sup>. Il Legislatore italiano appare dunque incerto, in bilico tra le attuali previsioni

<sup>32</sup> È stata invece confermata la scadenza del primo gennaio 2017 per tutti gli stabilimenti di allevamento, di fornitura e di utilizzazione che devono possedere i requisiti previsti dall'allegato III del Decreto n. 26/2014 sezione I e II (Art. 22), era infatti stato concesso un periodo di adeguamento affinché gli impianti e le attrezzature fossero idonei alle specie animali ospitate e allo svolgimento delle relative attività. Ancora il Decreto ha previsto che alla scadenza del 10 novembre 2017 tutti gli animali allevati possono essere utilizzati unicamente nelle procedure per le quali sono stati allevati, tuttavia i primati non umani elencati nell'allegato II e alle date qui stabilite, possono essere impiegati nelle procedure solo se discendono da primati non umani allevati in cattività o provengono da colonie autosufficienti (animali allevati all'interno della stessa colonia o provengono da altre colonie, ma non sono prelevati allo stato selvatico e sono abituati alla presenza umana).

<sup>33</sup> Cfr. Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 60, del 13 marzo 2018, contenente i dati statistici sull'utilizzo di animali a fini scientifici relativi all'anno 2016.

<sup>34</sup> Sulla non conformità del recepimento italiano della Direttiva del 2010 si segnala la Procedura di infrazione 2016/2013 ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Rispetto a tale procedura, nel marzo 2019, la XII<sup>a</sup> Commissione Igiene e Sanità del Senato, ha approvato la relazione programmatica

europee e le normative nazionali precedenti tra le quali merita di essere citata la Legge n. 413 del 1993, fondamentale rispetto a quanto disposto in tema di obiezione di coscienza nelle pratiche di sperimentazione animale. Tale previsione consente infatti a medici, ricercatori e a tutto il personale sanitario dei ruoli dei professionisti laureati, tecnici ed infermieristici di strutture pubbliche e private, nonché agli studenti universitari interessati, di dichiarare la propria obiezione di coscienza al fine di non prendere parte direttamente alle attività ed agli interventi specificamente e necessariamente diretti alla sperimentazione animale e così facendo rappresenta uno dei provvedimenti più lungimiranti del nostro diritto in merito alla questione animale. In effetti la previsione dell’obiezione di coscienza rispetto alla sperimentazione animale apre una riflessione su quale possa essere il vero soggetto tutelato dalla legge in questione, ossia se la normativa si proponga di salvaguardare la coscienza del singolo essere umano turbato dalla sperimentazione, per cui il valore soggettivo rilevante sarebbe la coscienza umana e il suo inviolabile diritto di esprimersi, o invece se la preoccupazione del Legislatore del 1993 vada oltre il mero dato antropocentrico e voglia proteggere l’essere animale da angoscia e dolore. Se si abbraccia questa ultima interpretazione, ne deriva che la sperimentazione animale è legittima solo quando indispensabile a tutelare la vita e la salute dell’uomo, rientrando, dunque, tra i doveri inderogabili di solidarietà di cui all’articolo 2 della Costituzione e, in particolare, tra i servizi essenziali che lo Stato (in questo caso ex articolo 32 della Costituzione) deve assicurare; per cui la legge ammette l’obiezione di coscienza all’adempimento di un dovere costituzionalmente garantito e, quindi, inderogabile, solo per tutelare un altro bene, anch’esso di altissimo rango. Se leggiamo la norma con questa lente allora l’oggetto della obiezione non è la dignità dell’obiettore, bensì quella dell’animale e questa previsione deve essere collocata nell’ambito delle norme poste a tutela degli esseri animali e non di quelle legate alla tutela dell’esercizio della libertà di pensiero, coscienza e religione degli esseri umani. Questa previsione dimostra che è possibile prendere le distanze sia dal c.d. dominio umano che non reputa gli esseri animali come soggetti di interessi, che dalla concezione della priorità dell’interesse umano per cui gli interessi animali sono sempre e comunque secondari rispetto a quelli umani.

L’ottica nuova che dovrebbe affermarsi è quella per cui la legittimità della sperimentazione deriva dal fatto che essa venga effettivamente condotta per raggiungere finalità la cui importanza è reputata senza dubbio – dalla maggioranza della comunità scientifica – necessaria per bilanciare il peso della sofferenza animale. La tecnica del bilanciamento non parte dal presupposto che gli interessi umani siano sempre e comunque prevalenti rispetto a quelli animali, ma evidenzia l’esistenza di particolari circostanze in cui, come nel caso degli stessi diritti umani, appare doveroso bilanciare gli interessi in discussione e scegliere quello che nella singola situazione concreta debba prevalere. Il compito della ricerca dovrebbe dunque essere quello di riconoscere quando si è effettivamente in presenza di un superiore interesse umano non altrimenti realizzabile e allo stesso tempo adoperarsi per ampliare costantemente la ricerca alternativa che riduce la necessità di servirsi degli esseri animali.

Il timore per le possibili sanzioni europee condurrà il Legislatore italiano ad una più puntuale trasposizione della normativa europea in tema di sperimentazione animale, ma allo stesso tempo si auspica

---

2019 del Ministero degli Affari Europei, con cui l’Italia si impegna a superare la non conforme applicazione della Direttiva così da evitare sanzioni e ad implementare le misure alternative alla sperimentazione sugli animali, «nel rispetto della normativa europea e in una prospettiva di equilibrio tra le esigenze della ricerca scientifica e quelle della protezione degli animali». Dopo tale approvazione la procedura d’infrazione sembra quindi scongiurata.

che la comune visione europea non causi la cancellazione delle importanti conquiste di civiltà giuridica affermatesi nel nostro Paese e che sia possibile coniugare ricerca scientifica e senzietà degli esseri animali perché quanto espresso dall'articolo 13 del Trattato di Lisbona non rimanga solo una mera dichiarazione di principio<sup>35</sup>.

### 3.3 Gli esseri animali quali “res senzienti”. Cambiare è possibile?

La ricognizione effettuata ha evidenziato un quadro giuridico non del tutto chiaro ed omogeneo per cui sembra che gli esseri animali si trovino in una sorta di “limbo giuridico” e nonostante alcune importanti attestazioni quali la previsione italiana dell'obiezione di coscienza alla sperimentazione, la statuzione della “senzietà animale” effettuata dal Trattato di Lisbona e il bando dei test per i prodotti cosmetici in Europa, non sembra essersi affermata una reale soggettività giuridica animale, senza la quale gli esseri animali continuano a non avere uno *status* giuridico e quindi a permanere nella condizione di *res*.

La riflessione giuridica deve quindi soffermarsi su come consentire agli esseri animali di passare da *res* a soggetti. Una possibilità potrebbe essere quella dell'affermazione costituzionale della dignità animale, soluzione normativa che conferirebbe senza dubbio un convincente substrato giuridico alla soggettività animale<sup>36</sup>. Una revisione costituzionale orientata in tal senso potrebbe inaugurare una nuova fase nel rapporto essere umano-ambiente-essere animale: passando dalle mere politiche protezionistiche di tutela e di preservazione nell'interesse delle generazioni future, alla condivisione di un destino

<sup>35</sup> Se la situazione europea è confusa, anche oltreoceano le cose non vanno meglio, è dello scorso ottobre 2018 infatti la presentazione da parte di circa 600 scienziati statunitensi di un appello rivolto alle istituzioni a favore dell'uso degli esseri animali nella ricerca: «Bisogna sviluppare modi nuovi e innovativi per comunicare l'importanza della ricerca che fa uso di sperimentazione animale al pubblico». L'appello invita anche i ricercatori ad essere più trasparenti nel mostrare i risultati dei loro studi. Nel testo si legge: «La sperimentazione sugli animali gioca un ruolo fondamentale nel progresso medico, veterinario e scientifico. [...] Gli studi sugli animali sono stati coinvolti in 96 dei 108 premi Nobel in Fisiologia o Medicina. E non sono solo gli umani a beneficiarne: ogni trattamento veterinario esistente è possibile grazie agli studi sugli animali. Regolamentazioni e supervisione rigorose riflettono il desiderio degli americani di trattare gli animali con rispetto. [...] Facciamo appello agli istituti di ricerca del nostro paese, grandi e piccoli, affinché adottino maggiore trasparenza. Dovremmo spiegare con orgoglio in che modo gli animali vengono utilizzati per il progresso della scienza e della medicina, nell'interesse della salute e del benessere di uomini e animali». L'obiettivo è quello di influenzare il governo centrale perché negli ultimi mesi gli animalisti hanno vinto importanti battaglie. Ad esempio, gli attivisti del *White Coat Waste Project* hanno ottenuto il sostegno di 53 membri del Congresso per interrompere gli studi sui cani nel Dipartimento per gli affari dei veterani degli Stati Uniti e lo scorso gennaio la Food and Drug Administration americana ha chiuso uno studio sulla dipendenza da nicotina condotto sulle scimmie. Questo appello rappresenta la prima azione portata avanti dal *Rapid Response Network di Speaking of Research*, un gruppo che riunisce scienziati, veterinari, personale per la cura degli animali a sostegno dei principi della scienza, della trasparenza e della ricerca biomedica. Tra i firmatari dell'appello ci sono anche quattro premi Nobel per la Medicina: William Campbell (2015); Mario Capecchi (2007), Carol W. Greider (2009) e Torsten Wiesel (1981).

<sup>36</sup> Si segnala come siano attualmente in discussione al Senato alcuni Disegni di legge di revisione costituzionale volti a modificare l'articolo 9 per inserire nella nostra Carta costituzionale la protezione non solo dell'ambiente ma anche la tutela degli esseri animali (si tratta dei Disegni di legge n. 83 d'iniziativa della Senatrice De Petris, n. 212 delle Senatrici De Petris, Cirinnà e Giammanco, n. 1203 del Senatore Perilli e n. 1532 della Senatrice Gallone che però si limita alla previsione della garanzia costituzionale dell'ambiente). Accanto a questi sono presenti anche progetti volti a modificare la legislazione ordinaria a dimostrazione della volontà di intraprendere un cammino sinergico rispetto alla questione animale.

comune ontologicamente e giuridicamente parlando, perché la valorizzazione costituzionale dell'ambiente e l'affermazione della soggettività animale completerebbero e realizzerebbero il principio di eguaglianza divenendo anche parametri fondamentali del grado di civiltà giuridica del nostro Paese<sup>37</sup>. L'affermazione costituzionale della dignità animale porterebbe a compimento il lungo cammino giuridico che ha riguardato gli esseri animali “promuovendoli” infine da *res* a soggetti, nell'ambito di un'ottica biocentrica senza mettere tuttavia in pericolo l'impianto costituzionale in quanto la dignità animale comunque identificerebbe qualcosa di differente rispetto a quella umana: si realizzerebbe non già un'equiparazione, un appiattimento delle situazioni giuridiche, ma l'affermazione di un'eguaglianza parziale che, attraverso un accorto uso del principio di proporzionalità, sarebbe in grado di mediare tra “interessi” umani e taluni “interessi” animali. Ciò che verrebbe a mutare non sarebbe tanto il catalogo dei diritti, né quello dei loro titolari, quanto piuttosto il concetto di soggettività sotteso all'intero impianto costituzionale: un concetto non più assunto apoditticamente quale esclusiva prerogativa umana, bensì accolto nella propria intrinseca complessità in quanto articolato su livelli di sensibilità differenziati.

La soluzione della revisione costituzionale potrebbe dunque rappresentare un traguardo a cui tendere al fine dell'affermazione della soggettività animale, ma è altresì innegabile che anch'essa non costituisce la panacea di ogni stortura giuridica; la Carta fondamentale non ha infatti poteri taumaturgici e non sono poche le previsioni costituzionali che purtroppo rimangono ancora oggi sostanzialmente inattuato, per cui una revisione formale, se non accompagnata da un reale sforzo culturale-legislativo e sociale rischierebbe di tradursi in un'astratta formulazione che necessiterebbe ancora una volta di complicati equilibrismi giuridici e giurisprudenziali per trovare un *ubi consistam*.

È necessario quindi riflettere con attenzione rispetto al cammino che il nostro Paese deve ancora compiere a livello sociale, di diritto positivo e forse anche rispetto a possibili revisioni costituzionali per poter finalmente affermare la dignità animale aggiungendo in tal modo un tassello di fondamentale importanza nella realizzazione del principio di eguaglianza anche al di là della barriera della specie. L'esperienza dell'articolo 13 del Trattato di Lisbona dimostra come sia facile dar vita ad un paradosso giuridico proclamando la senzietà per una categoria di soggetti ma poi “dimenticando” di sostanziare giuridicamente tale attribuzione. È giunto il momento di concretizzare “l'antispecismo giuridico” che pur avvalendosi dell'ausilio di scienza, filosofia ed etica deve porre in risalto il contenuto giuridico realizzando un convincente bilanciamento degli interessi di esseri appartenenti a specie differenti, ma comunque tutti meritevoli di tutela giuridica. Il diritto appare in tale prospettiva potenzialmente in grado di costruire un nuovo rapporto giuridico uomo-animale, affermando un'efficace consapevolezza legislativa della specificità animale e divenendo il fulcro di un rinnovato bio-centrismo di cui tutti: esseri animali ed esseri umani, non possono che beneficiare.

L'antispecismo giuridico rappresenta quindi la reale frontiera da raggiungere, mentre purtroppo allo stato attuale continuano a mancare sia il bilanciamento che l'armonia tra i diversi interessi ed il giurista si confronta con una inedita categoria giuridica: quella delle *res senzienti*, una sorta di “terra di mezzo”

<sup>37</sup> La possibilità di revisionare il testo costituzionale per riconoscere la senzietà animale in linea con quanto affermato dal Trattato di Lisbona non costituisce un azzardo giuridico come dimostra il fatto che è già stata fatta propria da alcuni Paesi quali la Confederazione Elvetica con l'articolo 80; la Germania con l'articolo 20a della Grundgesetz; l'Austria con l'articolo 11, comma 8 e l'India gli articoli 48, 48A e 51A.

in cui non esiste la soggettività giuridica, pur manifestandosi una “senzietà” a cui appare arduo se non impossibile attribuire uno specifico contenuto giuridico<sup>38</sup>. Si potrà superare questo paradosso giuridico solo attribuendo un effettivo contenuto giuridico alla “senzietà animale” al fine di sconfessare definitivamente l’odiosa discriminazione specista, riaffermando la solennità dei Trattati europei grazie ad un nuovo equilibrio biocentrico che valorizzi esseri umani ed esseri animali da sempre uniti da un comune destino ontologico.

---

<sup>38</sup> Rispetto alla difficile collocazione giuridica dell’essere animale si pensi ad esempio alle questioni relative all’affidamento degli animali in caso di separazione tra coniugi o conviventi, casi in cui si registrano sentenze che considerano l’interesse dell’animale domestico preminente per cui esso viene affidato al coniuge o convivente con cui ha instaurato un legame più forte, consentendo comunque all’altro il diritto di visita (cfr. Tribunale Pescara 9 maggio 2002; Tribunale Cremona 11 maggio 2008; Tribunale Milano 11 marzo 2013; Tribunale Roma, 15 marzo 2016), ma anche pronunce che si dirigono in senso diametralmente opposto considerando l’animale quale semplice *res* (cfr. Tribunale Milano 2 marzo 2011 e Tribunale di Como 3 febbraio 2016). Altra fattispecie assai rilevante è quella relativa alla pignorabilità degli animali, rispetto alla quale si ricorda che l’articolo 77 della Legge n. 221 del dicembre 2015 ha statuito l’impignorabilità degli animali da affezione o da compagnia tenuti presso la casa del debitore o in luoghi a lui appartenenti, senza fini produttivi, alimentari o commerciali. Restano però esclusi gli animali d’affezione con fini riproduttivi e gli animali d’allevamento che ancora oggi appaiono suscettibili di essere pignorati e successivamente venduti all’asta giudiziaria quali ‘beni’ del debitore.

## La Costituzione e l'uso in sede giudiziaria delle neuroscienze (e dell'intelligenza artificiale): spunti di riflessione

Federico Gustavo Pizzetti\*

THE ITALIAN CONSTITUTION AND THE USE OF NEUROSCIENCE (AND OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE) IN THE JUDICIAL SYSTEM: FOOD FOR THOUGHT

ABSTRACT: The contribution proposes elements of thought on the constitutional principles and rights involved in the use of the neuroscientific evidence or the application of artificial intelligence as an expert judge.

KEYWORDS: Artificial intelligence; neuroscience; constitutional law; judiciary; fundamental rights

SOMMARIO: 1. Neuroscienze forensi e quadro costituzionale – 2. L'uso dell'IA in sede giudiziaria: alcune implicazioni costituzionali – 3. L'uso delle neuroscienze e dell'IA nel settore della giustizia e il principio personalista ("human-centric approach")

### 1. Neuroscienze forensi e quadro costituzionale

**T**ra gli sviluppi tecno-scientifici che più hanno caratterizzato gli ultimi tempi rientrano anche quelli legati alle neuroscienze<sup>1</sup>, sia come autonomo campo disciplinare, che in connessione con gli studi di intelligenza artificiale (IA)<sup>2</sup>.

Se, infatti, come è stato sottolineato sin dagli albori delle ricerche sull'IA<sup>3</sup>, l'intelligenza artificiale prende le mosse dallo studio delle strutture e del funzionamento del sistema nervoso umano "in vivo" per riprodurre "in silico" talune caratteristiche, soprattutto per quanto riguarda le capacità cognitive, allora gli avanzamenti nella conoscenza dell'anatomia e della fisiologia del cervello non pos-

\* Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Milano (Dipartimento di Studi internazionali, giuridici e storico-politici). Mail: [federico.pizzetti@unimi.it](mailto:federico.pizzetti@unimi.it). Contributo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> M.S. GAZZANIGA, R.B. IVRY, G.R. MANGUN, *Neuroscienze cognitive*, Bologna, 2015; E.R. KANDEL, J.H. SCHWARTZ, T.M. JESSEL, *Principi di neuroscienze*, III ed., Milano, 2003; M.F. BEAR, B.W. CONNORS, M.A. PARADISO, *Neuroscienze. Esplorando il cervello*, III ed., Milano, 2007; D. PURVES, E.M. BRANNON, R. CABEZA, S.A. HUETTEL, K.S. LABAR, M.L. PLATT, M.G. WOLDORFF, *Neuroscienze cognitive*, Bologna, 2009; M. MATELLI, C. UMILTÀ, *Il cervello*, Bologna, 2007; A. OLIVERIO, *Prima lezione di neuroscienze*, II ed., Bari-Roma, 2008.

<sup>2</sup> G. PACCHIONI, *L'ultimo sapiens*, Bologna, 2019; D. HASSABIS, D. KUMARAN, C. SUMMERFIELD, M. BOTVINICK, *Neuroscience-Inspired Artificial Intelligence*, in *Neuron*, 95, 2, 2017, 245-258; S. ULLMAN, *Using neuroscience to develop artificial intelligence*, in *Science*, 363, 6428, 2019, 692-693; M. HELMSTAEDTER, *The mutual inspirations of machine learning and neuroscience*, in *Neuron*, 86, 1, 2015, 25-28; T. NASELARIS, D.S. BASSETT, A.K. FLETCHER, K. KORDING, N. KRIEGESKORTE, H. NIENBORG, R.A. POLDRACK, D. SHOHAMY, K. KAY, *Cognitive Computational Neuroscience: A New Conference for an Emerging Discipline*, in *Trends in Cognitive Sciences*, 22, 5, 2018, 365-367.

<sup>3</sup> Nel corso del Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence svoltosi nel 1956.



sono non avere riflessi, come in effetti hanno largamente avuto, anche sull'IA<sup>4</sup>. E, d'altro canto, i grandi passi avanti recentemente compiuti dalle neuroscienze si sono potuti ampiamente giovare anche delle potenzialità della computazione algoritmica, così come in futuro si potranno ulteriormente servire degli apporti di indagine offerti dall'IA<sup>5</sup>.

Per quanto non sia ancora possibile individuare il traguardo ultimo a cui giungeranno le conoscenze e le capacità di intervento e di manipolazione sul cervello umano, e gli sviluppi dell'intelligenza artificiale, tanto le neuroscienze, quanto l'IA hanno già ampiamente investito la filosofia morale<sup>6</sup> come il diritto<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Il fine che le neuroscienze si prefiggono è, infatti, quello di arrivare a comprendere il modo in cui si riescono a generare le diverse facoltà della mente umana partendo dall'indagine dei meccanismi del cervello dal punto di vista anatomico e funzionale e incrociando e combinando gli apporti forniti dalla genetica molecolare, dalla neurofisiologia, dalla biologia cellulare, dalla psicologia cognitiva.

<sup>5</sup> M. O' SHEA, *Il cervello*, Torino, 2012, 4-6.

<sup>6</sup> Si segnalano, *ex multis*: AA. VV., *Neuroethics. Mapping The Field* (Conference Proceedings, 13-14 Maggio 2002, San Francisco, California), New York, 2002; W. GLANNON (a cura di), *Defining Right and Wrong in Brain Science. Essential Readings in Neuroethics*, New York-Washington D.C., 2007; M.J. FARAH, *Emerging ethical issues in neuroscience*, in *Nature neuroscience*, 5, 2004, 1123-1130; J. ILLES, B.J. SAHAKIAN (a cura di), *The Oxford Handbook of Neuroethics*, Oxford, 2013; N. LEVY, *Neuroethics*, Cambridge, 2007; L. BOELLA, *Neuroetica. La morale prima della morale*, Milano, 2008; P.S. CHURCHLAND, *Neurobiologia della morale*, Milano, 2012; A. CERRONI, R. RUFO (a cura di), *Neuroetica. Tra neuroscienze, etica e società*, Torino, 2009; A. LAVAZZA, G. SARTORI (a cura di), *Neuroetica: scienze del cervello, filosofia e libero arbitrio*, Bologna, 2011; M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI (a cura di), *Siamo davvero liberi?: le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Torino, 2010; P. BODDINGTON, *Towards a Code of Ethics for Artificial Intelligence*, New York, 2017; M. ANDERSON, S.L. ANDERSON, *Machine Ethics*, Cambridge, 2018; S.G. TSAFESTAS, *Roboethics: A Navigating Overview*, 2015; N. BONIFATI, *Et voilà i robot. Etica/estetica nell'era delle macchine*, Milano, 2010.

<sup>7</sup> Nell'ampia bibliografia, si v. S. ZECKI, O. GOODENOUGH (a cura di), *Law and the Brain*, Oxford, 2006; O.D. JONES, J.D. SHALL, F.X. SHEN, *Law and Neuroscience*, New York, 2014; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2015, 1-49; F. FERRO, A. GEROLA, P. MAZZOCCA, P. SOMMAGGIO, *Cognitive liberty. a first step towards a human neuro-rights declaration*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 3, 2017, 27-45; M.B. MAGRO, *Biorobotics, Robotics and Criminal Law Some Hints and Reflections*, in *Percorsi costituzionali*, 2016, 235-246; Z. LYNCH, B. LAURSEN, *The Neuro Revolution. How brain science is changing our world*, New York, 2009; S. ROSE, *The future of the brain. The Promise and Perils of Tomorrow's Neuroscience*, New York, 2005; O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro)scienze?*, Torino, 2019; L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, Scienza e Nuove tecnologie*, II ed., Padova, 2016; S. FUSELLI, *Neurodiritto: prospettive epistemologiche, antropologiche e biogiuridiche*, Milano-Udine, 2016; E. PICOZZA (a cura di), *Neuro-law*, Cham, 2016; T.M. SPRANGHER, *International Neurolaw*, Berlin-Heidelberg, 2012; A. D'ALOIA, *Neuroscienze e diritto. Appunti preliminari*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 3, 2017, 1-6; A. GUSMAI, *Le neuroscienze come strumento di "emersione" del diritto muto*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 6, 2017, 7-26; A. BIANCHI, *Neuroscienze cognitive e diritto: spiegare*, in *Sistemi intelligenti*, 2, 2010, 295-312; D. PROVOLO, S. RIONDATO, F. YENISEY (a cura di), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, 2016; S. FUSELLI, *Diritto, neuroscienze, filosofia: un itinerario*, Milano, 2014; L. PALAZZANI, R. ZANOTTI (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze: non siamo i nostri cervelli*, Torino, 2013; M. FREEMAN, O.R. GOODENOUGH (a cura di), *Law, Mind and Brain*, Farnham, 2009; F.G. PIZZETTI, *In Quest of Constitutional Principles of "Neurolaw"*, in *Medicina nei secoli*, 23, 3, 2011, 963-990; M. TARUFFO, *La decisione giudiziaria e la sua giustificazione: un problema per le neuroscienze?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, 1239-1252; A. LAVAZZA, L. SAMMICHELI, *Diritto e neuroscienze*, I e II, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2013, 545-562 e 2014, 73-95; A. CELOTTO, *I robot possono avere diritti?*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 91-99; W. BARFIELD, U. PAGALLO, *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Cheltenham, Northampton, 2018; U. PAGALLO, *The laws of robots: crimes, contracts, and torts*, Dordrecht, 2013; F. ROMANO e G. ELMI TADDEI, *Il robot tra "ius condendum" e "ius conditum"*, in *Informatica e diritto*,

In particolare, assai intenso è stato, negli ultimi anni, il dialogo fra le neuroscienze e le scienze giuridiche in relazione alla “*suitas*”, all'imputabilità per vizio parziale o totale di mente, alla modulazione della responsabilità penale per i soggetti minorenni, alla capacità di agire in sede civile, alla disciplina dei contratti dei consumatori in relazione all'uso di tecniche di neuroscienza cognitiva per “influenzare” i comportamenti di consumo, all'impiego di nootropi in ambito militare, scolastico e lavorativo, alla tutela dei soggetti che ricorrono all'utilizzo di interfacce fra cervello e computer (BCI) dai rischi per la loro integrità psico-fisica e dai pericoli dell’“*hacking*” malevolo da parte di terzi<sup>8</sup>.

Di non minore interesse è stata, invero, l'interazione fra il diritto e le neuroscienze nello specifico settore dell'*amministrazione della giustizia*<sup>9</sup>.

L'impiego delle *neuroscienze forensi*, di cui vi sono stati dei (limitati) casi anche in Italia<sup>10</sup>, può, infatti, giovare, in sede giudiziale, alla migliore valutazione della capacità di intendere e di volere del sogget-

---

2016, 117-139; C. SALAZAR, *Umano, troppo umano...o no? Robot, androidi e cyborg nel “mondo del diritto” (prime notazioni)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2014, 255-276; J. BING, “*Computers and Law*”: gli inizi, in *Cyberspazio e Diritto*, 2013, 9-38; C. BOSCARATO, F. CAROLEO, A. SANTOSUOSSO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2012, 494-516.

<sup>8</sup> F.X. SHEN, *Law and Neuroscience 2.0*, in *Arizona State Law Journal*, 2017, 1043-1086.

<sup>9</sup> Cfr. N. FARAHANY (a cura di), *The impact of behavioral sciences on criminal law*, Oxford, 2009; M.J. FARAH, M.S. HEBERLEIN, *Personhood and neuro science: Naturalizing or nihilating?*, in *American Journal of Bioethics*, 7, 2007, 37-48; D. EAGLEMAN, *Neuroscience and the law*, in *Houston Lawyer*, 16, 2008, 36-40; A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI, *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009; S. FUSELLI, *A misura di test. Neuroscienze ed elemento psicologico del reato*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2, 2018, 1-23; L. CALÒ, *(Neuro)scienze e processo penale. Tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 3, 2017, 1-16; F. BASILE, G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2017, 1-21; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale: nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016; M.A. PISCULLI, N. VENTURA, *Neuroscienze e giustizia penale*, II, Roma, 2012; I. MERZAGORA BESTOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, 2012; A. LAVAZZA, L. SAMICHELII, *Il delitto nel cervello: la mente tra scienza e diritto*, Torino, 2012; A. BONOMI, *Libertà morale e accertamenti neuroscientifici: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 3, 2017, 139-159; A. CORDA, *La prova neuroscientifica. Possibilità e limiti di utilizzo in materia penale*, in *Ragion pratica*, 2016, 355- 379; F. SCHAUER, “*Lie-Detection*”, *neuroscienze e diritto delle prove*, in *Criminalia*, 2016, 33-59; U. FURNARI, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo?*, in *Cassazione penale*, 2012, 2719-2733; F. CASASOLE, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 110-117; P. PIETRINI, *La macchina della verità alla luce delle recenti acquisizioni delle neuroscienze*, in *Cassazione penale*, 2008, 407-416; G. RAGONE, B. VIMERCATI, *Neuroscience and end-of-life decisions. New anthropological challenges for constitutional law: “is Human Nature the only nature of man?”*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2017, 111-130; A. MESSINA, *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio sull'imputabilità*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2012, 247-267; P. RIVELLO, *L'imputabilità e l'infermità mentale nel contesto del diritto vivente*, in *Cassazione penale*, 2018, 422-434; S. D'AMATO, *Le indagini neuroscientifiche e genetiche nell'accertamento dell'imputabilità penale*, in *Critica del diritto*, 2014, 276-309; P. MARCHETTI, *L'uso processuale dei test di memoria autobiografica tra nuove tecnologie e antiche aspirazioni. A proposito di una recente sentenza della Corte d'Appello di Salerno*, in *Cassazione penale*, 2018, 948-955.

<sup>10</sup> Corte ass. app. Trieste, sent. n. 5/2009, in cui prove neuroscientifiche e di genetica comportamentale hanno contribuito, in modo di per sé decisivo, al riconoscimento della seminfermità mentale in capo a un omicida, con conseguente applicazione del massimo di riduzione di un terzo della pena edittale; Trib. Como, sez. GUP, sent. n. 536/2011, in cui immagini neuroanatomiche e neurofunzionali, insieme agli esiti di indagini genetiche, sono stati assunte come elementi che, all'interno di un'ampia ricostruzione del quadro probatorio e di un analitico vaglio di logicità del comportamento delittuoso, hanno condotto il giudicante a riconoscere la semi-imputabilità ad una sororicida; Trib. Cremona, sez. GUP, sent. n. 109/2011, in cui si è fatto ricorso a test di as-

to, grazie ai risultati ottenuti dalla risonanza magnetica funzionale<sup>11</sup>, e dalla genetica comportamentale nell'individuazione di anomalie cerebrali derivanti da patologie, traumi, fattori ereditari e ambientali che possono riverberarsi in un vizio di mente.

sociazione implicita autobiografica per far emergere, dalla memoria della vittima di violenza sessuale, alcune tracce rappresentative del ricordo dell'evento criminoso, così da portare il giudice al convincimento della colpevolezza dell'imputato; Trib. Vicenza, sez. GUP, sent. 24.1.2013 e C. app. Venezia, sent. 16.12.2013, in cui gli esiti di una perizia neuro-scientifica, da cui si evincevano significative patologie organiche di tipo tumorale ai danni di aree cerebrali coinvolte nell'autocontrollo degli impulsi di un pediatra imputato di abusi sessuali su piccoli pazienti, non sono stati ritenuti probanti; Trib. Milano, sez. GUP, sent. n. 1243/2014 e C. ass. app. Milano, sent. n. 15/2015, in cui elementi di tipo neuro-scientifico sono stati integrati all'interno di più classiche indagini psichiatrico-forensi per suffragare diagnosi di schizofrenia paranoide a carico di imputati di omicidi commessi su persone casualmente incontrate per la strada; Trib. Piacenza, sent. n. 280/2014, in cui metodi neurologici sono stati applicati a supporto degli esiti di indagini cliniche-nosografiche che avevano diagnosticato un'amnesia dissociativa in un genitore incolpato per aver abbandonato il proprio figlio minore, poi deceduto, all'interno dell'abitacolo di un'autovettura; C. ass. app. Catanzaro, sent. n. 37/2013 (confermata da Cass., sez. I pen., sent. n. 45351/2015), in cui nell'ambito di un procedimento per omicidio perpetrato, all'interno di una coppia, per futili motivi e aggravato dalla crudeltà, le perizie genetico-comportamentali addotte a difesa non sono state accolte ai fini dell'applicazione delle attenuanti generiche; C. ass. app. Caltanissetta, sent. n. 7/2014 (confermata da Cass., sez. I pen., sent. n. 2016/27129), in cui, in relazione a un omicidio (con seguente occultamento di cadavere), compiuto d'impeto e all'esito di una lite per motivi di gelosia, è stata ritenuta priva di fondamento scientifico consolidato – tale, cioè, da poterla far ritenere acquisita la patrimonio delle neuroscienze – una base genetica che avrebbe “predisposto” il reo ad azioni impulsive limitandone le ordinarie capacità di autocontrollo; C. ass. app. Brescia, sent. n. 21/10/2016 (annullata, però, da Cass., sez. I pen., sent. n. 11607/2018 proprio censurando il percorso argomentativo svolto dalla corte territoriale) in cui non era stato dato sufficiente spazio agli esiti delle più recenti acquisizioni scientifiche, fra le quali rientrano anche quelle sullo sviluppo progressivo, anche oltre la soglia anagrafica della maggiore età legale, delle aree cerebrali prefrontale e ventromediale, legate ai “freni inibitori”, in relazione all'accertamento del grado di maturazione delle facoltà cognitive e delle competenze sociali e affettive di un imputato di omicidio; C. app. Salerno, sent. n. 2575/2017 (confermata da Cass., sez. I pen., sent. n. 26895/2018), in cui, nell'ambito di un giudizio di revisione (e nonostante l'orientamento “aperturista” di Cass., sez. V pen., sent. n. 14255/2013), si è ritenuto non ancora suffragato da sufficiente riconoscimento della comunità scientifica, e comunque inammissibile in quanto in contrasto con la tutela della libertà morale, un *test* di associazione implicita per il recupero di ricordi autobiografici (sulla stessa lunghezza d'onda anche C. app., sez. min., Milano, sent. n. 72/2013, confermata *in parte qua* da Cass., sez. I pen., sent. n. 30096/2015); C. ass. app. Roma, sent. n. 23.2.2017 (confermata da Cass., sez. I pen., sent. n. 11897/2019, anche e soprattutto sul punto della motivazione riguardante l'apprezzamento delle risultanze peritali), in cui si è fatto ampio ed articolato ricorso a plurime tecniche neuro scientifiche, e di genetica comportamentale, per pervenire al riconoscimento di seminfermità mentale in un reo confessore di omicidio (accompagnato, prima, da sequestro di persona e, poi, da vilipendio di cadavere, nonché da furto di oggetti di valore presenti sul corpo dell'uccisa).

<sup>11</sup> La risonanza magnetica funzionale misura la “risposta emodinamica”, legata alla variazione del flusso ematico portatore di ossigeno (c.d. segnale “Blood Oxygenation Level Dependant” o BOLD), riscontrabile in una data popolazione di neuroni rispetto alle altre, per individuare quale area specifica del cervello risulti maggiormente irrorata di sangue ricco di ossigeno e quindi più “attiva” durante l'esecuzione di particolari “task”. Sottoponendo il soggetto a *test* che implicano lo svolgimento di compiti cognitivi, e comparando gli esiti della risonanza magnetica funzionale svolta durante il *test* con quelli conseguiti da un gruppo composto da individui sani, è possibile evidenziare, attraverso le riscontrate differenze di attività cerebrale presenti nelle varie aree dell'encefalo del soggetto esaminato e del gruppo di controllo, la presenza di eventuali anomalie neurofunzionali della persona sottoposta a *test* (come, ad esempio, una ridotta attività dei lobi frontali che intervengono nella modulazione degli impulsi istintivi e quindi nelle forme di autocontrollo cosciente e volontario, op-



Le stesse neuroscienze forensi possono, inoltre, contribuire, in sede di interrogatorio, allo studio di eventuali affermazioni mendaci mediante il tracciamento delle aree cerebrali coinvolte nella soppressione della risposta “veritiera” e nella conseguente elaborazione della dichiarazione “falsa” (c.d. tecniche di “*deception detection*”)<sup>12</sup>.

E ancora, mediante la rilevazione — attraverso dispositivi di tipo neurotecnologico — dei tempi di reazione psicomotoria del soggetto alla presentazione di concetti correlati o de-correlati nella mente/cervello (“*autobiographical Implicit Association Test – a-IAT*”), si pensa che sia possibile (sia pure con un certo ampio margine di incertezza) far “emergere”, in sede processuale, la presenza di eventuali contenuti mnescici non sempre del tutto accessibili alla coscienza del soggetto stesso (c.d. tecniche di “*memory detection*”)<sup>13</sup>.

L'impiego di tali tecniche nelle aule di giustizia richiede, tuttavia, di tener conto, sul piano spiccatamente costituzionale, dei diritti fondamentali posti a presidio della persona umana rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale<sup>14</sup>.

Infatti, l'affermarsi, come noto, del principio di legalità<sup>15</sup>, portato dell'avvento dello Stato di diritto e suo pilastro costitutivo, insieme al consolidarsi della supremazia della Costituzione come insieme di

---

pure la presenza di processi patologici o di esiti post-traumatici in grado di influire sul funzionamento “normale” dei circuiti cerebrali e di dar luogo, perciò, a possibili *deficit* cognitivi, mnescici o di autocontrollo).

<sup>12</sup> La tecnica, che si serve dell'elettroencefalografia, si basa sulla rilevazione di specifiche onde elettriche generate dal cervello, la cui relativa variazione in ampiezza è ritenuta (sia pure in modo non pacifico) un indice corrispondente alla modulazione dell'attività dei circuiti cerebrali direttamente implicati nello svolgimento di un compito cognitivo. Tale tecnica può, quindi, esser utilizzata, oltreché per l'accertamento e la valutazione di gravità di malformazioni cerebrali che si riflettono in onde anormali, anche per intercettare la presenza di ricordi nella mente del soggetto. Questi ultimi, infatti, quando vengono rievocati durante l'interrogatorio, sembrerebbero poter innescare (ma il condizionale è d'obbligo, visto che il metodo è ancora largamente sperimentale) una particolare onda cerebrale, la cui presenza viene registrata dall'apparecchiatura. Lo stesso principio può, in effetti, essere applicato anche per una diversa finalità, ossia non per verificare se il soggetto possiede, o meno, determinati ricordi, ma per appurare se egli stia riferendo, oppure no, secondo verità, quello che dice di ricordare. Qualora, infatti, a fronte della dichiarazione del soggetto di *non* avere ricordo di un accadimento, si registri comunque, nel cervello, l'onda elettrica specifica legata alla presenza del ricorso stesso, si potrebbe inferire — sempre che non si tratti, in realtà, di un ricordo inaccessibile alla memoria cosciente — che il soggetto *non* avrebbe risposto secondo verità.

<sup>13</sup> Il *test a-IAT* viene somministrato mediante un computer dotato di uno schermo e di una *consolle* a pulsanti. Al soggetto viene presentata una batteria di stimoli (simboli o proposizioni), ai quali deve rispondere nel più breve tempo possibile, scegliendo fra le alternative prospettate dalla macchina stessa mediante la pressione, volontaria, del pulsante corrispondente alla risposta che intende dare. Il tempo di velocità (e il fattore di accuratezza) di ciascuna risposta è misurato con estrema precisione dall'apparecchiatura e viene poi raffrontato con i valori ricavati da risposte a domande “neutre”. Il principio alla base del *test* è che il tempo di reazione nel rispondere a contenuti “correlati” nella mente è minore, se confrontato con quello che si otterrebbe rispetto a contenuti “de-correlati”. In tal modo può, quindi, essere possibile accertare, dal comportamento motorio di risposta, se effettivamente vi sono, o no, dei contenuti nella memoria non accessibile del soggetto giacché se il ricordo è comunque presente, anche e non coscientemente rievocabile, l'intervallo di latenza della risposta corporea, anche indotta inconsciamente, risulterebbe minore.

<sup>14</sup> Sia consentito riferirsi, anche per ulteriori rinvii bibliografici e per una più estesa ricostruzione dei casi giudiziari, a F.G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Torino, 2012.

<sup>15</sup> Di particolare interesse per la ricostruzione storica del principio di legalità applicato al regime probatorio è il contributo di A. NAPPI, *Libertà e legalità della prova in età moderna e contemporanea*, in *Cassazione penale*, 2012, 414-420.

regole e tavola assiologica dell'ordinamento<sup>16</sup>, comportano che debba ritenersi *inammissibile* un sistema processuale e giudiziario in contrasto con la Carta fondamentale.

In tale ottica, perciò, come è stato efficacemente affermato in dottrina, «un qualsiasi mezzo di prova, le cui modalità di formazione di acquisizione o di assunzione — a prescindere dalla qualificazione dell'illecito e indipendentemente dalla presenza di specifici divieti, enunciati nelle norme processuali ordinarie — siano comunque in contrasto con le garanzie fondamentali della persona o del giudizio, che la Costituzione riconosce ed assicura nell'ambito di quel processo “equo” e “giusto”»<sup>17</sup> integrebbe gli estremi di quella che si potrebbe arrivare a definire come una vera e propria “*prova incostituzionale*” a cui non potrebbe esser dato alcun legittimo spazio.

È alla Costituzione, quindi, ancor prima che alla legge, che occorre volgere l'attenzione per individuare il percorso, rispettoso dei diritti fondamentali, che può condurre all'ammissione, in sede giudiziale, dei diversi *mezzi di prova di tipo neuroscientifico*.

In tal senso, viene in rilievo, in primo luogo, il *diritto alla difesa e alla prova* di cui agli artt. 24, c. 2 e 111, cc. 2-5 Cost.<sup>18</sup>.

Lo studio di eventuali anomalie anatomico-funzionali cerebrali contribuisce, infatti, ad ottenere una più raffinata valutazione sullo stato di infermità mentale o una più completa ricostruzione della dinamica dei fatti, con beneficio, perciò, per la posizione dei soggetti coinvolti. E, tuttavia, è lo stesso diritto alla difesa a sbarrare opportunamente la strada — stante il divieto costituzionale del “*nemo tenetur se detegere*”, ricavabile dallo stesso art. 24, c. 2 Cost. — all'ingresso nel giudizio della prova neuro-scientifica *ai danni del prevenuto*, con la finalità, cioè, di “catturare”, oltre la sua autonoma e cosciente volontà, elementi che gli siano pregiudizievoli<sup>19</sup>.

In secondo luogo, la sottoposizione a *test* neuro-scientifici in sede giudiziale deve considerare il *diritto alla salute*, ex art. 32 Cost.<sup>20</sup>.

Dal momento, infatti, che il ricorso alle neuroscienze implica pur sempre la sottoposizione ad accertamenti di tipo *medico* (che si tratti di una risonanza magnetica funzionale o di un'encefalografia),

<sup>16</sup> Cfr. G. LOMBARDI (a cura di), *Costituzione e diritto costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, 1985; A. AMORTH, *Dallo Stato assoluto allo Stato costituzionale*, in *Questioni di storia moderna*, Milano, 1948; G. ZAGREBELSKY, *Società, Stato, Costituzione*, Torino, 1988; S. BARTOLE, *Costituzione* (voce), in *Digesto. Discipline pubblicistiche*, IV, Torino, 1989, 288-321; M. FIORAVANTI, *Stato (storia)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, 1990, 708-758; R. BIN, *Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna, 1988.

<sup>17</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima e inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cassazione penale*, 1996, 1548.

<sup>18</sup> M. SCAPARONE, *Evoluzione ed involuzione del diritto di difesa*, Milano, 1980; P. MAZZINA, *Nuove prospettive del diritto di difesa: profili costituzionali di un disegno in evoluzione*, Napoli, 2011; G. DE VERGOTTINI, *Il diritto di difesa come principio fondamentale della partecipazione al processo*, in *Diritto e società*, 1986, 95-105; M. CHIAVARI, *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1984; A. POLICE, *Articolo 24*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Milano, 2006, 501-525.

<sup>19</sup> V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006; M. SCAPARONE, *Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato*, in *Politica del diritto*, 1994, 531-564; V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972; F. CARNELUTTI, *Diritto dell'imputato agli esperimenti sul suo corpo*, in *Rivista di diritto processuale*, 1957, 273.

<sup>20</sup> D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002; L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Articolo 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *op. cit.*, 655-674.

occorre scongiurare che i *test* in questione determinino lesioni o alterazioni significative nell'organismo del soggetto che viene esaminato, ovvero causino a quest'ultimo delle apprezzabili sofferenze.

Sotto questo aspetto, va peraltro segnalato che le metodiche oggi impiegate dalle neuroscienze forensi appaiono *complessivamente sicure*, dal momento che esse non fanno uso di sostanze radiogene, si servono di campi elettromagnetici di intensità alquanto moderata e ampiamente sopportabile, non comportano la somministrazione di sostanze psicotrope, prevedono che la misurazione dei tempi di reazione avvenga mediante normali *consolle* informatizzate liberamente azionate dal soggetto in ambienti confortevoli e sotto la vigilanza dell'esperto.

In terzo luogo, visto che gli accertamenti probatori a mezzo di neuro-apparecchiature richiedono, qualora il soggetto non collabori volontariamente, una temporanea immobilizzazione — che si tratti di entrare all'interno dell'apparato di risonanza magnetica o di indossare un caschetto per l'elettroencefalografia —, l'eventuale esecuzione *coattiva* dei *test* dovrà avvenire nello scrupoloso rispetto delle garanzie fissate dalla Costituzione per la *libertà personale* regolata dall'art. 13 Cost.<sup>21</sup>.

In caso di mancata cooperazione dell'interessato, quindi, la prova neuro-scientifica sarà esperibile solo in presenza di atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei casi tassativamente stabiliti dalla legge, nonché a fronte dello scrupoloso rispetto della dignità e del pudore della persona<sup>22</sup>.

Infine, e in particolare, si deve tenere in piena considerazione la salvaguardia del *diritto alla libertà morale* ricavabile dagli artt. 2 e 13, c. 4 Cost.<sup>23</sup>.

Le neuroscienze forensi, infatti, che si tratti di quelle utilizzate per la valutazione del vizio di mente, oppure di quelle impiegate per l'accertamento della genuinità della dichiarazione o per l'individuazione di eventuali ricordi latenti, rappresentano, tutte, com'è intuitivo, delle specie di potenti "*spie*" rivolte dall'esterno *direttamente sull'interno organico*<sup>24</sup> dell'individuo. Tali metodi, infatti, "bypassano" il *comportamento esteriore* del soggetto, di cui non tengono pressoché alcun conto, per *accedere*, in modo *immediato*, al *funzionamento* e alla *struttura* stessa del cervello, ai *correlati neurali e genetici* delle attività mentali, ai *contenuti mnesici* presenti "nell'interno" più intimo del corpo della persona<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> M. RUOTOLO, *Articolo 13*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *op. cit.*, 321-341; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971; L. ELIA-M. CHIAVARIO (a cura di), *La libertà personale*, Torino, 1977; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, V, Padova, 1957, 352-408.

<sup>22</sup> M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 2151-2162; P. MOSCARINI, *Le prove penali non dichiarative fra tutela dei diritti umani e difesa sociale*, in G. CONSO (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 704-712.

<sup>23</sup> G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 1629-1701.

<sup>24</sup> Locuzione questa mutuata da F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 1987, 923.

<sup>25</sup> Il *test a-IAT*, in effetti, tiene conto del comportamento del soggetto visto che si basa sulla registrazione della risposta psicomotoria ma ne misura unicamente taluni, specifici, parametri meramente fisico-quantitativi (la velocità di reazione della risposta stessa), senza prendere in considerazione gli elementi verbali o dichiarativi che il soggetto può fornire.



Va, dunque, scongiurato l'impiego, in sede giudiziaria, di metodi o tecniche neuroscientifiche che, sfruttando tale capacità di investigare direttamente e immediatamente l'"interno organico" del soggetto, risultino idonee anche ad alterare la capacità dell'individuo di autodeterminarsi e di ricordare e riferire i fatti, e quindi tali da minare la sua libertà morale.

Da questo punto di vista, giova peraltro osservare che tutti i metodi di indagine neuro-scientifica attualmente in uso *non* comportano affatto l'impiego di apparecchiature o di preparati chimici effettivamente *idonei* ad alterare il funzionamento della "circuiteria" cerebrale, forzando l'autonoma libertà della persona e la sua genuina attitudine a rammentare e ponderare i fatti.

Nessuna tecnica, infatti, prevede la sottoposizione a campi elettromagnetici indotti dall'esterno allo scopo di perturbare gli ordinari impulsi cerebrali interni modulati volontariamente, né la somministrazione di sostanze psicotrope in grado di scombinare il normale funzionamento biochimico dei neuro-trasmittitori sopprimendo la potestà di autodeterminazione della persona. Ciò non toglie — ovviamente — che occorra anche evitare che l'impiego delle neuroscienze forensi, a prescindere dalla loro incapacità di incidere in via immediata e diretta sul funzionamento del cervello a livello di segnali elettro-chimici, possa determinare, sul piano squisitamente psicologico, una forma di "*suggestione*" di intensità tale incidere sulla piena libertà morale del soggetto.

La persona, infatti, potrebbe non sentirsi pienamente libera anche solo per il turbamento che può indurre la "*introspezione*", che egli avverte particolarmente "intrusiva", del suo cervello. Particolare attenzione deve essere, quindi, sempre posta sulle modalità specifiche con le quali i metodi neuroscientifici vengono effettivamente applicati in sede giudiziaria in modo da fugare appieno i pericoli che essi possano avere effetti suggestivi.

## 2. L'uso dell'IA in sede giudiziaria: alcune implicazioni costituzionali

Quanto all'uso dell'IA in sede giudiziaria, particolare interesse ha suscitato, negli Stati Uniti, il ricorso ad un algoritmo predittivo di tipo statistico, usato dai giudici americani per determinare il rischio di recidiva di un soggetto che aveva commesso un'infrazione stradale<sup>26</sup>, mentre la possibilità di ricorrere a veri e propri *software intelligenti*, addirittura per la trattazione e la decisione completa delle cau-

<sup>26</sup> Il riferimento è al caso *Compas: State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016). Il cittadino Eric Loomis, condannato da una corte di contea dello Stato del Wisconsin ad una pena particolarmente severa, rispetto alla gravità del reato commesso in ragione di un giudizio prognostico sulla sua alta probabilità di recidiva — giudizio, questo, alla cui formazione contribuiva l'impiego di un programma algoritmico, denominato "COMPAS" (della società E-QUIVANT), di *risk-assessment* basato sull'elaborazione di dati statistici, del casellario giudiziario e di un questionario — richiedeva di poter conoscere i contenuti del *software* impiegato nel suo caso. L'istanza veniva respinta dalla corte territoriale sulla base della motivazione che la tutela dell'opera dell'ingegno non consentiva di poter mettere a disposizione di terzi il codice sorgente sviluppato da una società privata. Interposto appello, la questione veniva rimessa alla Corte Suprema del Wisconsin, che non rilevava alcuna violazione della "*due process clause*" costituzionale nell'impossibilità, per l'imputato e i suoi difensori, di avere avuto accesso al codice del programma. Secondo la Corte Suprema dello Stato, infatti, l'utilizzo del *software non* sarebbe stato determinante rispetto alla valutazione di rischio di recidiva del condannato, compiuta dalla corte di contea, poiché quest'ultima si sarebbe basata anche su altri ed autonomi fattori. Tuttavia, la stessa Suprema Corte ha ritenuto comunque di dover raccomandare, per il futuro, alla società E-QUIVANT di fornire, nel corso dei successivi rilasci delle versioni aggiornate del proprio prodotto COMPAS, delle raccomandazioni a beneficio dei giudici in modo da metterli pienamente al corrente del corretto uso del *software*.

se *al posto del giudice umano*, sia pure limitatamente ai soli casi di minore rilevanza, è stata di recente avanzata sia in Europa, segnatamente in Estonia, che in Cina.

Va da sé che alla pari dell'impiego in sede giudiziaria delle neuroscienze, anche l'eventuale uso, nella stessa sede, di sistemi automatici esperti di IA al fine di *integrare* (o addirittura di *sostituire*) l'attività del giudice umano, richiede il pieno e scrupoloso rispetto dei diritti e dei principi sanciti dalla Carta fondamentale.

Ebbene, autorevole dottrina ha già compiuto un'attenta ricognizione oltreché della fattibilità stessa di introdurre un *robot* in tribunale dal punto di vista della capacità di quest'ultimo di compiere le operazioni di valutazione dei fatti e di interpretazione della legge tipici del giudice umano<sup>27</sup>, anche dei principi e dei diritti costituzionali che ne verrebbero coinvolti<sup>28</sup>.

In modo particolare, traendo spunto dagli orientamenti sviluppatisi nell'ultima giurisprudenza amministrativa formatasi rispetto all'uso di un algoritmo per l'assegnazione di docenti a sedi scolastiche nel corso delle procedure previste dalla legge c.d. "*Buona Scuola*"<sup>29</sup>, sono stati evidenziati alcuni

<sup>27</sup> Con raffinate riflessioni, M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 872-893.

<sup>28</sup> C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 177-182; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 63-89; S. QUATTROCCO, *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 135-144.

<sup>29</sup> Il riferimento è all'impiego di un programma (prodotto dalla società HPE) ai cui contenuti informatici, taluni insegnanti, ritenutisi penalizzati illegittimamente rispetto ad altri nell'individuazione della destinazione di servizio decisa dal programma stesso, hanno richiesto di avere accesso. A *latere* delle questioni in punto diritto di accesso, ex legge n. 241/1990 (e s.m.i.), al *software* quale documento amministrativo, ampiamente affrontate dal g.a. nelle pronunce che hanno deciso i ricorsi degli insegnanti, in questa sede giova segnatamente osservare come lo stesso giudice abbia, inizialmente, ammesso la legittimità dell'impiego, da parte della PA, di una procedura amministrativa totalmente automatizzata qualora si dimostri effettivamente servente al raggiungimento dei fini di buon andamento dell'attività amministrativa ai sensi dell'art. 97 Cost., *sub specie* della maggior celerità dell'istruttoria, ma *solo* se si tratta di atti a contenuto *strettamente vincolato* e di operazioni connotate da grande numerosità e serialità: così TAR Lazio, Roma, sez. III bis, sent. n. 3769/2017 e TAR Lazio, sez. III bis, sent. n. 7333/2019. Successivamente, il giudice amministrativo ha invece affermato, al contrario, che il rispetto dei principi costituzionali di cui all'art. 97 Cost. e della disciplina ex legge n. 241/1990 (e s.m.i.) in relazione agli istituti di partecipazione procedimentale, all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi e al principio ineludibile dell'interlocuzione personale degli interessati con la PA, esclude ogni possibilità, per l'Amministrazione, di servirsi di procedure totalmente algoritmiche: così TAR Lazio, sez. III-bis, sent. n. 9224-9230/2018. Più recentemente, infine, il g.a. ha affermato nuovamente la legittimità della scelta, per la PA, di servirsi di procedure automatizzate, sempre e solo in presenza di atti a contenuto vincolato e di operazioni numerose e seriali, ma a condizione che, almeno *nella fase pre-decisoria e decisoria*, sia comunque previsto l'intervento del funzionario "umano" col precipuo compito di verificare, prima dell'assunzione del provvedimento amministrativo di sua esclusiva spettanza, il corretto funzionamento dell'"algoritmo informatico": così TAR Lazio, sez. III-bis, sent. n. 6688/2019. In materia è, peraltro, intervenuto anche il Consiglio di Stato, con un orientamento favorevole all'automazione nel procedimento amministrativo, reputata rispettosa dei principi di cui all'art. 97 Cost. e alla legge n. 241/1990 (e s.m.i.) soprattutto quando si tratta di procedimenti standardizzati che implicano l'elaborazione di grandi quantità di istanze. E tuttavia è sempre necessario, secondo i giudici di Palazzo Spada, che i dati da acquisire nel procedimento automatizzato siano certi e comprovabili; che non residui alcuno spazio di discrezionalità nel quale l'algoritmo non potrebbe in ogni caso inserirsi; che l'algoritmo stesso preveda una soluzione definita anche per i casi improbabili e che sia soggetto a *test* e aggiornamenti costanti, e a continui perfezionamenti tecnologici soprattutto se si tratta di meccanismi di apprendimento progressivo e di *deep learning*; che non sia reso in alcun modo difficoltoso, né tantomeno impedito, l'eventuale intervento successivo del giudice "umano" al fine di permettere a quest'ultimo il pieno sindacato sul concreto



principi di rango costituzionale di cui occorre tenere conto non solo nel procedimento amministrativo, ma anche in sede di esercizio della funzione giurisdizionale qualora vengano impiegati dei sistemi algoritmici (o di IA).

Si tratta, in specifico, dei principi di conoscibilità e di non esclusività, al quale si aggiunge quello del giusto processo.

Il primo principio (di *conoscibilità*) richiede che la portata e gli scopi dei sistemi di IA utilizzati siano apertamente resi noti e che, alla pari della motivazione del giudice “in carne ed ossa” — sempre richiesta ai sensi dell’art. 111 Cost. —, siano altresì “spiegabili” le ragioni per mezzo delle quali, in base agli elementi di *input* ricevuti, il meccanismo automatizzato è pervenuto ad una data decisione.

Occorre, inoltre, che sia conoscibile, in tutti i suoi molteplici aspetti, la *regola algoritmica* applicata dal sistema, ovvero sia la regola tecnico-informatica che, sulla base delle previsioni di legge, contiene le specifiche istruzioni in linguaggio macchina che l’elaboratore dovrà eseguire per pervenire alla soluzione decisoria.

È, infatti, solo conoscendo gli autori del *software*, le istruzioni del programma e i meccanismi informatizzati per mezzo dei quali le stesse istruzioni sono eseguite dal sistema elettronico, che diviene efficacemente e concretamente possibile controllare — da parte di un soggetto umano — che gli esiti del processo decisionale robotizzato risultino, pienamente, conformi alle prescrizioni di legge.

Il secondo principio (di *non esclusività*) vuole, invece, che la decisione (giudiziaria) *non* si basi *unicamente* sull’operato di un algoritmo, sia nel senso che al giudice (umano) deve esser sempre riconosciuto un *autonomo margine di apprezzamento e valutazione*, sia nel senso che, anche nell’ipotesi in cui si arrivi a introdurre l’operato di un decisore “robotico” (magari per esigenze di speditezza della trattazione degli affari giudiziari e in presenza di controversie “seriali”), occorre pur sempre garantire all’interessato la facoltà di richiedere l’intervento del “*giudice umano*” in ogni stato e grado del procedimento.

Il terzo principio (del *giusto processo*) attiene all’idoneità stessa del sistema algoritmico di essere funzionale alle esigenze di giustizia, il che implica l’accertamento, in modo convincente e completo, che esso si basi su un modello informatico-computazionale affidabile e sicuro.

A questi tre principi, volendosi muovere nel solco del secondo (quello di non sostituibilità), se ne può, volendo, aggiungere anche un *quarto sinora inesplorato dalla dottrina*.

Si tratta, in specie, del *principio del giudice naturale*, dal quale nessuno può essere “distolto”, di cui all’art. 25 Cost.

È ben noto che il principio in parola trae la sua radice dall’affermazione rivoluzionaria, tardo-settecentesca, dei principi democratico-liberali in contrapposizione all’invadenza regia sull’amministrazione della giustizia, anche attraverso lo “spostamento” della competenza, persino per singoli casi.

---

esercizio del potere amministrativo: così Cons. St., sez. V, sent. n. 2270/2019. Da quanto precede, si evince come, pur con differenti oscillazioni, la giurisprudenza amministrativa — tanto dei Tribunali Amministrativi Regionali, quanto del Consiglio di Stato — abbia individuato nel quadro costituzionale (e altresì nella legge n. 241/1990 e s.m.i.) i principi di conoscibilità e di non esclusività di cui più diffusamente *in testo*, quali principi di cui occorre tener pieno conto nel progettare, da parte della PA, l’utilizzo di sistemi algoritmici per l’espletamento di attività amministrativa.

Altrettanto noto è che la formula in discorso è stata ritenuta, nel tempo, una semplice eniadi rispetto al principio di precostituzione per legge dell'organo giudiziario<sup>30</sup>.

E tuttavia, v'è almeno da domandarsi se il concetto di giudice naturale non possa essere inteso *anche* in un significato distinto, rispetto a quello di giudice precostituito per legge (vale a dire diverso dall'obbligo di previa individuazione da parte del Parlamento, in via generale ed astratta, dell'organo giurisdizionale chiamato a risolvere una determinata controversia, e al correlato divieto di istituzione del giudice *ex post facto*, peraltro ribadito anche dall'art. 102 Cost.).

Ora, uno dei significati propri del termine "*naturale*" nella lingua italiana, come ben si sa, è quello di entità contrapposta a quel che è (invece) "*artificiale*".

Da questo punto di vista, il precetto costituzionale *ex art. 25 Cost.*, nel suo riferimento al "*giudice naturale*", potrebbe anche essere letto in un significato senz'altro *nuovo e diverso*, ma non invero del tutto impedito dalla lettera del testo.

Si tratterebbe, infatti, di interpretare il principio costituzionale del *giudice naturale anche* nel senso di sancire che *nessuno può esser distratto dal proprio giudice "non artificiale"*, e cioè dal proprio giudice "*essere umano*".

In quest'ottica, la portata dell'art. 25 Cost. potrebbe perciò arrivare a comprendere, oltre agli altri elementi di consolidata interpretazione (la precostituzione del giudice per legge), il diritto di ciascuno a non essere sottratto al proprio giudice "*umano*" per essere invece affidato (*unicamente*) al giudice "*robotico*", in linea, peraltro, con le più recenti elaborazioni a livello europeo in tema di impiego dell'IA in sede giudiziaria.

La *European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ) del Consiglio d'Europa, infatti, ha adottato, all'esito della sua XXXI riunione plenaria tenutasi il 3-4 dicembre 2018, una "*European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*"<sup>31</sup>, articolata in cinque principi etici<sup>32</sup>, l'ultimo dei quali<sup>33</sup> prevede proprio che l'uso di servizi o dispositivi di intelligenza artificiale *non* debba mai limitare, per gli operatori del sistema giustizia, la possibilità di sottoporre in ogni momento le decisioni giurisdizionali (e i dati che posti alla base di queste ultime) ad un controllo umano esterno. La stessa Carta richiede, inoltre, che venga garantito al cittadino il diritto a ottenere l'intervento di un tribunale ordinario (cioè "*umano*") in sede di impugnazione della decisione assunta dal sistema esperto (o anche prima, durante il corso del giudizio "*automatizzato*" affinché la causa vada a decisione davanti al giudice "*umano*" sin dal primo grado di giudizio e non solo in sede di impugnazione).

Dal canto suo, il *Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale*, istituito dalla Commissione europea come *panel* indipendente, ha elaborato e diffuso, l'8 aprile 2019, alcuni "*Orientamenti etici per un'IA affidabile*", basati su quattro principi etici e sulla verifica di sette requisiti fundamenta-

<sup>30</sup> Si v., nella migliore dottrina, R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento v. II, Milano, 1988, 365-384.

<sup>31</sup> C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo? I lavori in corso alla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa*, in *Questione giustizia*, 2018, 189-195.

<sup>32</sup> Segnatamente: 1. Rispetto dei diritti fondamentali; 2. Non discriminazione; 3. Qualità e sicurezza; 4. Trasparenza, imparzialità e correttezza; 5. Uso sotto controllo umano.

<sup>33</sup> Si tratta del «*principle "under user control"*».

li<sup>34</sup>, nei quali si sottolinea la necessità che i sistemi di IA siano costruiti, prima, e integrati nel contesto sociale, poi, in modo tale da rispettare sempre — *inter alia* — il giusto processo e l'uguaglianza di fronte alla legge<sup>35</sup>, ivi compreso il diritto di *non* essere sottoposti a una decisione basata *unicamente* sul trattamento automatizzato, quando questa produca effetti giuridici o incida in modo significativamente analogo sui destinatari della decisione stessa<sup>36</sup>.

Alla luce delle raccomandazioni e delle linee guida richiamate, sembrano, quindi, esservi basi tutt'altro che fragili per arrivare a sostenere, in ultima analisi, che il *principio del giudice naturale, dal quale nessuno può essere distolto*, se applicato ai contesti di IA, debba, quantomeno, imporre alla legge processuale, e a quella sull'ordinamento giudiziario, la previsione di forme *pienamente efficaci di ricorso* al "giudice naturale-persona fisica" avverso una decisione assunta dal sistema esperto (di IA).

È evidente, infatti, che, *in caso contrario*, il destinatario della decisione "robotizzata" si vedrebbe del tutto *privo di accesso al proprio giudice naturale*, quest'ultimo inteso, per l'appunto, nel senso qui proposto di giudice "umano".

Ma v'è di più.

A questa "lettura" del principio *ex art. 25 Cost.*, se ne potrebbe, infatti, affiancare anche un'altra.

Il divieto di essere distolti dal *giudice naturale* potrebbe *non esaurirsi unicamente* nel prevedere istituti di impugnazione davanti a un "giudice umano" delle decisioni prese da sistema di IA, ma richiedere, altresì, l'intervento del giudice "togato" (e, cioè, del giudice "*in carne ed ossa*") in qualsiasi procedimento giurisdizionale, almeno nella fase decisoria della causa, anche laddove intervengano dei sistemi di IA.

<sup>34</sup> In dettaglio, i principi etici proposti risultano: 1. Rispetto dell'autonomia umana; 2. Prevenzione dei danni; 3. Equità ed esplicabilità. I requisiti fondamentali indicati sono: 1. Previsione di forme di intervento e sorveglianza umani; 2. Predisposizione di sistemi dotati di robustezza e sicurezza tecnica; 3. Tutela della riservatezza e implementazione di efficaci meccanismi per la gestione del trattamento dati; 4. Rispetto della trasparenza; 5. tutela della diversità, della non discriminazione e dell'equità; 6. Promozione del benessere sociale; 7. Efficace *accountability*.

<sup>35</sup> *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, doc. 8.4.2019, p. 12.

<sup>36</sup> Nell'ambito della disciplina in materia di protezione dei dati personali vige il principio secondo il quale l'interessato gode del diritto di *non* essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, salvo poche e limitate eccezioni (consenso esplicito dell'interessato, conclusione o esecuzione di un contratto nel quale l'interessato è parte, autorizzazione data dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento), in presenza delle quali lo stesso soggetto interessato ha comunque il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione (art. 22 reg. n. UE/2016/679). Anche laddove l'adozione di una decisione basata su procedure totalmente automatizzate venga autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro del titolare del trattamento, è sempre imposto al diritto dell'Unione o dello stesso Stato di prevedere misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato. Resta comunque fermo che la persona coinvolta in un processo decisionale automatizzato deve poter ricevere informazioni significative sulla "logica utilizzata" dal sistema automatico e sull'importanza e sulle conseguenze che tale trattamento può avere sulla sua sfera giuridica (art. 13, c. 2 reg. n. UE/2016/679). Cfr. Working Party Article 29, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, WP251 (rev. 01), 6.2.2018; F. PIZZETTI (di e a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dati personali e regolazione*, Torino, 2018.

In tale prospettiva, perciò, l'IA potrebbe, al massimo, fungere da “servizio di ausilio e supporto all'amministrazione della giustizia” (nei termini fatti propri dall'art. 110 Cost.), senza però poter mai supplire all'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice umano, che sarebbe da ritenersi costituzionalmente *indefettibile*.

### 3. L'uso delle neuroscienze e dell'IA nel settore della giustizia e il principio personalista (“human-centric approach”).

È noto che al centro stesso della tavola assiologica tracciata dalla Costituzione, attorno al quale ruotano tutti i principi e i diritti sin qui accennati rispetto all'uso giudiziario delle neuroscienze o dell'IA<sup>37</sup>, si ritrova il *principio personalista*.

Principio, quest'ultimo che, pur nella complessa e articolata pluralità di sfaccettature che rivela, pare pacificamente comprendere l'intangibile rispetto sempre dovuto all'essere umano in quanto tale, per l'“intrinseco valore” ch'egli possiede. Si tratta di un “primato”, questo, che — com'è stato recentemente affermato anche in sede europea — deve essere salvaguardato *in ogni campo*, ivi compreso quello delle nuove tecnologie<sup>38</sup>, come le neuroscienze o l'IA.

Tali tecnologie debbono, quindi, pienamente rispondere, nel loro *design* e nelle loro modalità di impiego, a quello che, nella stessa sede europea, è stato molto opportunamente definito come “*human-centric approach*”<sup>39</sup>, il quale implica, fra i tanti altri, anche il divieto assoluto di “*reificare*” l'essere umano.

L'uomo, quindi, non può mai esser ridotto, dall'impiego delle nuove tecnologie, da *soggetto* qual è, e tale sempre deve restare, a un *oggetto*, «da vagliare, catalogare, valutare per punteggio, aggregare, condizionare o manipolare»<sup>40</sup>, pena un inammissibile sfregio a quella che è, e tale deve sempre restare, la sua inviolabile dignità.

Volendosi, dunque, vagliare questo principio rispetto all'ingresso delle neuroscienze o dell'IA nel giudizio, rispetto alle neuroscienze forensi si può evidenziare come i maggiori rischi di una “*reificazione*” del soggetto, nel senso ora indicato, si corrano, molto probabilmente, qualora le risultanze neuroscientifiche vengano assunte, in sede di giudizio, non già come *uno degli apporti* che contribuiscono a meglio accertare le dinamiche dei fatti ai quali la legge deve essere applicata, ma come *l'unico e solo* elemento che porta, inevitabilmente e in modo del tutto deterministico o acritico, alla decisione giudiziaria.

È in questi termini, infatti, che la persona, giudicata “*soltanto*” sulla base di informazioni neuroscientifiche ricavate dall'anatomia dell'encefalo o dalla misurazione di segnali cerebrali elettrici o biochimici, o dei movimenti di reazione del corpo (a prescindere, cioè, da ogni autonoma e volontaria dichiarazione verbale) verrebbe a esser, inevitabilmente, ridotta a un semplice insieme di dati captati e rielaborati da computer adeguatamente programmati e correttamente utilizzati. Ed è proprio scon-

<sup>37</sup> V. *supra* §1 e §2.

<sup>38</sup> *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, doc. 8.4.2019, 12.

<sup>39</sup> *Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*, comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, dell'8.4.2019, COM (2019) 168 final.

<sup>40</sup> *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, doc. 8.4.2019, 12.

giurando una siffatta acquisizione degli esiti delle prove neuroscientifiche nel giudizio che si contribuisce a sopire le perplessità, che tali mezzi probatori possono suscitare, in relazione alla loro supposta capacità di turbare e suggestionare la persona e quindi di comprimerne la libertà morale<sup>41</sup>, anche quando, dal punto di vista tecnico, tali mezzi non presentano alcuna effettiva idoneità ad alterare il funzionamento elettrochimico del cervello. Infatti, la robusta garanzia offerta dall'ordinamento che la prova neuroscientifica sarà sempre e comunque sottoposta al vaglio prudente e critico del giudice, e altresì integrata insieme a tutti gli altri fattori, non di tipo neuroscientifico, che possono efficacemente contribuire ad accertare e valutare i fatti, dovrebbe spegnere le preoccupazioni, nel soggetto sottoposto ai *test* neuroscientifici, che i possibili esiti del test possano *di per se soli* essere assunti come elementi pregiudizievoli, o mortificanti o stigmatizzanti con tutto quel che siffatti timori possono comportare quanto al potenziale condizionamento psicologico della persona coinvolta nei *test*. Per quel che riguarda, invece, l'IA, i più significativi pericoli di una "reificazione" del soggetto nel senso sopra accennato, sorgono, con tutta probabilità, nel caso in cui il soggetto stesso fosse giudicato "soltanto" da un sistema esperto senza alcun tipo di intervento umano, neanche in sede di riesame, su istanza dell'interessato, della decisione assunta dal "giudice robot" da parte di un giudice "essere umano".

In tale prospettiva, infatti, la persona finirebbe per divenire, dal punto di vista della "macchina" che lo giudica, un mero insieme di *input* che vengono acquisiti, elaborati, vagliati e parametrati dalla formula dell'algoritmo "intelligente".

Nell'uno come nell'altro caso, il soggetto finirebbe quindi, inevitabilmente, per esser degradato, rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale da parte dello Stato, a un *semplice oggetto computabile* con conseguente pregiudizio irreparabile per la sua stessa dignità e identità di persona umana, e altresì di appartenente alla comunità politica, che la Costituzione vuole, invece, che siano sempre protette in modo intangibile.

Ad appena settant'anni dalla sua entrata in vigore — assai meno della speranza di vita media di un italiano oggi — la Carta costituzionale è quindi chiamata, oggi, in un panorama tecnologico e scientifico straordinariamente mutato rispetto al 1948, a misurarsi con fenomeni che sarebbero apparsi agli occhi dei costituenti futuribili se non del tutto fantascientifici.

E tuttavia i principi e i diritti che la Costituzione afferma, riconosce e garantisce — dalla libertà fisica e morale, alla salute; dalla difesa giudiziale, all'inviolabile rispetto della dignità e dell'identità persona umana — appaiono tuttora vivi e vitali, indispensabili, anche a livello europeo, per illuminare il cammino nel «*mondo nuovo*»<sup>42</sup> verso il quale la società italiana — ma, verrebbe da dire, il genere umano tutto — si sta sempre di più addentrando nel XXI secolo<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> V. *supra*, §1 e in particolare L. SANTAMARIA, *Diritto penale sospeso tra neuroscienze ancor giovani e una metafisica troppo antica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19.12.2017, 1-28.

<sup>42</sup> A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 3-31.

<sup>43</sup> C. CASONATO, *21<sup>st</sup> Century Biolaw: A Proposal*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2017, 81-95.

## Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro

Carlo Casonato\*

CONSTITUTION AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: AN AGENDA FOR THE NEAR FUTURE

ABSTRACT: The Italian Constitution was written in 1946 and 1947, when the Turing test was not even developed. Yet, a number of principles contained in it can be effectively applied in order to obtain a human-centered Artificial Intelligence. This article deals with a few constitutional principles (democracy, sovereignty, equality, etc.) in order to identify new rights (such as the right to know about the rationale behind the AI decision, the right to know about the artificial or human nature of the entity I am talking with, the right to a decision not based only on automated processing) that can make AI a valuable resource – and not a threat – for individuals and the community.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; Constitutional law; fundamental rights; human-centered AI

SOMMARIO: 1. Oggetto del lavoro: una AI costituzionalmente orientata? – 2. AI: chiarimenti e ambiti di applicazione – 3. AI, democrazia e sovranità popolare (art. 1) – 4. Il lavoro: potenzialità e rischi (artt. 1 e 4) – 5. AI e eguaglianza (art. 3): salute (art. 32) e giustizia (art. 111) – 6. AI e privacy: il rischio per antonomasia – 7. La decisione automatizzata – 7.1 Sostituzione v. assistenza 8. I diritti per una AI costituzionalmente orientata – 9. Conclusioni: le potenzialità della Costituzione italiana nell'orientare una disciplina della AI.

### 1. Oggetto del lavoro: una AI costituzionalmente orientata?

**N**ulla, al momento della scrittura della Costituzione repubblicana, poteva far intuire gli sviluppi scientifici e tecnologici che hanno portato all'intelligenza artificiale (d'ora in poi AI). Tuttavia, come peraltro già accaduto in tanti altri ambiti, la capacità adattiva dei principi contenuti nella Carta ne permette una efficace applicazione anche nei confronti di tale innovativo settore.

In questo contributo, dopo aver definito – per quanto possibile – cosa possa intendersi per AI, passerò in breve rassegna una molteplicità di disposizioni costituzionali per scoprirne le potenzialità tanto in termini di promozione della tecnologia (ex art. 9 Cost.), quanto in termini di protezione da un suo utilizzo sconsiderato. Fra le posizioni catastrofiste e quelle entusiaste, la linea di questo breve scritto privilegerà una via intermedia, tesa a all'individuazione dei principi, delle categorie e degli istituti in grado di dare un orientamento costituzionale alla AI.

---

\* *Professore ordinario di diritto costituzionale comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento e membro del Comitato Nazionale per la Bioetica. Mail: [carlo.casonato@unitn.it](mailto:carlo.casonato@unitn.it). Contributo sottoposto a referaggio.*

## 2. AI: chiarimenti e ambiti di applicazione

L'esistenza di intelligenze non naturali, in senso lato definibili artificiali, è un dato che si ritrova in credenze e riflessioni sparse all'interno di una molteplicità di varianti spazio-temporali, in diversi miti, confessioni religiose, manifestazioni artistiche e speculazioni filosofiche<sup>1</sup>. Il termine AI, tuttavia, è divenuto oggi frequente in riferimento alle capacità di apprendimento, ragionamento e autocorrezione da parte di sistemi informatici in grado di simulare specifiche funzioni dell'intelligenza umana.

La metà degli anni '50 del secolo scorso segna convenzionalmente la nascita della moderna idea di AI<sup>2</sup>. Con il passare del tempo, e dopo il cosiddetto inverno della AI, tale tecnologia ha avuto uno sviluppo imponente e diffuso in una molteplicità di ambiti di applicazione. Dalla comunicazione alla difesa, dai trasporti alla giustizia, dalla medicina alla finanza, dall'insegnamento allo svago non paiono esserci ambiti dell'attività umana svolta con l'assistenza della tecnologia che non siano già stati (e ancor più saranno) pesantemente influenzati dall'utilizzo della AI.

Tale multiforme utilizzo ha condotto all'individuazione di definizioni assai diversificate, tanto che alcuni autori hanno calcolato non meno di un centinaio di definizioni non coincidenti di AI<sup>3</sup>. Così, si è parlato di sistemi informatici puramente *software-based*, come i meccanismi di assistenza vocale, riconoscimento facciale, analisi d'immagine e motori di ricerca che agiscono esclusivamente in una dimensione virtuale, contrapposti a quelli incorporati in dispositivi *hardware*, agenti concretamente nel mondo reale nelle vesti di robot avanzati, autoveicoli autonomi, droni o internet delle cose (*Internet of things: IoT*)<sup>4</sup>. Ancora, solo per fare un secondo esempio, si parla di *weak AI*, con riferimento agli algoritmi in grado di svolgere in maniera molto accurata uno specifico compito, e di *strong AI*, in relazione ai sistemi che, secondo alcuni, saranno in grado, in futuro, di compiere qualunque attività umana come e meglio degli umani. D'altro canto, si è proposto di sostituire il riferimento all'intelligenza con quello alla razionalità, intesa come la capacità di scegliere l'azione migliore da intraprendere per raggiungere un determinato obiettivo, dati determinati criteri da ottimizzare e una certa quantità di risorse disponibili<sup>5</sup>. Nonostante questa varietà, e con un certo grado di approssimazione, una definizione di AI è stata data, a livello europeo, in riferimento ai sistemi che mostrano un comportamento intelligente attraverso l'analisi dell'ambiente in cui sono inseriti e l'adozione di azioni rivolte al raggiungimento di specifici

<sup>1</sup> Nell'Iliade, ad esempio, si narra che Efesto, dio del fuoco, avesse costruito robot che lo potessero assistere negli spostamenti e nelle faccende domestiche. Lo stesso Efesto, avrebbe inoltre forgiato *Telos*, un gigante di rame che Zeus avrebbe regalato a Minosse per difendere Creta dai nemici. Una leggenda cinese narra di Huang Ti, il figlio del cielo, che sarebbe giunto sulla terra attorno al 2500 a.C. con servitori robot. Fra gli altri, M. NEGROTTI, *Towards a general theory of the artificial*, in *AI & Society*, 14, 2000, 268. In generale, S. FRANKLIN, *Artificial Intelligence, General*, in A.L.C. RUNEHOF, L. OVIEDO (eds), *Encyclopedia of Sciences and Religions*, 2013, Dordrecht.

<sup>2</sup> Nel 1955, si tenne una *Session on Learning Machines* in collegamento con una *Western Joint Computer Conference* a Los Angeles; nel 1956, i ricercatori di un *Summer Research Project on Artificial Intelligence* si riunirono presso il Dartmouth College; nel 1958, un simposio sulla *Mechanization of Thought Processes* fu convocato dal *National Physical Laboratory* britannico: N.J. NILSSON, *The quest for Artificial Intelligence*, Cambridge, 2009, 73.

<sup>3</sup> In generale, J. TURNER, *Robot Rules*, Cham, 2019.

<sup>4</sup> Come per le precisazioni seguenti, cfr. il lavoro dell'High-Level Expert Group on Artificial Intelligence nominato dalla Commissione europea su *A definition of AI: Main Capabilities and Disciplines*, Brussels, aprile 2019.

<sup>5</sup> Il profilo definitorio è indagato da M.C. CARROZZA ET AL., *AI: profili tecnologici. Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 243 ss.

obiettivi e connotate da un certo grado di autonomia<sup>6</sup>. Nonostante la sua genericità, questa definizione è sufficientemente esplicativa allo scopo di individuare i profili giuridici idonei a orientare un utilizzo costituzionalmente orientato della AI.

### 3. AI, democrazia e sovranità popolare (art. 1)

La qualità democratica della Repubblica e la appartenenza al popolo della sovranità (ai sensi dell'art. 1 Cost.) sono prime caratteristiche che possono dare indicazioni utili per un impiego della AI che sia centrato sui valori costituzionali<sup>7</sup>.

Il discorso può farsi partire dagli studi secondo cui, già nel 2020, il volume dei dati trattati a livello planetario sarà di 44 zettabyte (unità di misura corrispondente a  $10^{21}$  byte) equivalente, in termini minimamente più comprensibili, a un multiplo di quasi 8 miliardi di volte tutte le informazioni conservate nella biblioteca del Congresso di Washington<sup>8</sup>. Tale impressionante quantità di dati, riferibili alle attività più disparate quotidianamente svolte da ognuno di noi, costituisce una fonte di materia prima preziosissima (l'equivalente del petrolio del futuro, si è detto), la cui gestione però sfugge, per complessità, a qualunque mente umana. Al fine di stratificare i dati e di estrarne, quindi, un qualche significato compiuto (operazione di *data mining*), è necessario l'impiego di sofisticati sistemi di AI, gli unici in grado di compiere il passaggio dai dati all'informazione. Grazie a tali sistemi, alcune (poche) potentissime società sono in grado di svolgere un'operazione di profilazione (*profiling*) che permette di penetrare ad estrema profondità, anche se non sempre con equivalente accuratezza, l'identità personale, individuando i gusti e gli orientamenti complessivi di ognuno di noi<sup>9</sup>. E come accade per la pubblicità commerciale via internet, in cui vengono segnalate offerte sempre più corrispondenti al gradimento individuale al fine di far aumentare i consumi, i sistemi più avanzati di AI sono addestrati a dirigere,

<sup>6</sup> Sono questi i termini della definizione di partenza dell'High-Level Expert Group on Artificial Intelligence *A definition of AI: Main Capabilities and Disciplines*, cit., che, a pag. 6, propone una definizione più articolata: «Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions. As a scientific discipline, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning (of which deep learning and reinforcement learning are specific examples), machine reasoning (which includes planning, scheduling, knowledge representation and reasoning, search, and optimization), and robotics (which includes control, perception, sensors and actuators, as well as the integration of all other techniques into cyber-physical systems)».

<sup>7</sup> Come in altre parti dello scritto, riprenderò in forma sintetica alcune considerazioni che ho più diffusamente argomentato in *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, numero speciale, 2019, 101-130.

<sup>8</sup> Si veda, l'executive summary *Data Growth, Business Opportunities, and the IT Imperatives*, de *The Digital Universe of Opportunities: Rich Data and the Increasing Value of the IoT* (aprile 2014): <https://www.emc.com/leadership/digital-universe/2014iview/executive-summary.htm> (tutti i siti citati sono stati consultati, da ultimo, il 28 giugno 2019).

<sup>9</sup> Si vedano, ad esempio, le interviste a diversi ricercatori pubblicate periodicamente su *AI Matters, AI profiles: an interview with*. In generale, L. ANTONINI, *Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2019, 319 ss.; P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 1, 2019, 71 ss.

soprattutto attraverso i *social*, un flusso di informazioni di natura politica del tutto omogeneo e corrispondente alle preferenze manifestate dalla singola persona. I potenziali futuri elettori sono così esposti a notizie e segnalazioni, talvolta vere ma sempre più spesso false e costruite ad arte dagli stessi sistemi (dis)informatici, molto limitate, del tutto parziali e ritagliate su misura sulla base delle rispettive presunte preferenze. Si vengono così a produrre perlomeno quattro problemi di non poco conto in riferimento al carattere democratico dell'ordinamento<sup>10</sup>.

È del tutto verosimile, in primo luogo, che i destinatari delle informazioni non abbiano consapevolezza del carattere circoscritto e parziale di quanto viene loro inviato, confidando, anzi, in una presunta oggettività, completezza e neutralità della rete e dei *social*<sup>11</sup>. Anche a motivo della difficoltà di comprendere i complicatissimi passaggi che portano la AI (attraverso le reti neurali artificiali) a elaborare un output sulla base di milioni di input, in secondo luogo, si rende estremamente complicato qualsiasi controllo sulla concreta veridicità e attendibilità delle informazioni fornite. Il fenomeno delle *fake news* pare, in questo senso, difficilmente affrontabile<sup>12</sup>. In termini più ampi, in terzo luogo, lo stesso assetto plurale delle fonti di informazione è sottoposto ad una forte tensione; tensione che porta a indebolire quel *marketplace of ideas* su cui si basa una libera competizione pubblica, il circuito della responsabilità politica e, in ultima analisi, il cuore della logica democratica<sup>13</sup>. Pur evitando catastrofismi, si può segnalare, in quarto luogo, il rischio che un controllo così pervasivo, mirato e individualizzato da parte dei sistemi di AI arrivi a produrre effetti tali da offuscare lo stesso principio di sovranità popolare. Pur continuando ad appartenere formalmente al popolo, la sovranità sarebbe così sostanzialmente esercitata da quanti, per motivi di calcolo politico ed economico, sono in grado di influenzare una quantità di votanti tale da spostare l'esito complessivo della competizione elettorale<sup>14</sup>. Casi come la probabile influenza prodotta da Cambridge Analytica sulle più recenti elezioni presidenziali statunitensi o sulla Brexit (ma la stessa società ha ammesso di aver lavorato in occasione di oltre 200 votazioni sull'intero pianeta) possono ascrivere a tale segnalato rischio<sup>15</sup>; rischio che è in grado, fra l'altro, di produrre

<sup>10</sup> Per i primi tre, cfr. M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 107.

<sup>11</sup> M. AINIS, *Il regno dell'Uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, Milano, 2018, 11, sottolinea il pericolo costituito dal fatto che, in realtà, «non siamo più liberi di pensare i nostri stessi pensieri [...]. È l'universo autistico in cui siamo rinchiusi anche se per lo più non ci facciamo caso».

<sup>12</sup> In generale, G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, 1, 2018, 30 ss. Il fenomeno cd. della *black box*, su cui F. PASQUALE, *The black box society. The secret algorithms that control money and information*, Cambridge-London, 2015, sarà trattato *infra*.

<sup>13</sup> Y. BENCLER ET AL., *Understanding Media and Information Quality in an Age of Artificial Intelligence, Automation, Algorithms and Machine Learning*, in *Berkman Klein Center for Internet and Society, Harvard University*: <https://cyber.harvard.edu/story/2018-07/understanding-media-and-information-quality-age-artificial-intelligence-automation>; D. SHULTZ, *Could Google influence the presidential election?*, in *Science*, Oct. 25, 2016, <https://www.sciencemag.org/news/2016/10/could-google-influence-presidential-election>. Più in generale, Y. BENCLER, R. FARIS, H. ROBERTS, *Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics*, New York, 2018.

<sup>14</sup> S. ARAL, D. ECKLES, *Protecting elections from social media manipulation*, in *Science*, 365 (6456), 2019, 858.

<sup>15</sup> È del 28 giugno 2019 la notizia della multa di un milione di euro comminata dal Garante per la protezione dei dati personali italiano a Facebook per gli illeciti compiuti nell'ambito del caso Cambridge Analytica. In particolare, si è accertato che «57 italiani avevano scaricato l'app *Thisisyourdigitallife* attraverso la funzione Facebook login e che, in base alla possibilità consentita da questa funzione di condividere i dati degli "amici", l'applicazione aveva poi acquisito i dati di ulteriori 214.077 utenti italiani, senza che questi l'avessero scaricata, fossero stati informati

effetti che (ai sensi dell'art. 48 Cost.) tendono a negare non solo il carattere segreto del voto, ma anche la sua stessa libertà.

Il primo articolo della Costituzione italiana, allora, può costituire la base per tentare di impedire un impiego incontrollato della AI in termini di disinformazione e propaganda politica; un impiego che rischia di generare un modello diffuso di *bubble democracy*<sup>16</sup>, in cui i cittadini, anche in quanto elettori, sono confinati all'interno di sistemi di *social* sempre più chiusi e autoreferenziali, che li portano a ritenere le proprie idee le uniche plausibili, che impediscono un confronto reale e pluralista fra posizioni diverse e che, in ultima analisi, favoriscono una involuzione sociale e politica nel segno della frammentazione, della polarizzazione e della radicalizzazione, con un sostanziale svuotamento dall'interno della sovranità popolare<sup>17</sup>.

#### 4. Il lavoro: potenzialità e rischi (artt. 1 e 4)

L'impatto del sempre più diffuso impiego della AI sul mercato del lavoro costituisce uno degli ambiti di studio più coltivati in questo settore<sup>18</sup>. Pur nella diversità dei campi analizzati e a fronte di cifre e previsioni non coincidenti, la maggior parte delle ricerche indica un iniziale saldo negativo rispetto al numero complessivo di posti di lavoro; saldo che si concentrerà, secondo molti, sulle mansioni più ripetitive, noiose, rischiose o pericolose. Allo stesso modo, in un lasso di tempo che però non sarà breve, si creeranno nuove professionalità legate, ad esempio, al *data mining*, alla programmazione ed al controllo delle modalità di autoapprendimento ed al funzionamento complessivo dell'AI. Molte altre mansioni, da quelle nel mondo medico all'ingegneria, dalla finanza ai trasporti, dalla telecomunicazione all'agricoltura, fino a quelle creative e artistiche subiranno un profondo mutamento e potranno migliorare in termini di rapidità, precisione ed efficienza complessiva<sup>19</sup>.

Un aspetto rilevante, in ogni caso, riguarda la diversa capacità che gli Stati potranno esprimere al fine di approfittare o meno delle opportunità della AI. Anche in questo ambito, infatti, diversi studi hanno dimostrato come la ricchezza e i benefici prodotti dall'innovazione in tale campo non si distribuiranno omogeneamente sul pianeta, ma si concentreranno in quelle economie che avranno adottato strategie di investimento mirate ed efficienti<sup>20</sup>. Per quanto riguarda i lavoratori, così, è prevista, nell'arco dei prossimi dieci anni, una diminuzione di almeno il 10% (dal 40 al 30%) della richiesta di mansioni ripetitive e a basso tasso di abilità digitali; 10% che verrà acquisito dai lavori altamente tecnologizzati (che

---

della cessione dei loro dati e avessero espresso il proprio consenso a questa cessione»: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9121352>.

<sup>16</sup> D. PALANO, *Verso una bubble-democracy*, in *Formiche*, 2, 2017, 16.

<sup>17</sup> Una discussione tecnica in M. BARHAMGI ET AL., *Social networks data analysis with semantics: application to the radicalization problem*, in *Journal of Ambient Intelligence and Humanized Computing*, 1, 2018.

<sup>18</sup> Fra i più recenti, cfr. *Notes from the frontier: Modeling the impact of AI on the world economy* pubblicato nel settembre 2018 dal *McKinsey Global Institute*, da cui molti degli spunti di seguito riportati: <https://www.mckinsey.com/featured-insights/artificial-intelligence/notes-from-the-frontier-modeling-the-impact-of-ai-on-the-world-economy>.

<sup>19</sup> In generale, già M. FORD, *Rise of the Robots: Technology and the Threat of Jobless Future*, New York, 2015.

<sup>20</sup> Cfr., fra gli altri, *The Toronto Declaration: Protecting the rights to equality and non-discrimination in machine learning systems* del 16 maggio 2018: <https://www.accessnow.org/the-toronto-declaration-protecting-the-rights-to-equality-and-non-discrimination-in-machine-learning-systems/>.

dovrebbero crescere dal 40 al 50%). In termini di reddito, la prima categoria di lavoratori potrà affrontare una stagnazione o una diminuzione complessiva, a vantaggio di un incremento della seconda. Se tali mutamenti non sono certo nuovi nel mondo del lavoro, avendo contraddistinto ogni precedente ondata di forte innovazione, la AI si caratterizza per la velocità con cui tali mutamenti avverranno; velocità che renderà molto complessa e praticamente impossibile, ad esempio, la conversione degli stessi lavoratori da una mansione non specializzata ad una fortemente specializzata. Su queste basi, si è calcolato che i Paesi che avranno la volontà politica e le capacità tecniche di investire in termini strutturali nella AI potranno vedere una crescita economica aggiuntiva stimata fra il 20 e il 25%; cifra che sarà irrecuperabilmente persa, forse in termini ancora più incisivi, dagli Stati che non avranno adottato simili strategie.

Quanto pare prospettarsi, insomma, è l'emersione di un forte rischio di *AI divide*, in termini di aumento della (già ampia) distanza fra Paesi, società e categorie di lavoratori – per così dire – *AI friendly* e non<sup>21</sup>. Anche in questa prospettiva, la Costituzione italiana contiene indicazioni che dovrebbero orientare la politica a tenere conto della AI in termini globali, al fine, ad esempio, di arricchire i percorsi scolastici e universitari e di adeguare la formazione professionale (art. 35), di rendere il mercato del lavoro più equilibrato e pronto per le sfide tecnologiche, di preparare la società nel suo complesso a gestire consapevolmente un settore carico di potenzialità ma anche di rischi. Parafrasando l'art. 4 Cost., insomma, pare importante rivolgere un appello forte a che si promuovano, con strumenti aggiornati ed efficaci, le condizioni che potranno rendere effettivo il diritto al lavoro in una società satura di AI. Solo con questo impegno, da avviare in tempi rapidissimi, la Repubblica potrà, secondo l'imperativo dell'art. 1 e nel solco del principio lavorista, ritrovarsi fondata su un lavoro che non crei nuove e più profonde discriminazioni, ma si riveli vero motore di mobilità e arricchimento sociale e di realizzazione personale<sup>22</sup>.

### 5. AI e eguaglianza (art. 3): salute (art. 32) e giustizia (art. 111)

Le tecniche di AI possono essere utilmente impiegate per superare diseguaglianze di fatto e di diritto, ma possono anche nascondere gravi forme di discriminazione. Vista l'ampiezza del tema, ne tratterò, in questa sede, intrecciando due soli ambiti in qualche modo paradigmatici dei vantaggi e dei possibili rischi: quello riferito al diritto alla salute e quello relativo all'amministrazione della giustizia.

Nell'ambito della salute, la AI può essere efficacemente impiegata allo scopo di migliorare le tecniche di intervento piuttosto che a quello di permettere ad ognuno di sviluppare le proprie capacità, superando disabilità e svantaggi di diverso genere. Su questa linea, così, sono moltissimi gli ambiti che possono guadagnare in termini di maggior efficacia, velocità e accuratezza nel curare la salute delle persone: dall'assistenza agli anziani o ai bambini autistici alla diagnostica basata su *brain imaging*, dalla chirurgia robotica alla sperimentazione, dalla medicina di precisione alle protesi<sup>23</sup>. In urgenza, per fare

<sup>21</sup> Fra gli altri, A. LÓPEZ PELÁEZ (ed.), *The Robotics Divide. A New Frontier in the 21st Century?*, London, 2014.

<sup>22</sup> Su cui già C. MORTATI, *Costituzione dello Stato*, II, *La costituzione italiana*, in *Enciclopedia di diritto*, vol. XI, Milano, 1962, 14.

<sup>23</sup> UNESCO, *World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST), Report on Robotics Ethics*, Paris, 14 September 2017, 30. In generale, si vedano gli articoli pubblicati nella rivista specializzata *Artificial Intelligence in Medicine*: <https://www.journals.elsevier.com/artificial-intelligence-in-medicine>.

un esempio su cui vi è ormai molta letteratura, l'impiego di algoritmi permette di giungere ad ipotesi di diagnosi in tempi molto rapidi, confrontando simultaneamente migliaia di casi; in questo modo, la AI permette interventi rapidi e più efficaci sul malato, rendendo anche più celeri i flussi di pazienti in pronto soccorso<sup>24</sup>. E nel settore chirurgico, l'impiego di macchinari robotizzati guidati anche dalla AI permette interventi complicatissimi, assicurando minore invasività, maggior precisione e accuratezza<sup>25</sup>.

Nell'ambito della giustizia, in prospettiva equivalente, si sono proposte e talvolta impiegate tecniche di decisione assistite o addirittura affidate alla AI<sup>26</sup>. A titolo di esempio, uno studio statunitense retrospettivo ha permesso di dimostrare come, con l'impiego della AI, si sarebbero potute adottare decisioni di rilascio su cauzione più mirate. In particolare, si sarebbero potuti scarcerare molti più indagati (il 25%), senza per questo far crescere i tassi di criminalità, oppure, a parità di numero di rilasci, si sarebbe potuto fra diminuire di oltre il 40% l'indice di criminalità<sup>27</sup>. E l'algoritmo avrebbe anche ridotto le disparità di trattamento legate all'origine razziale delle persone coinvolte.

I dati complessivi al riguardo, tuttavia, sono discordanti e alcune ricerche hanno dimostrato come la AI possa funzionare sulla base degli stessi pregiudizi umani. Così, per motivi che vanno dall'incidenza statistica di alcuni fattori oggettivi fino ai criteri soggettivi individuati dai programmatori, si è rilevato come il colore della pelle abbia giocato in alcuni casi di applicazione algoritmica un ruolo rilevante nel valutare il rischio di pericolosità sociale degli imputati<sup>28</sup>.

Nell'elaborare le proprie decisioni, inoltre, i sistemi informatici di AI, applicati alla giustizia come alla medicina, soffrono di un difetto di trasparenza che rischia di pregiudicarne all'origine l'utilizzo. Si tratta del cd. fenomeno della *black box*, secondo cui, con l'impiego soprattutto del *machine e deep learning*, non è dato comprendere, nemmeno ai programmatori, il percorso attraverso cui la macchina produce il risultato della propria attività<sup>29</sup>. Tale profilo è particolarmente grave in quanto non permette di cogliere, né quindi di controllare, i passaggi alla base dell'esito raggiunto dal sistema. In quest'ottica, qualsiasi decisione giudiziaria affidata alla AI sarebbe attaccabile in quanto non provvista della

<sup>24</sup> N. LIU ET AL., *Artificial intelligence in emergency medicine*, in *Journal of Emergency and Critical Care Medicine*, 2, 2018, 82, individuano i tre settori di principale utilizzo dell'AI nella medicina d'emergenza: «AI in predictive modeling, AI in patient monitoring, and AI in emergency department operations».

<sup>25</sup> D. HASHIMOTO ET AL., *Artificial Intelligence in Surgery: Promises and Perils*, in *Annals of Surgery*, 268(1), 2018, 70.

<sup>26</sup> In generale, cfr. A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale*, Paris, 2018.

<sup>27</sup> Si tratta di uno studio condotto sull'analisi retrospettiva di oltre 758.000 casi di decisioni relative al rilascio su cauzione adottate fra il 2008 e i 2013 nel distretto di New York. L'utilizzo di algoritmi di AI avrebbe potuto permettere la riduzione dell'indice di criminalità di quasi il 25% mantenendo inalterato il tasso di detenzione. Altrimenti, avrebbe potuto condurre ad una riduzione di oltre il 40% del tasso di carcerazione senza per questo aumentare i livelli di criminalità. J. KLEINBERG ET AL., *Human Decisions and Machine Predictions*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 133(1), 1 February 2018, 241.

<sup>28</sup> Si veda il caso *Compas* ed altri riportati da A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019; J. ZOU, L. SCHIEBINGER, *AI can be sexist and racist – it's time to make it fair*, in *Nature*, 559, 12 July 2018, 324; M. SUN, M. GERCHICK, *The Scales of (Algorithmic) Justice: Tradeoffs and Remedies*, in *AI Matters*, 2, 2019, 30; L. GIACOMELLI, *Big brother is «gendering» you*, *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 284.

<sup>29</sup> Si veda il capitol dedicato a *Inside the Black Box: Understanding AI Decision Making*, in S. MOHANTY, S. VYAS, *How to Compete in the Age of Artificial Intelligence*, Berkeley, 2018, 91.

necessaria motivazione (art. 111 Cost.), rendendo sostanzialmente incostituzionale ogni sistema di giustizia automatizzata. E se l'atto medico non gode della stessa garanzia costituzionale, è possibile dubitare della legittimazione complessiva di una medicina che basi le proprie decisioni su operazioni di carattere informatico di cui nessuno può garantire comprensione e controllo.

Altri profili possono condurre ad un accostamento fra medicina e giustizia teso a far emergere vantaggi e rischi dell'impiego dell'AI. Una sentenza frutto di un algoritmo programmato ed applicato in maniera corretta, ad esempio, potrebbe incarnare i requisiti di terzietà, imparzialità e predeterminazione, facendo paradossalmente assumere al giudice artificiale le vesti del perfetto giudice naturale (art. 25). E la ragionevole durata del processo sarebbe garantita fin da principio. Allo stesso tempo, però, ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di ricondurre alla funzione giurisdizionale un'attività che funzionerebbe in termini prevalentemente probabilistici. La *Predictive Justice*, in questo senso, sarebbe in quanto tale *Justice*? In prospettiva più puntuale, la giustizia algoritmica potrebbe revocare in dubbio l'utilità dell'appello o del ricorso in Cassazione (verso un computer più potente? Verso una sezione composta, questa volta, da soli umani?) come del rivendicato (già nella *Magna Carta*) diritto ad un giudizio da parte dei propri pari; pari cui, in quanto tale, non potrebbe condursi nemmeno la più umanizzata delle macchine dotate di AI<sup>30</sup>. Alla luce di rischi di questo genere, può indicarsi la legge di revisione della giustizia francese del marzo 2019 il cui art. 33 vieta l'utilizzo di strumenti destinati alla giustizia predittiva: «L'identità dei magistrati e dei funzionari del registro non possono essere utilizzati allo scopo di valutare, analizzare, confrontare o prevedere le loro pratiche professionali effettive o presunte»<sup>31</sup>.

In medicina, in termini simili, un dottore-robot potrebbe analizzare in tempo reale milioni di dati e informazioni cliniche, prospettando diagnosi e terapie basate sul confronto con moltissimi casi affini. Potrebbe trattare tutti i pazienti allo stesso modo senza sentire stanchezza o avere stringenti limiti di tempo. Un eguale distacco verso i malati, tuttavia, sarebbe difficilmente compatibile con le più recenti acquisizioni, anche legislative, in tema di umanizzazione della medicina, che hanno portato a qualificare la relazione medico-paziente in termini di cura e di fiducia<sup>32</sup>.

A fronte di tale quantità di possibili vantaggi e rischi, si conferma, anche in questi settori, l'esigenza che siano i principi costituzionali ricordati ad orientare la disciplina della AI e del suo utilizzo.

## 6. AI e privacy: il rischio per antonomasia

Proseguendo nell'analisi dei principi costituzionali che possono fungere da utile orientamento per la AI, un passaggio d'obbligo è costituito dalla cd. privacy. Riprendendo quanto detto in apertura in riferimento alla mole di dati in circolazione (44 zettabyte), può richiamarsi come le nostre attività

<sup>30</sup> Se ogni riferimento alla *reflective judiciary* (S. TURENNE (ed.), *Fair Reflection of Society in Judicial Systems - A Comparative Study*, Cham, 2015) sarebbe improponibile, può ricordarsi come alcuni progetti, come AI4ALL, abbiano richiamato l'attenzione sulla necessità di ampliare la platea dei programmatori a donne, persone di colore e, in generale, alle categorie sociali meno rappresentate, come strumento per evitare che il funzionamento dei sistemi informatici sia viziato dai vari pregiudizi di cui soffrono tipicamente i maschi Wasp: <http://ai-4-all.org/>.

<sup>31</sup> LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Il divieto è assistito da una pesante sanzione penale.

<sup>32</sup> Il riferimento va al primo articolo della legge n. 219 del 2017.

quotidiane e l'ambiente che ci circonda presentino una infinità di occasioni per carpire e diffondere dati personali. L'azione combinata di ogni nostra ricerca sul computer o click sul telefonino con i pagamenti con carte di credito o debito, con i rapporti con la pubblica amministrazione, ma anche con ogni accensione della televisione e dei diversi dispositivi riconducibili alla IoT o con la circolazione nelle cd. *smart cities* crea una quantità ed una qualità di informazioni riconducibili ad ogni singola persona tali da poterne tracciare un profilo dettagliato, comprensivo, ad esempio, dello stato di salute, del livello culturale ed economico, dei gusti alimentari, dell'orientamento sessuale e delle varie preferenze, fino all'affidabilità finanziaria o alla propensione a delinquere<sup>33</sup>. Grazie all'utilizzo dell'AI, infatti, un volume di dati altrimenti ingestibile, può essere trattato con rapidità e precisione al fine di effettuare una profilazione individuale molto accurata<sup>34</sup>. Si rende così evidente il rischio generalizzato di una diffusa e capillare intrusione nella sfera più intima di ognuno, con il rischio di una palese violazione del diritto alla riservatezza e di una esposizione di dati anche personali che potranno essere in futuro utilizzati in qualsiasi occasione, dalla richiesta di un mutuo ad un colloquio di lavoro fino alla determinazione del rischio di pericolosità sociale<sup>35</sup>. E di fronte a tali rischi, può segnalarsi la decisione del *Board of Supervisors* della città di San Francisco del maggio 2019 che ha deciso di vietare l'utilizzo di software di riconoscimento facciale anche da parte della polizia<sup>36</sup>.

In quanto dato costituzionale, il diritto alla riservatezza ha visto in origine una tutela ottenuta attraverso lo strumento del consenso informato. Nel corso del tempo, tuttavia, tale categoria si è dimostrata inefficace nel proteggere la persona nei confronti delle applicazioni delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT), convertendosi da strumento a tutela della riservatezza della persona a mezzo attraverso il quale quotidianamente esponiamo i nostri dati a chiunque ci fornisca un servizio attraverso internet<sup>37</sup>. È dato evidente, ad esempio, come ognuno di noi accetti le condizioni contrattuali legate alle varie applicazioni per i cellulari o per i computer senza nemmeno considerare la lettura delle stesse. In questi termini, il collegamento fra la necessaria informazione e la scelta da attuare viene solitamente reciso, portando alla diffusione di una forma di consenso consapevolmente disinformato. Si tratta – se vogliamo – di una peculiare forma di eterogenesi dei fini, in cui un istituto nato per tutelare la dimensione personale è divenuto una finzione e, anzi, si è trasformato nel mezzo più efficace per penetrarla e per esporci quotidianamente alla profilazione di ogni nostra dimensione e attività.

<sup>33</sup> In generale, F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018.

<sup>34</sup> In generale, B.C. NEWELL, T. TIMAN, B.J. KOOPS (eds.), *Surveillance, Privacy, and Public Space*, London, 2017.

<sup>35</sup> La letteratura è sul punto sterminata. In termini generali, S. GUTWIRTH, P. DE HERT, R. LEENES, *Data protection on the Move*, Dordrecht, 2016. Su un utilizzo particolarmente inquietante dei dati da parte del governo cinese, K. ROTH, M. WANG, *Data Leviathan: China's Burgeoning Surveillance State*, in *The New York Review of Books*, August 16, 2019.

<sup>36</sup> Ne ha dato notizia il *New York Times* del 14 maggio 2019. Cfr. Anche *San Francisco residents question city's facial recognition ban*, in *Biometric Technology Today*, 6, 2019, 1.

<sup>37</sup> Cfr. in generale, J.E. COHEN, *What privacy is for*, in *Harvard Law Review*, 126, 2012, 1904. Il regolamento (UE) 2016/679 (il cd. GDPR: *General Data Protection Regulation*) considera ancora il consenso informato quale pietra angolare della tutela dei dati personali, dimostrandosi così un'arma del tutto spuntata rispetto alle innovazioni nel campo dell'ICT ottenute attraverso l'AI.

A fronte di questa situazione, si potrebbe, senza qualche difficoltà, abbandonare l'impostazione individualista del consenso e rinforzarlo attraverso una garanzia posta (anche) a livello statale. Senza arrivare a posizioni apertamente paternaliste, si potrebbe fare riferimento al secondo comma dell'art. 41 Cost., imponendo alle imprese che gestiscono i dati limiti corrispondenti all'utilità sociale e al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana.

## 7. La decisione automatizzata

Questa breve rassegna di principi costituzionali in grado di orientare la AI ed il suo utilizzo potrebbe proseguire. Si pensi, ad esempio, alla cd. agricoltura di precisione, in cui, attraverso l'analisi dei dati e l'impiego di droni si potrebbe passare da un impiego generalizzato e preventivo di pesticidi all'individuazione delle singole piante da trattare e ad interventi specifici e mirati. Tale strategia permetterebbe di ridurre in termini considerevoli l'utilizzo di sostanze chimiche a beneficio della tutela ambientale (art. 9, secondo comma, Cost.) e della salute collettiva (art. 32). Un altro esempio può riferirsi all'impiego dei droni in scenari bellici che, attraverso tecniche di riconoscimento facciale e di bombardamento mirato, sono utilizzati per eliminare terroristi o presunti tali. Al di là delle possibili imprecisioni nelle tecniche utilizzate, tale strategia potrebbe trovare, in Italia, un ostacolo generalizzato nel proclamato ripudio della guerra come «strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali» (art. 11 Cost.).

A fronte della molteplicità dei possibili rilievi costituzionali in tema di AI, quanto qui interessa porre in evidenza è una ultima questione, a mio avviso centrale: quella riferibile alla possibilità di assumere decisioni che incidono significativamente su una persona e sui suoi diritti grazie all'assistenza di sistemi di AI o addirittura attraverso la sostituzione della componente umana con quella tecnologica<sup>38</sup>.

### 7.1. Sostituzione v. assistenza

Un giudizio d'insieme e generalizzato sull'opportunità di una sostituzione della decisione umana con quella automatizzata non è agevole. Come visto, ci sono ambiti in cui paiono prevalere i vantaggi ed altri in cui sono i rischi ad imporsi. Alcuni autori, tuttavia, sostengono una superiorità complessiva dell'AI rispetto all'intelletto umano. A causa del rumore di fondo che caratterizzerebbe quest'ultimo, dovuto a componenti riconducibili alla nostra storia personale, agli affetti o alle persone di cui ci fidiamo, sarebbe così consigliabile, in un futuro prossimo in cui la AI potrà gestire una sufficiente mole di dati, far prendere le decisioni più rilevanti ad essa. Lo psicologo Daniel Kahneman, considerato uno dei padri della economia comportamentale e premio Nobel nel 2002, sostiene l'impossibilità di esprimere scelte umane realmente razionali<sup>39</sup>. In una sorta di precomprensione totale, gli uomini assumerebbero decisioni del tutto illogiche e insensate, e solo in un secondo tempo creerebbero argomenti

<sup>38</sup> In questa parte del lavoro, riprendo, sintetizzandole ed aggiornandole, considerazioni già svolte in *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, cit.

<sup>39</sup> Si vedano le posizioni dell'autore espresse al *World Business Forum* di New York nel novembre 2018. In Italia, sono state riprese da *La Stampa* del 16 novembre.

falsamente ragionevoli per supportarle. Su questa linea, Kahneman ha sostenuto che la AI «will make better choices for the individual because it will be noise free»<sup>40</sup>.

A fronte di questa impostazione, ritengo che l'intelligenza umana possa essere utilmente supportata, ma non debba essere sostituita integralmente da quella artificiale. I motivi alla base di questa opinione sono di natura sia tecnica, sia filosofico-antropologica più ampia.

a) Da un punto di vista tecnico, in primo luogo, si registra come le macchine dotate di AI siano insuperabili nello svolgere alcune funzioni (*weak AI*), ma siano ben lontane dal replicare l'insieme complessivo delle abilità e dei comportamenti umani (*strong AI*). Inoltre, anche nello svolgere specifici compiti come il riconoscimento di visi o di immagini i sistemi di AI hanno dimostrato di incorrere in errori che sarebbero evidenti ad ogni persona<sup>41</sup>.

b) In secondo luogo, sempre da un punto di vista tecnico, non pare potersi sostenere che le logiche algoritmiche siano di per sé più neutrali ed oggettive dei ragionamenti umani che pure stanno alla base della loro costruzione, programmazione e funzionamento. Tanto la scelta degli algoritmi con cui equipaggiare la macchina, quanto la selezione degli scenari e degli esempi con cui "nutrirla", ad esempio, sono operazioni affidate all'operatore umano<sup>42</sup>. In questa logica, si può affermare che il pensiero artificiale è comunque, perlomeno nelle sue condizioni iniziali di base, influenzato a monte dal pensiero umano e dalla sua variabilità, incostanza e discrezionalità.

c) In terzo luogo, il segnalato fenomeno della *black box* si pone come ostacolo forte, di natura tecnica, alla possibilità di tracciare i passaggi logico-argomentativi che permettono alla macchina di decidere in autonomia: se l'output finale del procedimento è noto, non lo è l'iter che lo ha generato. Stando così le cose, non pare possibile verificare, anche da un punto di vista sperimentale, la congruità dei passaggi svolti e quindi la correttezza dell'attività interna alla base della decisione.

A fronte di tali tre obiezioni tecniche all'ipotesi della sostituzione, si potrebbe dare una risposta basata sul fatto che nel tempo si troveranno gli strumenti per (a) superare la limitazione nelle capacità dell'AI, (b) la sua non neutralità e (c) opacità. Non può infatti escludersi che, in futuro, la *strong AI* diventi realtà (a); che la AI diventi responsabile della propria stessa programmazione (b); che i progressi tecnologici possano rendere comprensibili le operazioni interne al *machine learning* (c).

---

<sup>40</sup> Cfr. la conferenza *The Economics of AI* (13-14 settembre 2017, Toronto). La dichiarazione è attribuita a Kahneman da J. PETHOKOUKIS, *Nobel laureate Daniel Kahneman on AI: 'It's very difficult to imagine that with sufficient data there will remain things that only humans can do'*, nel sito <http://www.aei.org/publication/nobel-laureate-daniel-kahneman-on-a-i-its-very-difficult-to-imagine-that-with-sufficient-data-there-will-remain-things-that-only-humans-can-do/>. Cfr. Anche J.N. MATHIAS, *Bias and Noise: Daniel Kahneman on Errors in Decision-Making*, in *Medium*, 17 ottobre 2017: <https://medium.com/@natematias/bias-and-noise-daniel-kahneman-on-errors-in-decision-making-6bc844ff5194>.

<sup>41</sup> Si è dimostrato, ad esempio, come l'accuratezza del riconoscimento facciale dipenda da variabili strettamente legate alle caratteristiche etnico-razziali e sessuali: I. RAJI, J. BUOLAMWINI, *Actionable Auditing: Investigating the Impact of Publicly Naming Biased Performance Results of Commercial AI Products*. Conference on Artificial Intelligence, Ethics, and Society, pubblicato nel sito del MIT Media Lab il 24 gennaio 2019: <https://www.media.mit.edu/publications/actionable-auditing-investigating-the-impact-of-publicly-naming-biased-performance-results-of-commercial-ai-products/>. In generale, A. ROSENFELD, R. ZEMEL, J.K. TSOTSOS, *The Elephant in the Room*, 9 agosto 2018, reperibile al sito della Cornell University: <https://arxiv.org/abs/1808.03305>.

<sup>42</sup> In generale, G-Z. YANG, P. DARIO, D. KRAGIC, *Social robotics—Trust, learning, and social interaction*, in *Science Robotics*, 3(21), 2018.

In ogni caso, tuttavia, mi pare rimangano alcune questioni non superabili di natura filosofico-antropologica. Da più parti ad esempio, si sostiene che alcune qualità umane non potranno mai essere sostituite da componenti artificiali: si tratta, a seconda delle impostazioni, dell'immaginazione; della capacità di dare vita a processi creativi; della coscienza, intesa secondo la teoria dell'informazione integrata; di creatività e ispirazione, empatia ed emozioni<sup>43</sup>. E anche il beneficio del dubbio, con il correlato senso di curiosità, e il "sapere di non sapere" sono caratteristiche che contraddistinguono l'umano e la sua ricerca di senso.

L'ipotesi più convincente, quindi, riguarda non la completa sostituzione dell'umano con la AI, ma un'attività di assistenza: una collaborazione in termini di sussidiarietà, in cui ogni parte svolge i compiti che maggiormente le si addicono. Per quanto riguarda l'amministrazione della Giustizia, così, si sono sottolineati i possibili vantaggi del supporto algoritmico in termini, ad esempio, di rapidità e ampiezza dell'istruttoria; di completezza degli elementi su cui costruire la decisione; di certezza (o esattezza) del diritto<sup>44</sup>. E nell'ambito medico – per mantenere la simmetria utilizzata in precedenza – l'esame umano di traccati e risonanze potrebbe certamente avvalersi di elaborazioni statistiche che solo la AI può fare sulla base di quantità di dati e di raffronti altrimenti ingestibili, come il ricercatore che lavora sulla medicina di precisione non potrebbe concretamente svolgere i propri studi senza l'ausilio della AI.

Su queste basi, si possono fissare almeno tre profili all'interno dei quali proporre nuove (o rinnovate) posizioni giuridiche che permettano di favorire una relazione uomo-AI equilibrata e costituzionalmente orientata.

## 8. I diritti per una AI costituzionalmente orientata

a) Un primo diritto che si dovrebbe poter invocare di fronte all'utilizzo della AI è quello di ottenere una spiegazione dei passaggi attraverso i quali la macchina ha generato il proprio risultato. Non si tratterebbe di una illustrazione tecnico-informatica, inaccessibile ai più, ma di un chiarimento dato in termini comprensibili delle logiche che hanno permesso alla macchina di esercitare l'autonomia alla base della propria decisione. In questo modo, si estenderebbe il diritto alla motivazione, espressamente previsto in Costituzione (111, sesto comma) per i provvedimenti giurisdizionali e dalla legge 241 del 1990 (art. 3) per quelli amministrativi, ad ogni decisione, pubblica o privata, che possa incidere sulla posizione giuridica dell'interessato<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Si tratta, rispettivamente, di: Peter Ware Higgs, premio Nobel per la Fisica nel 2013; Marc Mézard, fisico, direttore della *École Normale Supérieure* di Parigi; Giulio Tononi, psichiatra e neuroscienziato italiano, direttore del Center for Sleep and Consciousness dell'Università del Wisconsin; Roberto Cingolani, fisico, direttore scientifico dell'Istituto Italiano di Tecnologia (IIT) di Genova.

<sup>44</sup> M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 878 e C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Diritto pubblico*, 2, 2019, 556; C. BARBARO, Y. MENECEUR, *Issues in the use of artificial intelligence (AI) algorithms in judicial systems*, in *European Commission for the Efficiency of Justice Newsletter*, Council of Europe, n. 16, August 2018, 3.

<sup>45</sup> Sull'utilizzo della AI da parte della pubblica amministrazione, fra gli altri, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano». Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, entrambi in *Diritto pubblico*, 1, 2019, 5 e 43; I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 4, 2019, 86.

Tale diritto, ad oggi, imporrebbe alla tecnologia informatica un onere che alcuni considerano tecnicamente insostenibile o impossibile da reggere. A fronte della sostanziale mancanza di legittimazione di ogni decisione di cui non si possano comprendere le motivazioni, pure, si sono avviati numerosi studi orientati, da un lato, a rendere trasparenti le logiche del *machine learning* e, dall'altro, a superare tali tecniche e ad adottare sistemi differenti che possano garantire una maggiore trasparenza<sup>46</sup>. In ogni caso, la proposta di un diritto così significativo e pregnante come quello alla motivazione non pare poter essere ostacolato a motivo delle difficoltà tecniche legate al suo rispetto.

b) Una seconda posizione giuridica soggettiva cui si potrebbe attribuire rilievo sostanzialmente costituzionale consiste nel diritto ad essere resi consapevoli della natura, umana o artificiale, del proprio interlocutore<sup>47</sup>. A fronte della possibilità tecnica di creare sistemi artificiali che possano essere confusi con persone umane (su questo si basava già il test di Turing)<sup>48</sup>, pare essenziale confermare tale diritto per una serie di motivi. Fra questi, si può richiamare il diritto ad essere correttamente informati riguardo alle possibili conseguenze delle attività che conduciamo nella nostra vita quotidiana. Una macchina potrebbe immettere all'istante in un circuito potenzialmente globale e incontrollato (il *cloud*) tutti i dati che ad essa trasmettiamo; non sapendo se stiamo colloquiando con un nostro simile o con una macchina, rischieremo di perdere definitivamente il controllo su di essi. L'impiego di robot antropomorfi in taluni settori, inoltre, solleva questioni di particolare rilievo. Potremmo sentirci raggirati o traditi, ad esempio, nel momento in cui consegniamo la nostra salute, le nostre confidenze o i nostri affetti a robot antropomorfi che riteniamo essere umani. E l'ignoranza sulla natura del nostro interlocutore potrebbe generare fraintendimenti, falsi affidamenti o tradire eventuali aspettative di comprensione empatica.

In ultima analisi, la non conoscenza del carattere umano o artificiale della nostra controparte, perlomeno nello svolgimento di alcune attività, potrebbe avere ripercussioni sulla nostra dignità. Come affermato in un rapporto dell'Unesco, «Dignity is inherent to human beings, not to machines or robots. Therefore, robots and humans are not to be confused even if an android robot has the seductive appearance of a human, or if a powerful cognitive robot has learning capacity that exceeds individual human cognition»<sup>49</sup>.

c) La terza posizione da proporre nella relazione uomo-AI consiste nel diritto ad essere destinatari di decisioni che siano il risultato di un processo in cui sia presente una significativa componente umana<sup>50</sup>. Tale posizione si collega, in primo luogo, alla opportunità di ricevere provvedimenti che in qualche modo siano espressione di nostri pari; opportunità che per alcune decisioni non trascurabili, come per

<sup>46</sup> C. RUDIN, *Stop explaining black box machine learning models for high stakes decisions and use interpretable models instead*, in *Nature Machine Intelligence*, 1, 2019, 206.

<sup>47</sup> Sull'opportunità che «people have a right to know whether they are dealing with a human being or with an AI artefact» si interroga lo *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and "Autonomous Systems"*, dello *European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE)*, Brussels, 9 March 2018, 11.

<sup>48</sup> Si tratta del famoso test in grado di rilevare, negli intendimenti dell'autore, se una macchina è in grado di pensare, di farlo autonomamente e di farlo come un essere umano: A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, 59, 1950, 433 ss.

<sup>49</sup> *Report of COMEST on Robotics Ethics*, cit., 50.

<sup>50</sup> Cfr. A. PAJNO ET AL., *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 205 ss.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 56, ne parla in termini di principio di non esclusività.

quelle giurisdizionali, è già riconosciuta attraverso una interpretazione dei dati giuridici esistenti (il tradizionale diritto ad una *jury of peers*). Il diritto ad una decisione almeno in parte umana può collegarsi, in secondo luogo, alle segnalate possibilità di errore e pregiudizio che, almeno per ora, contraddistinguono le operazioni algoritmiche alla base della AI. Nella stessa ottica, in terzo luogo, il fenomeno della *black box* e la mancanza di trasparenza ad esso collegata milita a favore di una supervisione umana del procedimento<sup>51</sup>. E questo, non solo per i provvedimenti di carattere giuridico (amministrativi o giurisdizionali) ma per ogni decisione pubblica o privata la cui rilevanza e le cui ricadute concrete sulle persone impongano l'opportunità di un vaglio dell'apparato motivazionale. In questi termini, da ultimo, il diritto ad una decisione non interamente automatizzata si basa anche sulla necessità di individuare la titolarità della funzione esercitata e la rispettiva responsabilità complessiva<sup>52</sup>.

Alcuni segnali nella direzione di un riconoscimento della posizione in parola vengono dal diritto dell'UE e, in particolare dal citato GDPR (regolamento 2016/679 *General Data Protection Regulation*). Al considerando 71, tale atto indica che l'interessato «dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani».<sup>53</sup> E l'art. 22 dello stesso regolamento (Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche) inizia con «il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona»<sup>54</sup>. La bontà di tali disposizioni rischia peraltro di essere pregiudicata a motivo delle eccezioni che lo stesso regolamento prevede nei casi in cui la decisione «a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; [...] c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato». Tale ultima clausola, in particolare, permette di svuotare di tutela sostanziale gran parte del diritto a una decisione non completamente automatizzata, visto la logica "disinformata" con cui – come accennato – gestiamo regolarmente i nostri consensi.

<sup>51</sup> A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., ne parla in termini di principi di conoscibilità e di comprensibilità.

<sup>52</sup> Nell'ambito del pubblico, perlomeno, i funzionari e i dipendenti dello Stato sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti (art. 28 Cost.).

<sup>53</sup> Il considerando prosegue indicando che tale trattamento «comprende la 'profilazione', che consiste in una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

<sup>54</sup> Un commento in L.A. BYGRAVE, *EU data protection law falls short as desirable model for algorithmic regulation*, in L. ANDREWS ET AL., *Algorithmic Regulation*, cit., 31. Tale disposizione trova un diretto precedente nell'art. 15 della (ora abrogata) direttiva europea n. 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

## 9. Conclusioni: le potenzialità della Costituzione italiana nell'orientare una disciplina della AI

La Costituzione italiana affida alla Repubblica il compito di promuovere la ricerca scientifica e tecnica (art. 9), ricordando come la scienza debba procedere in un regime di libertà (art. 33). Le sue applicazioni, quando siano fatte proprie dall'iniziativa economica privata, non possono tuttavia contrastare l'utilità sociale né recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Che sia in mano privata o pubblica, inoltre, l'attività economica può essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41).

Tali principi possono costituire un efficace cornice entro cui inserire una regolamentazione della AI costituzionalmente orientata, che la indirizzi verso scopi di progresso scientifico, economico e sociale, oltre che di generale benessere.

Per raggiungere tale risultato, tuttavia, è necessario che la riflessione etica e giuridica e che la costruzione di una disciplina adeguata procedano in tempi rapidi, di pari passo con la velocità dei progressi scientifici. È essenziale, infatti, che il diritto non inseguia le applicazioni della AI, ma che intervenga a monte, ponendo principi e regole *by design* – per così dire.

Tale esigenza è presente a molti ricercatori che hanno indicato come la AI possa trovare una legittimazione complessiva solo a condizione di un suo utilizzo adeguatamente disciplinato; e sulla stessa linea, si sono mosse alcune delle società che maggiormente fanno ricerca e impiegano tale tecnologia<sup>55</sup>.

Le sfide da affrontare, però, sono molte e particolarmente impegnative. Esse riguardano, per fare qualche esempio, la capacità da parte statale di regolare settori economici in cui le parti private svolgono un ruolo dominante; la possibilità di agire a livello non solo nazionale o internazionale, ma globale, vista la mobilità del *cloud*; l'abilità nel catalizzare una condivisione d'insieme su principi, diritti e doveri di nuova generazione; l'attitudine a rendere consapevole e avvertita la popolazione, a partire dalle generazioni più giovani, delle potenzialità e dei rischi della AI<sup>56</sup>.

Si delinea, insomma, una nuova fase di riflessione sui poteri pubblici e privati e sul ruolo del diritto e dei diritti. Si tratta di una fase che, nel guardare alla disciplina dell'artificiale, dovrà anzitutto guardare al ruolo e alle prerogative che vorremo riservare all'umano; una fase in cui – come illustrato – la Costituzione italiana può dare una molteplicità di spunti di forte interesse.

<sup>55</sup> Cfr., ad esempio, J. HEMPEL, *Fei-Fei Li's Quest to Make AI Better for Humanity*, in *Wired*, 13 novembre 2018, (<https://www.wired.com/story/fei-fei-li-artificial-intelligence-humanity/>).

<sup>56</sup> Spunti in prospettiva bioetica in S. QUINTARELLI ET AL., *AI: profili etici. Una prospettiva etica sull'Intelligenza Artificiale: principi, diritti e raccomandazioni*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 183 ss. Fra i molti altri, cfr. L. FLORIDI ET AL., *14People—An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, in *Mind and Machine*, (28)4, 2018, 689 ss., in L. FLORIDI, J. COWLS, *A Unified Framework of Five Principles for AI in Society*, in *Harvard Data Science Review*, (1)1, 2019, si aggiunge ai quattro tradizionali principi della bioetica princialista (*beneficence, non-maleficence, autonomy, and justice*) il concetto di *explicability*.

