

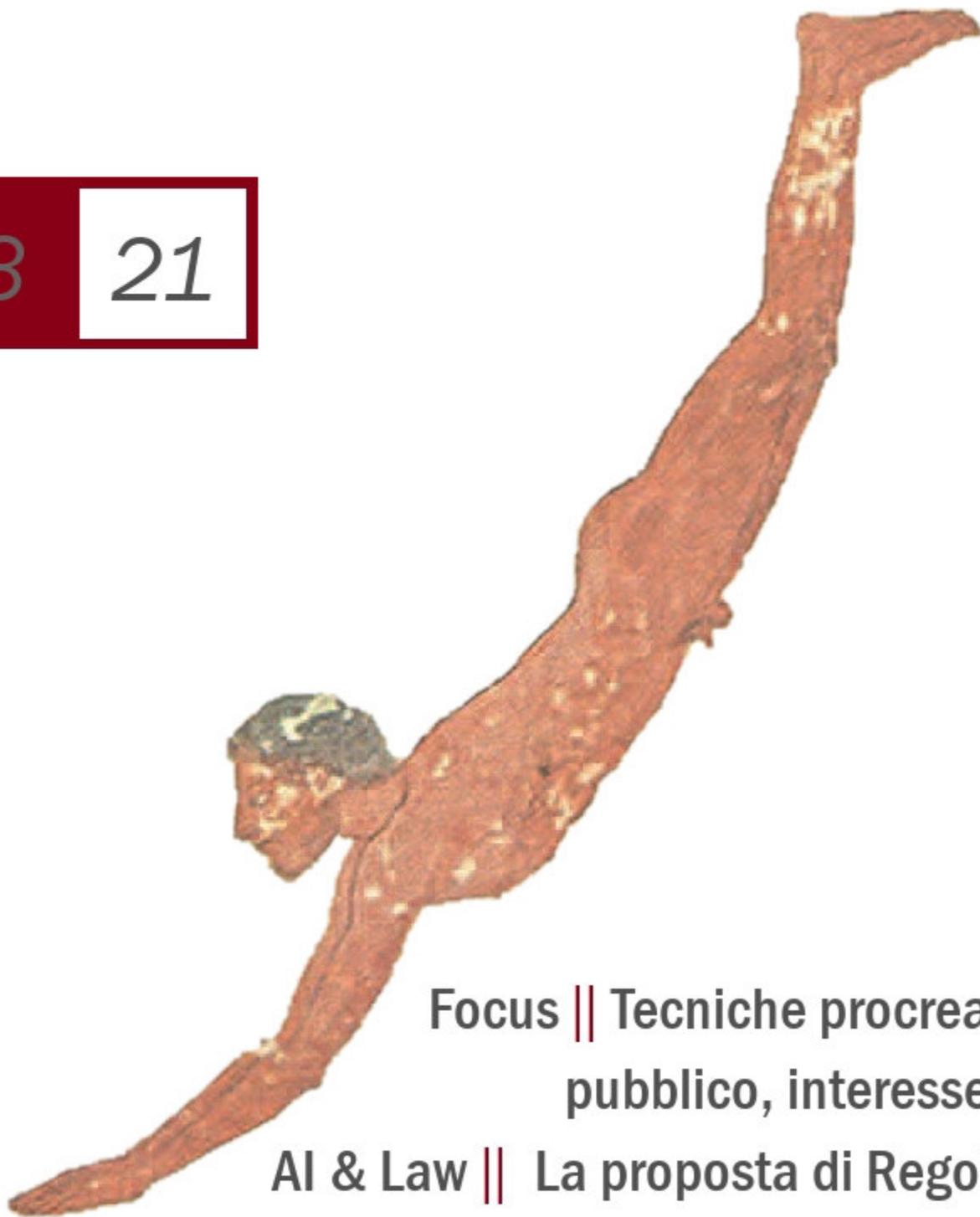


BioLaw Journal

Rivista di BioDiritto

3

21



Focus || Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore
AI & Law || La proposta di Regolamento UE
Saggi e commenti

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, Alessandro Pajno

Scientific Committee:

Roberto Andorno, Vittorio Angiolini, Charles H. Baron, Alberto Bondolfi, Paolo Benciolini, Patrizia Borsellino, Roger Brownsword, Massimiano Bucchi, Stefano Canestrari, Cinzia Caporale, Maria Chiara Carrozza, Paolo Carrozza (†), Lorenzo Chieffi, Ricardo Chueca Rodríguez, Roberto Cingolani, Roberto Giovanni Conti, Roberto Dias, Frédérique Dreifuss-Netter, Gilda Ferrando, Silvio Garattini, Francesca Giardina, Stefano Guizzi, Stéphanie Hennette-Vauchez, Juan Alberto Lecaros, Sheila McLean, Laura Palazzani, Marco Pandolfi, Barbara Pezzini, Cinzia Piciocchi, Alessandra Pioggia, Anna Maria 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, Marta Fasan, Paolo Guarda, Antonio Iannuzzi, Ilja Richard Pavone, Simone Penasa, Mariassunta Piccinni, Ludovica Poli, Elisabetta Pulice, Carla Maria Reale, Elena Scalcon, Marta Tomasi.

Ferrara: Paolo Veronesi, Giuseppina Barcellona, Fabio Ferrari, Migle Laukyte, Benedetta Liberali, Nicola Lucchi, Irene Pellizzone, Silvia Zullo.

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.

Napoli: Lorenzo Chieffi, Gianvito Brindisi, Claudia Casella, Gianpiero Coletta, Emilia D'Antuono, Luca Di Majo, Luigi Ferraro, Maria Pia Iadicicco, Carlo Iannello, Raffaele Manfredi, Ferdinando Menga, Franca Meola, Andrea Patroni Griffi, Virginia Zambrano.

E-mail: biodiritto@gmail.org

Website: rivista.biodiritto.org/ojs

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.

September 2021

ISSN 2284-4503

© Copyright 2021



UNIVERSITY
OF TRENTO - Italy

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, 5th century b.C., on permission nr. 15/2014 by Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo – Soprintendenza per i Beni Archeologici di SA, AV, BN e CE.

Cover design: Marta Tomasi

BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto n. 3/2021

Table of contents

Oltre il Covid, ma non troppo...	1
<i>Paolo Veronesi</i>	
 FOCUS ON – TECNICHE PROCREATIVE, ORDINE PUBBLICO, INTERESSE DEL MINORE: LO STATO DELL'ARTE	
A cura di Roberto Bin e Fabio Ferrari	
Tecniche procreative, ordine pubblico e interesse del minore. Introduzione	7
<i>Giampietro Ferri</i>	
Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)	13
<i>Alessandra Cordiano</i>	
La procreazione assistita <i>post mortem</i> tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004	27
<i>Mirko Faccioli</i>	
Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza	41
<i>Mauro Tescaro</i>	
Sorvegliare gli adulti punendo i bambini	59
<i>Giuseppina Barcellona</i>	
Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore .	73
<i>Antonio D'Aloia</i>	
L'ordine pubblico internazionale e la Costituzione. Prime note	93
<i>Michela Manetti</i>	
Maternità surrogata e identità frammentate: quale legame conta davvero?	103
<i>Ilaria Carlotto</i>	
Volere del singolo ed incertezze della legge. Prolegomeni filosofico-giuridici per l'applicazione della Legge n. 40/20	115
<i>Andrea Favaro</i>	

L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'Ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021	127
<i>Fabio Ferrari</i>	
Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni...	145
<i>Roberto Bin</i>	
FOCUS ON – SCIENZA E DIRITTO	
La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)	151
<i>Paolo Veronesi</i>	
Il giudice al crocevia tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica dei casi. Riflessioni a partire dalla giurisprudenza italiana	177
<i>Simone Penasa</i>	
ESSAYS – SAGGI	
L'aiuto a morire nell'ordinamento spagnolo e definizione del contesto eutanasi	201
<i>Ugo Adamo</i>	
El camino hasta la legalización de la muerte asistida en España	225
<i>Gonzalo Arruego</i>	
La morte medicalmente assistita tra regolamentazioni nazionali europee e prospettive legislative italiane	247
<i>Rosalba Potenzano</i>	
Il cammino indicato dalla Corte costituzionale per la disciplina del suicidio medicalmente assistito fra giurisprudenza di merito e perdurante attesa del legislatore	281
<i>Maria Esmeralda Bucalo</i>	
Decisioni sul termine della vita e donazione degli organi. Spunti comparatistici per una futura disciplina	307
<i>Giuseppe Gaiamo</i>	
Obbligo vaccinale e rapporto del lavoro	323
<i>Alberto Mattei</i>	
La cura della salute. Quali prospettive per un più equo accesso al farmaco, oggi?	349
<i>Lucia Albano</i>	
La lingua dei segni nell'alveo dell'art. 6 Cost.	375
<i>Alessandra Mazzola</i>	

Telemedicina in carcere	401
<i>Carlo Botrugno</i>	
 ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW	
Prime osservazioni sulla proposta di regolamento della Commissione Ue in materia di intelligenza artificiale	415
<i>Carlo Casonato, Barbara Marchetti</i>	
 PERSPECTIVES – PROSPETTIVE	
PMA pour toutes, anonimato di donatori e donatrici di gameti e potenziali conseguenze discriminatorie dell'esclusione della GPA. Prime riflessioni sulla riforma della loi de bioéthique in Francia	439
<i>Tullia Penna</i>	
Emergenza Covid19, tutela della salute e digitalizzazione: i limiti argomentativi della strategia digitale	457
<i>Serena Tomasi</i>	
Futile treatment in the time of pandemics	473
<i>Iñigo de Miguel Beriain, Vera Lúcia Raposo</i>	
 COMMENTARIES – NOTE A SENTENZA	
Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale	483
<i>Paolo Veronesi</i>	
Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?	505
<i>Benedetta Liberali</i>	

Oltre il Covid, ma non troppo...

Paolo Veronesi

È una sorta di pausa quella che trasversalmente affiora dalle pagine del ricco fascicolo di *BioLaw Journal* ora in uscita.

Una pausa dall'affollamento dei contributi che, nel recentissimo passato, sono stati ospitati sulle nostre colonne traendo stimolo (e giusta preoccupazione) dalla pandemia.

Sostanzialmente pochi, come leggerete, sono gli interventi che, in questo numero, affondano gli artigli sui complessi profili giuridico-scientifici scatenati dall'esperienza globale del Covid-19. Riprendono invece fiato altri temi "classici" del dibattito biogiuridico. Argomenti che sono già stati affrontati in passato sulle colonne della nostra *Rivista*, e vengono ora analizzati sotto sempre nuovi e ancor più suggestivi angoli di visuale. Quello che segue ne è un non esaustivo sommario: il consenso informato, i suoi limiti e la sua "durata"; la telemedicina; l'analisi (sfaccettata) degli argomenti utilizzati dalla Corte costituzionale nelle sue discusse sentenze n. 32 e 33/2021 (anche in riferimento alla controversa pratica della "gestazione per altri"); il fine vita, con l'entrata in vigore di una importantissima legge spagnola in materia di eutanasia attiva, oltre che (ancora) con gli strascichi di quanto sancito nell'importantissima (ma inosservata) sentenza costituzionale n. 242/2029 (resa nel c.d. "caso dj Fabo-Cappato"); la riforma della *loi de bioéthique* in Francia, con il dibattito che ha inevitabilmente suscitato; l'intelligenza artificiale (un altro nostro cavallo di battaglia sul quale puntiamo e punteremo ancora in futuro); i rapporti tra scienza, legislatore e giudici, e così via verso altri lidi di rilievo.

Questo repentino cambio di rotta "tematica" rappresenta decisamente un bene: esso suggerisce l'accesa volontà di voltare pagina, tornare a una sorta di normalità che si è dovuta giocoforza abbandonare, riprendere da dove si erano interrotti tanti discorsi ancora *in fieri*.

C'è tuttavia da essere certi che si tratti, molto probabilmente, solo di un momento, una parentesi certo benefica ma purtroppo temporanea. È pressoché inevitabile che il tema, appena accantonato, nell'immediato futuro sia invece destinato a riemergere sulle nostre pagine con l'inevitabile prepotenza delle questioni vitali. E ciò già a partire dai prossimi numeri di *BioLaw*: lo confermano i primi annunci dell'imminente arrivo in redazione di una serie di contributi che immancabilmente sottoporremo al necessario vaglio dei *referees*.

È del resto del tutto naturale che le cose vadano così.

Con la pandemia dovremo imparare a convivere a lungo. Essa continua infatti a colpire come una bestia feroce che cambia continuamente fisionomia, pur braccata dalle vaccinazioni che, per ora, stanno confermando la loro efficacia: si vedano, ad esempio, le percentuali di ricoverati in terapia intensiva e di deceduti che non hanno assunto il vaccino.

Parallelamente, le *fake-news* sulla pandemia continuano ad affollare i siti no e ni-vax, mentre manifestazioni di protesta contro i vaccini e il *green pass* sfociano talvolta in autentiche azioni violente e di minaccia nei confronti di chi sostiene o anche solo si premura di diffondere i dati della scienza. Sembra così sfumare, in taluni tra noi, la capacità e la volontà di capire che la salute è certamente un diritto ma anche un interesse della collettività – proprio come ragiona il nostro art. 32 Cost. – e che i comportamenti dei singoli, in casi come questo, sono equiparabili al classico

Editorial

battito d'ali della farfalla in grado di provocare un uragano.

Si fatica insomma a far comprendere che non esiste, al momento, alcun obbligo di vaccinarsi (tranne che per talune categorie specificamente e ragionevolmente individuate dalla legge, ossia i medici e il personale sanitario), e che questa scelta calibrata, anziché espressione di codardia, è un autentico omaggio alla responsabilità individuale: un atto di fiducia nel senso del singolo per se stesso e per gli altri, nei cui confronti si decide di accantonare le maniere forti e puntare sulla ragione.

Che la legge abbia introdotto, accanto a un obbligo di vaccinarsi (per ora) alquanto circoscritto, il “certificato verde” per frequentare taluni luoghi “sensibili” o compiere alcune attività che obiettivamente presentano maggiori rischi di contagio, non costituisce dunque un attentato alle libertà, bensì l’affermazione di un più calibrato onere. Tale scelta limita di certo, ma solo temporaneamente, talune prerogative dei singoli, ma opera ciò per legge – come si deve – in modo giustificato e proporzionato, basandosi su riscontri scientifici e per un periodo di tempo limitato (fino al 31 dicembre prossimo).

In questa materia, come ha più volte affermato la Corte costituzionale, gli oneri sono meno costringenti degli obblighi e offrono maggiore spazio all’autodeterminazione individuale. È inoltre una decisione del tutto ragionevole – e nient’affatto eversiva del principio di uguaglianza – stabilire per legge che chi assume sul serio il dovere di solidarietà verso gli altri, i malati e i vulnerabili, sottoponendosi costantemente a test (se così predilige) o vaccinandosi (come suggerisce la scienza) goda di maggiori libertà di movimento e di azione rispetto a chi la solidarietà e il suo essere uno tra molti decida di dimenticare o non comprenda fino in fondo.

Da tempo il nostro ordinamento (come molti altri) ha così abbandonato la logica forzosamente obbligatoria delle politiche vaccinali del passato, salvo per le situazioni in cui la sua adozione appaia o ritorni ancora indispensabile. Ci si è insomma orientati verso una politica decisamente più mite, cercando in tal modo di scalfire il meno possibile le libertà individuali e calibrando le imposizioni proporzionandole al rischio concreto. Si è cioè cominciato a lavorare di bisturi e non di accetta, anche se il ritorno all’obbligatorietà di molti vaccini, com’è accaduto nel 2017, e come la Corte ha più che giustificato nel 2018, dimostra che questa strada presenta anche zone d’ombra.

Neppure nella situazione generata dalla pandemia, con gli almeno 130.000 italiani deceduti, con il rischio spesso purtroppo realizzato di occupare oltremisura gli ospedali (ritardando essenziali funzioni diagnostiche e chirurgiche), con l’ accertata e asimmetrica riduzione delle speranze di vita in varie zone del Paese, con l’economia colpita da una crisi profonda, si è deciso di usare le maniere forti in materia vaccinale, preferendo invece – sulla scia di quanto appena detto – la strada dell’intervento calibrato e più rispettoso delle proporzioni. L’uso del green pass – piaccia o non piaccia – è il precipitato di tutto ciò, ed è quanto meno singolare che molti lo contestino e auspichino l’introduzione di obblighi non già invocando maggiore sicurezza (come sarebbe del tutto ragionevole) ma denunciando il *vulnus* alle libertà che esso provocherebbe. È esattamente il contrario: il *green pass* serve a tutelare al massimo le scelte individuali sulla propria (e sull’altrui) salute, riducendo i rischi di tutti e favorendo la ripresa di una sorta di normalità, ma senza introdurre altri obblighi in una materia così delicata (come pur si potrebbe).

In un tale quadro, distinguere la condizione e le possibilità di chi si è vaccinato (o si sottoponga a

test) non significa derogare al principio di uguaglianza, né tanto meno porre in essere odiose discriminazioni, come qualcuno afferma. Le fattispecie poste a raffronto sono, infatti, obiettivamente diverse e, come ricorda da sempre la Corte costituzionale, si ha violazione del principio di uguaglianza quando a situazioni uguali si offrono discipline diverse, non già quando, per situazioni difformi, si stabiliscono normative ragionevolmente adottate in considerazione di quelle specifiche diversità.

Si tratta di passaggi che la stessa Corte costituzionale ha già affrontato proprio nella sua più che consolidata giurisprudenza in materia di vaccinazioni obbligatorie o anche solo raccomandate, ma che sembrano essere state dimenticate da molti. Si tratta di quella stessa Corte che, sin dalla sua sentenza d'esordio (n. 1/1956), e poi altre innumerevoli volte – come, del resto, tutte le Corti costituzionali del mondo democratico – ha spiegato fino all'esaurimento che nessun diritto nasce illimitato, che ogni diritto incontra i limiti dei necessari bilanciamenti derivati dal confluire, nella medesima fattispecie, di tante altre prerogative e interessi di rilievo costituzionale, che esiste anche un dovere di curarsi alla luce di quanto sancito dall'art. 32 Cost. (quando la salute dei singoli fosse essenziale per la salute altrui, non già quando si tratti di libere scelte personali, incidenti, cioè, solo su chi le adotta, come nel fine vita).

È tutto ciò a tradurre in atto quell'altrimenti troppo vago riferimento al «rispetto della persona umana» che si staglia nel secondo comma dell'art. 32 Cost.: nel senso, cioè, del contemporaneo rispetto di sé e degli altri.

Anche le prime pronunce giurisprudenziali italiane ed europee in materia confermano questi assunti, consolidati da tempo.

Valga la recentissima decisione della Corte EDU, resa il 24 agosto 2021, con la quale è stata respinta la richiesta di sospensiva avanzata da 672 vigili del fuoco francesi che contestavano la prescritta vaccinazione obbligatoria loro imposta. Ed è significativo che il *Conseil Constitutionnel*, tra maggio e agosto 2021, si sia già espresso un paio di volte sullo strumento analogo al *green pass* adottato in Francia, ritenendo infondate le relative *quaestiones* di costituzionalità.

Ma si pensi altresì a quanto sancito, proprio pochi giorni fa, dal T.A.R. Lazio - Roma, sez. III-*bis*, 2 settembre 2021, n. 4531 e n. 4532, che ha rigettato le istanze cautelari presentate avverso gli atti amministrativi adottati in applicazione dell'art. 9-*ter*, commi 1 e 2, d.l. 22 aprile 2021, n. 52 – introdotto dall'art. 1, comma 6, d.l. 6 agosto 2021, n. 111 – con il quale si è imposto l'obbligo del *green pass* per il personale scolastico sino alla data del 31 dicembre 2021, con sospensione dal lavoro e dallo stipendio per chi non lo producesse. Eloquenti sono le argomentazioni del nostro giudice amministrativo: quanto alla pretesa violazione del diritto a non vaccinarsi, esso replica che tale prerogativa non possiede una valenza assoluta né può essere definita incomprimibile, dovendo invece essere bilanciata con altri interessi pubblici essenziali (la necessità di garantire la salute pubblica, circoscrivere il diffondersi della patologia, assicurare il regolare svolgimento dell'essenziale servizio pubblico della scuola in presenza). Il diritto in oggetto, continua il T.A.R., è stato peraltro riconosciuto dal legislatore ammettendo, in alternativa al vaccino, la sottoposizione a un test molecolare o antigenico rapido con esito negativo. La presentazione dell'esito del test in sostituzione del certificato verde dà infatti corpo a una facoltà rispettosa della scelta di non sottoporsi alla vaccinazione: essa è stata prevista nell'esclusivo interesse di

costoro, e, conseguentemente, non appare irrazionale che il costo del tampone venga a gravare su chi voglia beneficiare di tale alternativa rispetto a quanto messo autorevolmente a disposizione dallo Stato e dalla scienza.

In precedenza, si segnalano (almeno) queste ulteriori pronunce nostrane in materia (ma altre si attendono): il Tribunale di Belluno, 14 maggio 2021 (in *F. it.* 2021, 6, I, c. 2227), ha ritenuto legittimo il collocamento forzoso in ferie dell'operatore sanitario che, pur svolgendo mansioni che lo portavano a stare a stretto contatto con il pubblico, si rifiutava di sottoporsi alla somministrazione obbligatoria del vaccino contro il Covid; si v. altresì l'ord. del Trib. Modena, sez. lav., 23 luglio 2021, n. 2467, la quale non accoglie la richiesta di affermare la nullità/invalidità/illegittimità del provvedimento di sospensione cautelativa dal servizio e dalla retribuzione di due fisioterapiste operanti presso una RSA le quali rifiutavano di sottoporsi al vaccino anti-Sars. Si assuma inoltre quanto sancito dal T.A.R. Lecce, sez. II, 5 agosto 2021, n. 480, che non ha accolto la richiesta di sospensiva sul provvedimento di sospensione dall'esercizio della professione adottato nei confronti del sanitario che non aveva effettuato la vaccinazione, dopo avere appurata l'impossibilità di adibire lo stesso ad altre mansioni che non lo ponessero in contatto con gli utenti e con il personale sanitario della struttura

È frequente, tra i contrari alla vaccinazione o al *green pass*, menzionare a proprio sostegno il Regolamento (UE) 2021/953, nonché (soprattutto) la successiva modifica apportata al suo 36° *Considerando*. Si vietano qui le discriminazioni dirette e indirette nei confronti di chi abbia scelto di non vaccinarsi. L'intero provvedimento sostiene tuttavia a spada tratta le misure vaccinali e – come già accennato *supra* – il divieto di discriminare chi scelga di non vaccinarsi non signi-

fica affatto divieto di adottare misure che diversifichino, in modo ragionevole e proporzionato, l'atteggiamento da tenere nei loro confronti rispetto a quanto va destinato ai vaccinati, ai guariti, a chi si sottopone a un test recente ecc.: senza impedire ai contrari alla vaccinazione il godimento delle libertà ma prescrivendo nei loro confronti accortezze ulteriori, determinate appunto dalle scelte da essi stessi adottate (come, ad esempio, la necessità di sottoporsi a un test recente, comunque idoneo, in pratica, a sostituire il *green pass* di chi è vaccinato). Inoltre – l'ha sottolineato Roberto Bin (www.laCostituzione.info del 26 luglio 2021), la disposizione europea in oggetto «non è contenuta nel testo normativo, bensì nei “considerando”, il n. 36 di 64, cioè nella motivazione di un atto che ha l'obiettivo di fare del *green pass* il documento sufficiente a circolare liberamente tra i 27 stati dell'Unione: non c'entra nulla con le misure che i singoli Stati emanano per regolare la circolazione all'interno del proprio territorio».

È un clamoroso errore contestare che il Governo eviterebbe di introdurre l'obbligo di vaccinazione (ma si vedrà in futuro se non verrà esteso quanto ora già previsto) perché sarebbe altrimenti costretto a indennizzare gli eventuali danni provocati dall'inoculamento. La giurisprudenza costituzionale è ferma nell'affermare, ormai da molti anni, che sottoporsi a vaccinazioni obbligatorie e persino solo raccomandate, le quali – seppur rarissimamente – possono generare conseguenze più sfavorevoli rispetto alla normale tollerabilità, impone allo Stato di procedere con l'equo indennizzo di chi abbia così osservato i suoi doveri di solidarietà (*ex art. 2 Cost.*). Né un “bugiardo” che stabilisca eventualmente altro potrà mai negare tutto questo – che è costituzionalmente necessario – e neppure

impedire che venga chiamato a rispondere e a risarcire il danno chi lo abbia, in modo doloso o colposo, cagionato.

Le variegate contestazioni in atto, con l'abbandono dello "spirito di gruppo" che aveva accompagnato il primo e il secondo *lockdown* – quand'erano ancora più severe le misure costrittive della libertà – testimoniano che questo è un momento storico assai delicato: esso porta insomma soltanto alla luce un clima che, da molto tempo, aleggia nell'aria (e non solo presso i nostri lidi). Il vaccino e il certificato verde (oltre che le persone aggredite fisicamente e/o verbalmente perché amiche della scienza o dei dati oggettivi) sono solo i pretesti e le vittime sacrificali del momento, le cartine al tornasole di un disagio e di un atteggiamento che cova neanche tanto sotto le braci ed è probabilmente destinato a esacerbarsi su questi e anche su altri (ora persino imprevedibili) terreni.

Questa è insomma una fase in cui la scienza e la biopolitica sono diventate le "nemiche", in quanto espressione di "ufficialità", dimenticando che non c'è nulla di meno ufficiale e monolitico della scienza, sempre pronta a ri-verificare e mettere in dubbio i propri approdi in un dialogo mondiale.

Non è indifferente a tutto ciò lo stato di crisi dei partiti e delle società intermedie dedicate alla politica, il loro sfarinamento, il loro separarsi e ri-coagularsi con ritmi ormai sempre più parossistici, la loro incapacità di procedere oltre semplici slogan. Non sanno e non riescono più a governare il malessere, la rabbia e gli umori del momento – tarpando conseguentemente le ali agli eccessi o addirittura alle assurdità – e almeno taluni di essi si fanno invece, sempre più spesso, megafoni acritici di tutto ciò che circola nello spazio fisico e virtuale, talvolta addirittura alimentandolo (consapevolmente o inconsapevolmente).

Tutte le società vivono e hanno vissuto momenti tragici e di rottura del loro tranquillo convivere – com'è accaduto e sta accadendo con l'esperienza della pandemia – ma non sempre l'esperienza della frattura determina il rafforzarsi delle stesse comunità proprio in prossimità di quelle linee d'interruzione della normalità. Ed è davvero preoccupante quando così non è.

Editorial

Tecniche procreative, ordine pubblico e interesse del minore. Introduzione

Giampietro Ferri*

Con le recenti sentenze n. 32 e n. 33 del 2021, la Corte costituzionale ha aggiunto due importanti tasselli al giudizio sulla legittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»¹.

Le «finalità» dichiarate dal legislatore nel 2004 erano quelle di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e dalla infertilità», consentendo a coppie eterosessuali il ricorso a tecniche di procreazione «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità»².

In realtà, la legge, che fu approvata quando le pratiche di fecondazione assistita erano da tempo diffuse in maniera incontrollata³, vi aveva posto delle limitazioni, tanto stringenti da suscitare, oltre alle critiche da parte di numerosi scienziati⁴ e di larghi settori del mondo politico⁵, dubbi di legittimità costituzionale.

Grazie agli stimoli provenienti dai giudici di merito e di legittimità⁶, per i quali la lettera del testo legislativo ha sovente rappresentato un ostacolo sulla strada dell'interpretazione conforme a Costituzio-

* Professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli studi di Verona. Mail: giampietro.ferri@univr.it. La pubblicazione rientra tra le attività del team di ricerca «Processi decisionali e fonti del diritto» del Progetto di Eccellenza MIUR 2018/2022 del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona. Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Per gli studi monografici sul tema, cfr. B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Canterano, 2020; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità: la legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020. Tra le opere collettanee si segnala S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017.

² Art. 1 della legge n. 40/2004. Il ricorso «è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico» (art. 4).

³ Cfr. C. VALENTINI, *La fecondazione proibita*, Milano, 2004. Gli unici testi riferimento per i centri pubblici e privati che operavano nel campo della fecondazione assistita erano due circolari emanate dai ministri della Sanità: la circolare Degan del 1985, che vietava la fecondazione c.d. eterologa nei centri pubblici, senza nulla dire dei centri privati, e la circolare Donat-Cattin, di pochi anni successiva, che regolamentava la raccolta e la conservazione dei gameti ai fini della fecondazione attuata con l'intervento di un donatore o una donatrice esterni alla coppia.

⁴ V., tra l'altro, l'appello degli scienziati pubblicato sul quotidiano *la Repubblica* del 9 dicembre 2003, consultabile al seguente indirizzo internet: <https://bit.ly/3ClFj8r>.

⁵ La legge n. 40/2004 fu approvata con il voto favorevole della maggioranza di centrodestra e quello contrario dell'opposizione di centrosinistra (con l'eccezione della Margherita, che, divisa al proprio interno, si era espressa ufficialmente per il «sì», ammettendo però la possibilità per i propri parlamentari di esprimersi secondo coscienza).

⁶ V., tra le altre, Cass., I sez. civ., n. 19599 del 2016; Cass., SS.UU., n. 12193 del 2019; Cass., I sez. civ., ord. n. 8320 del 2020; Cass., SS.UU., n. 9006 del 2021.

ne, la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi più volte sulla legge n. 40/2004, dichiarandone l'illegittimità costituzionale nei seguenti punti: laddove imponeva la creazione di non più di tre embrioni ai fini di un loro unico e contemporaneo impianto⁷; nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare appena possibile, dovesse essere effettuato «senza pregiudizio della salute della donna»⁸; nella parte in cui stabiliva per la coppia il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (ossia con l'impiego di un gamete di donatore "esterno"), qualora fosse stata diagnosticata una patologia quale causa di sterilità (o infertilità) assoluta e irreversibile⁹; nella parte in cui non consentiva il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili (mentre l'ordinamento italiano consente comunque a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici attraverso l'interruzione volontaria della gravidanza, che costituisce una modalità ben più traumatica)¹⁰; nella parte in cui contemplava come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche quando essa fosse esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili¹¹.

Se, per effetto di tali interventi della Corte costituzionale, il testo della legge n. 40/2004 risulta sensibilmente modificato rispetto a quello originario, non si può dire però che l'impianto legislativo sia stato smantellato. Permane l'impostazione di fondo: un'impostazione volta a favorire la procreazione, ma soltanto nell'ambito della famiglia "tradizionale", con la presenza di una coppia composta di persone di sesso diverso (coniugate o conviventi), maggiorenti e in età fertile¹², nello stesso tempo tutelando l'embrione, anche a scapito delle esigenze della ricerca scientifica. Ciò, mentre è cambiato il panorama delle formazioni sociali con relazioni affettive, essendo avvenuto il riconoscimento a livello legislativo delle unioni civili tra persone dello stesso sesso¹³, che non di rado esprimono il desiderio di essere genitori.

Alla sostanziale preservazione dell'impianto legislativo ha concorso la stessa Corte costituzionale, che non sempre ha accolto le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici *a quibus*, respingendole quando il loro accoglimento avrebbe implicato l'introduzione di un indirizzo politico diverso da quello tracciato dal legislatore¹⁴. Essa ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costi-

⁷ C. cost. n. 151 del 2009.

⁸ C. cost. n. 151 del 2009. Su questi aspetti della legge n. 40/2004, cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 157 ss.

⁹ C. cost. n. 162 del 2014.

¹⁰ C. cost. n. 96 del 2015.

¹¹ C. cost. n. 229 del 2015.

¹² Artt. 5 e 12, comma 2, l. n. 40/2004.

¹³ Legge n. 76 del 2016.

¹⁴ C. cost. n. 221 del 2019, punto 11 del Considerato in diritto.

La giurisprudenza della Corte costituzionale è stata generalmente improntata «al rispetto degli ambiti di scelta consentiti dalla Costituzione ai legislatori, specie dove le decisioni avevano una forte connotazione politica», e non trova riscontro nella realtà «la tesi di una Corte portatrice di una sua politica contrapposta a quella che si esprime in Parlamento»: così V. ONIDA, *Quel potere «mite» del diritto*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 aprile 2006. Le osservazioni dell'illustre Autore, formulate in occasione dei cinquant'anni di attività della Corte, troveranno conferma nella giurisprudenza successiva, in cui si riscontrano varie decisioni che esprimono un'"autolimitazione" (come, ad esempio, la n. 271/2010, annotata da C. PINELLI, *Eguaglianza del voto e*

tuzionale concernente la norma che sancisce il divieto assoluto di ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso. È stata così rigettata la richiesta di una pronuncia additiva che avrebbe comportato un temperamento dell'assolutezza del divieto, nel senso che, accertato che l'embrione non sia più impiegabile a fini procreativi (e quindi risulti destinato a rapida estinzione), esso possa essere utilizzato, previa acquisizione del consenso dei generanti, per altri scopi costituzionalmente rilevanti (come quello della ricerca scientifica biomedica in funzione anche della tutela della salute)¹⁵. La Corte, poi, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della preclusione dell'accesso alle tecniche procreative per le coppie omosessuali, giungendo a tale decisione dopo avere rimarcato che la questione riguarda temi «eticamente sensibili», in relazione ai quali «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, nel rispetto della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore, quale interprete della volontà della collettività»¹⁶. La Corte costituzionale ha sottolineato anche che, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, gli Stati membri del Consiglio d'Europa conservano, segnatamente quanto ai temi sui quali non si registri un generale consenso, un ampio margine di apprezzamento¹⁷.

Proprio la diversità della disciplina tra gli Stati aderenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha fatto sì che si sviluppasse il fenomeno del "turismo procreativo" (o riproduttivo), ossia dello spostamento delle coppie che desiderano un figlio dagli Stati in cui vi è la disciplina più restrittiva, che mira a tutelare più intensamente l'ordine pubblico¹⁸, agli Stati (europei, ma anche extraeuropei) in cui vi è una disciplina che offre una più ampia possibilità di usare le tecniche di procreazione medicalmente assistita. Di qui la nascita di bambini all'estero mediante tecniche non consentite nel Paese

ripartizione dei seggi tra circoscrizioni e G. FERRI, *Nuovi e vecchi problemi del sistema di elezione dei parlamentari europei: l'assegnazione dei seggi attribuiti con i resti e lo «spostamento» dei seggi da una circoscrizione all'altra*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3322 ss.). Occorre dire, però, che gli interventi della Corte in materia elettorale dello scorso decennio hanno aperto un vivace dibattito fra gli studiosi sul ruolo dell'organo (cfr. AA. VV., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014, dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della L. n. 270 del 2005*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 629 ss., nonché G. FERRI (a cura di), *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere. Problemi e prospettive dopo le sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017*, Napoli, 2017).

¹⁵ C'è un «dibattito – in ambito scientifico e giuridico, oltretutto nel più ampio contesto della società civile – sulla stessa ragionevolezza» della previsione legislativa censurata. Si tratta di una «scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, perciò stesso, al sindacato di questa Corte». «Per di più, una diversa ponderazione dei valori in conflitto, nella direzione, auspicata dal rimettente, di una maggiore apertura alle esigenze [...] della ricerca scientifica, non potrebbe comunque introdursi per via di un intervento additivo» da parte del giudice costituzionale, «stante il carattere non "a rima obbligata" di un tale intervento». Così C. cost. n. 84 del 2016, su cui v., per un commento critico, 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, 157 ss.

¹⁶ C. cost. n. 221 del 2019.

¹⁷ V., tra le molte pronunce, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, n. 25358/12, *Mennesson c. Francia*, n. 65192/11, *Labassée c. Francia*, n. 65941/11, a cui si aggiunge il (primo) parere preventivo reso ex Protocollo 16: Req. n. P16-2018-001.

¹⁸ 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. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 119 ss.,

d'origine dei genitori (si pensi, tra l'altro, alla gestazione per altri) e l'esigenza di tutelare i bambini stessi, in base al principio del preminente interesse del minore, che è consacrato nei documenti internazionali (in primo luogo, nella Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959) ed è tutelato costituzionalmente¹⁹. Su tali aspetti sono intervenute le recentissime sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021.

Con la sentenza n. 32 la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto gli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 e 250 cod. civ., impugnati perché non consentirebbero al nato nell'ambito di un progetto di procreazione di tipo eterologo, praticata da una coppia del medesimo sesso, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore. La Corte ha affermato che i nati a seguito di procreazione medicalmente assistita eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore (la madre biologica), proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo (la madre intenzionale), vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi. Tuttavia, al riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore, la Corte ha ritenuto, «per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario», di non poter porre rimedio, invocando l'intervento del legislatore, che dovrà necessariamente colmare il vuoto, a fronte di incomprimibili diritti dei minori.

Con la sentenza n. 33²⁰ la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004, della legge n. 218/1995 («Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato») e dell'art. 18 del d.P.R. n. 396/2000,

«nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico».

La questione affrontata dalla Corte riguarda, in sostanza, lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata – il sintagma designa, com'è noto, l'accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventi-

¹⁹ Il principio è stato riformulato da una risalente sentenza della Corte costituzionale, con riferimento all'art. 30 Cost., come necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata «la soluzione ottimale "in concreto" per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior "cura della persona"» (sentenza n. 11 del 1981); ed è stato ricondotto da plurime pronunce altresì all'ambito di tutela dell'art. 31 Cost. (sentenze n. 272 del 2017, n. 76 del 2017, n. 17 del 2017 e n. 239 del 2014). Per uno studio monografico sul tema, cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 77 ss.

²⁰ Annotata da F. FERRARI, *L'interesse del minore tra protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 3, 2021.

vamente a “reclamare diritti” sul bambino che nascerà –, che è vietata nell’ordinamento italiano dall’art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004. È qui in discussione la possibilità di dare effetto nell’ordinamento italiano a provvedimenti giudiziari stranieri che riconoscano come genitore del bambino non solo chi abbia fornito i propri gameti, e dunque il genitore cosiddetto biologico, ma anche la persona che abbia condiviso il progetto genitoriale pur senza fornire il proprio apporto genetico, e dunque il cosiddetto genitore d’intenzione. Secondo la Corte costituzionale, il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica e la necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori – non può che spettare in prima battuta al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell’individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione, la Corte – come già aveva fatto in passato in simili circostanze²¹ – ha ritenuto di doversi fermare e «cedere il passo al legislatore». Quali saranno, dunque, i prossimi passi del legislatore? Quali possono essere le soluzioni più adatte per contemperare, nella delicata materia, le esigenze di tutela dell’ordine pubblico e dell’interesse del minore? In attesa dell’intervento legislativo, la Corte, una volta riscontrata la mancanza di tutela della posizione dei minori che è costituzionalmente richiesta, avrebbe potuto offrire essa stessa subito una tutela, pronunciando una sentenza di accoglimento anziché di inammissibilità²²? Sono questi gli interrogativi ai quali intende rispondere questo Convegno.

²¹ Cfr., ad esempio, la sentenza n. 16/2011, con osservazioni di V. ONIDA, *Quando la Corte non vuole decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2011, 139 ss. e G. FERRI, *L’indipendenza delle magistrature speciali e la composizione del Consiglio di presidenza della Corte dei conti*, in *Il Foro amministrativo-C.d.S.*, 7-8, 2011, 2265 ss. e in ID., *La magistratura in Italia. Raccolta di scritti*, Torino, 2021, 321 ss.

²² Utili spunti di riflessione in A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta Online*, 1, 2021, 221 s.

Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)

Alessandra Cordiano*

RECENT ISSUES OF THE CONSTITUTIONAL COURT ABOUT SURROGACY (I.E. WHAT HAPPENS IF THE LAW BETRAYS THE FACT)

ABSTRACT: This paper aims to address the latest issues in the social parenting and surrogacy area, looking at the most recent developments of the case law of the Court of Cassazione and the Constitutional Court.

KEYWORDS: Surrogacy; social parenting; best interest of the child; parental responsibility; adoption law

SOMMARIO: 1. Introduzione e qualche premessa di senso – 2. Il faticoso bilanciamento fra interesse del minore e divieto interno: la falsa questione della derivazione biologica – 3. (Segue)... e il limite labile dell'ordine pubblico – 4. L'interesse del minore e i limiti strutturali e funzionali dell'art. 44 lett. d, l. ad. – 5. Uno sguardo al futuro.

1. Introduzione e qualche premessa di senso

Il così detto “diritto vivente” in tema di gestazione per altri (g.p.a.) è una storia che comincia, in realtà, da molto lontano: della fine degli anni '80, infatti, sono le prime pronunce che intervengono a dirimere conflitti concernenti una pratica frequentemente agita nel corso dei secoli, pur con modalità differenti¹. Si può dire però che le Sezioni unite del 2019, che hanno avallato la trascrizione dell'atto di nascita del nato da g.p.a. realizzata all'estero nei confronti del genitore biologico, rigettando però il legame con il genitore d'intenzione, segnano un momento fondamentale per tentare di tracciare un quadro di senso che conduca a comprendere l'approdo odierno della Corte costituzionale².

* Associata di Diritto privato, Università degli studi di Verona. Mail: alessandra.cordiano@univr.it. Il presente contributo rientra nell'attività di ricerca del Team “Mutamenti demografici e pluralità di modelli familiari e genitoriali” nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona “Diritto, Cambiamenti e Tecnologie”. Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Già, G. PONZANELLI, *Il caso Baby M., la surrogate mother e il diritto italiano*, in *Foro it.*, 2, 1988, c. 97. V. anche A. CORDIANO, *La tutela dell'interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali*, in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, H. MOTA, R. GUIMARAES (a cura di), Almedina, Coimbra, 2016, 739.

² Fra i molti commenti a Cass., S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, v. G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2019, 677; M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, *ivi*, p. 667. Sulla pronuncia che ha rimesso la causa alle sezioni unite, Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, in *Famiglia e diritto*, 10, 2018, 837, commentata da ID., *I «due padri» e l'ordine pubblico...tra sezioni semplici e sezioni unite*.

Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza n. 33 del 2021 della Corte delle leggi, sollecitata con ordinanza della Cassazione, che ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, co. 1, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 8 Cedu, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 Conv. New York, e all’art. 24 della Carta dei diritti Ue – alcune questioni di legittimità costituzionale: in particolare, rimettendo alla Corte costituzionale i dubbi di illegittimità riguardo all’art. 12, co. 6, l. p.m.a., dell’art. 64, co. 1, lettera g), della l. n. 218/1995 sul diritto internazionale privato, e dell’art. 18 del d.P.R. n. 396/2000, sull’ordinamento dello stato civile, «nella parte in cui non consentono, secondo l’interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l’ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all’inserimento nell’atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d’intenzione non biologico»³.

Va detto in premessa che, tralasciando le numerose modalità di regolamentazione del fenomeno nel panorama globale, vi sono in effetti molti modi in cui la g.p.a. può atteggiarsi: può accadere infatti che la derivazione genetica coincida totalmente, se la coppia committente eterosessuale conferisce entrambi i gameti; ovvero solo in parte, quando la coppia etero o omosessuale conferisce solo una linea germinale di una/un partner della coppia e l’altra linea è conferita da un donatore o da una donatrice; ovvero, ancora, la derivazione genetica può essere del tutto assente, sia per la coppia eterosessuale sia per quella omosessuale, quando evidentemente il materiale genetico sia interamente fornito da terzi estranei alla coppia⁴. Ciò che caratterizza, in ogni modo, la g.p.a. è il contributo eventuale del patrimonio genetico di terzi, e quello imprescindibile del corpo e della capacità procreativa della surrogata, che sostanzia il divieto della l. 40⁵.

Questa premessa rende necessario svolgere due considerazioni.

La prima considerazione è che appare evidente una vera e propria scissione fra gli elementi costitutivi del processo procreativo, profilo invero già chiaro nelle tecniche di procreazione svincolate dal divieto di eterologa: l’elemento naturalistico della maternità (quello della gestazione e del parto) si dissocia da quello volontaristico, intenzionale, relativo alla costituzione del progetto familiare e alla costruzione di un legame coinvolgente, e da quello più strettamente identitario della trasmissione biologico-genetica, che manca in tutto o in parte⁶. Questo processo destrutturante vede il suo completamento con la *surrogacy*, che mette in discussione anche l’ultimo tratto distintivo del fatto generati-

³ M. ACIERNO, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità?*, in *Questione giustizia*, 7 aprile 2021.

⁴ A. CORDIANO, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale e le regole vigenti*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2017, 473 ss.

⁵ Sul divieto, v. E. GIACOBBE, *Dell'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2016, 590; per una rilettura del divieto penale, v. C. RAGNI, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, in *Genlus*, 1, 2016, 6

⁶ Sulla legge n. 40 del 2004, *ex multis*, U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, I, 2004, 514 ss.; L. D’AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un’occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, II, 2004, 793 ss.; F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e diritto*, 6, 2004, 628 ss.; R. VILLANI, *La nuova legge sulla procreazione assistita*, in *Studium iuris*, 2004, 575 ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Il Corriere giuridico*, 2004, 810 ss.; G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2005, 329 ss.

vo, la gestazione e il parto, facendo vacillare il modello tradizionale di genitorialità biologica o quanto meno evidenziando una forte frammentazione⁷.

Si tratta, invero, di un fenomeno ormai consolidato nel panorama giuridico contemporaneo, relativo all'attestarsi di una nuova forma di genitorialità sociale (o non genetica)⁸ accanto alla tradizionale genitorialità biologica; fenomeno connesso con l'evoluzione dei modelli familiari, ma intimamente collegato coi progressi della scienza e della tecnica rispetto alle possibilità di manipolare e di disporre del proprio corpo: la crescente acquisizione di tecniche scientifiche è in grado, infatti, di investire potentemente gli aspetti relativi alla maternità e alla genitorialità. Questa incessante progressione, iniziata da lontano, trova nelle tecniche di procreazione assistita e nella g.p.a. una fattispecie di altissima complessità, in grado di cambiare la relazione dell'individuo con la propria corporeità e soprattutto con la propria identità anche in una prospettiva più generale, su un piano antropologico di esseri di genere⁹, mettendo altresì in discussione il paradigma dominante e tradizionalmente ordinatore della genitorialità biologica, composta di eterosessualità, derivazione genetica, gestazione e parto¹⁰.

La seconda considerazione è che, se il fenomeno della genitorialità sociale è consistente ed eterogeneo, acquisendo una graduale rilevanza, la pratica della g.p.a. è altamente controversa a livello globale¹¹ e vietata in Italia, dove chiaramente l'attenzione si sposta sulle fattispecie realizzate all'estero, che reclamano un riconoscimento. Ma la considerazione non è relativa tanto e solo alla complessità connessa alla fatica dell'ordinamento di trovare un adeguato bilanciamento fra un comportamento lecitamente realizzato all'estero e vietato in Italia; quanto, piuttosto, alla constatazione che il divieto di g.p.a. è una regola sostanzialmente insufficiente: l'art. 12, l. n. 40 del 2004 (oggetto di censura) prevede un divieto di realizzazione, organizzazione, pubblicizzazione e di commercio della pratica, la cui violazione, anche per la coppia, è punita con la reclusione e con una pena pecuniaria. La disposizione, però, non presenta alcuna «clausola di salvaguardia»¹²: non è prevista alcuna regola di supporto nel caso in cui, a seguito di condotte materiali irreversibili, nasca un bambino, così come avveniva,

⁷ Trib. Monza, 17 ottobre 1989, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1990, 173, con nota di M. VENTURA; in *Giurisprudenza italiana*, I, 1992, 2, c. 72, con nota di M. DOGLIOTTI; e App. Salerno, 25 febbraio 1992, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 1994, 177.

⁸ A. D'ANGELO, *La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 13; A. GORGONI, *La rilevanza della filiazione non genetica*, in *Persona e mercato*, 3, 2017, 1153. Sulle famiglie allargate e ricomposte e sul terzo genitore, A. CORDIANO, *Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive*, in *Comparazione e diritto civile*, novembre 2012, 1; M.G. STANZIONE, *Filiazione e «genitorialità». Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, 109 ss.

⁹ J. HABERMAS, *Il futuro della genetica umana. I rischi di una eugenetica liberale*, Torino, 2001, 31 ss.

¹⁰ Cfr. I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, *passim*; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 377; P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2000, 193; A. CORDIANO, *Identità della persona e disposizioni del corpo*, Roma, 2011, 235 ss.

¹¹ V. la Risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2015, contenente la *Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo del 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia*, n. 2015/2229 (INI), che ha confermato la posizione di sostanziale rifiuto, condannando la pratica della surrogazione, «che compromette la dignità umana della donna, dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce». In punto, R. PICARO, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2017, 1262, part. 1267 ss.

¹² Ne parla anche G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., 685.

già prima della caduta del divieto di eterologa, con la norma di cui art. 9, che prevede un sistema di protezione per il minore nato da eterologa, limitando, fra gli altri, l'accesso agli strumenti di contestazione del legame paterno e impedendo la dismissione del legame materno¹³; i limiti espressi, oltre a confinare l'accesso agli strumenti di contestazione dei legami, di fatto cristallizzano un modello di genitorialità sociale, sigillato dal disposto dell'art. 8¹⁴.

Dunque, a prescindere da i divieti esistenti (o esistiti), sono le regole vigenti in materia di filiazione ad essere oggi insufficienti, perché costruite essenzialmente sul paradigma biologista, e quindi sui presupposti di eterosessualità, derivazione biologica, gestazione e parto, con il suggello dell'elemento volontaristico: utilizzando strumenti di sintesi, la dicotomica opposizione fra *favor legitimitatis e veritatis* e, di qui, il paradigma dominante non esauriscono più la complessa fenomenologia esistente, creando a tratti un forte smarrimento e la necessità di riflettere sui dispositivi normativi di riferimento¹⁵.

2. Il faticoso bilanciamento fra interesse del minore e divieto interno: la falsa questione della derivazione biologica

Date queste premesse, si intende proporre qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni unite del 2019, focalizzando l'attenzione sulle scelte argomentative della Corte costituzionale nella sentenza n. 33 del 2021, in una sorta di percorso circolare fra le due pronunce.

La sentenza n. 33 della Corte delle leggi, oltre a sollecitare la tempestività di un intervento legislativo su cui poi si dirà, segnala la necessità di bilanciare, secondo un criterio di proporzionalità, gli interessi del minore con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla g.p.a., penalmente sanzionata dal legislatore.

Di questo scopo, infatti, si sono fatte carico le Sezioni unite, negando la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte attributiva dello status anche al genitore sociale o d'intenzione. La fattispecie affrontata nel 2019, infatti, è caratterizzata dal fatto che la g.p.a. si è realizzata con il contributo genetico di uno solo dei partner della coppia committente. La Cassazione si è limitata così a consolidare un orientamento acclarato nella giurisprudenza di merito, pervenendo alla decisione di accogliere il legame con il genitore genetico, ma rifiutando quello del genitore sociale e rimandandolo all'art. 44 l. ad.; lo ha fatto utilizzando sostanzialmente tre temi: la derivazione genetica come modello e limite alla genitorialità sociale; il divieto penalmente sanzionato e l'ordine pubblico; l'interesse del minore¹⁶.

¹³ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit., con nota di G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2014.

¹⁴ A. CORDIANO, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale e le regole vigenti*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2017, 473 ss.

¹⁵ Per un caso emblematico, Trib. Roma, 8 agosto 2014, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 319, con nota di A. MENDOLA, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*, e Trib. Roma, 22 aprile 2015, *ivi*, 2015, 1847, con nota di Id., *Sostituzione di embrioni e disconoscimento della paternità*; M.N. BUGETTI, *Scambio di embrioni e attribuzione di paternità*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2014, 934.

¹⁶ Si consenta il rimando ad A. CORDIANO, «C'era una volta e una volta non c'era...»: *l'interesse del minore nella pronuncia delle sezioni unite in tema di maternità surrogata*, in corso di pubblicazione negli atti che raccolgono

La questione della derivazione biologica e della presenza di uno o entrambi i legami genetici è interessante per una serie connessa di profili¹⁷: nella prospettiva dell'argomentazione della Cassazione, in primo luogo, il divieto di g.p.a. è «l'anello necessario di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione», come a dire che la rilevanza della filiazione sociale, e quindi del principio di autoresponsabilità nella procreazione, si arresta entro il limite della procreazione assistita di tipo eterologo: oltre questa (*id est*, in tema di g.p.a.), prevale sempre il *favor veritatis*, come interesse a rilevanza pubblica, anche su quello del minore.

L'argomento è suggestivo, ma lascia spazio a qualche riflessione critica: in primo luogo, perché, in tema di procreazioni assistite, la verità è un criterio ambiguo, potendosi trattare di verità in termini identitari, quindi di verità genetica, ovvero in termini prettamente naturalistici, indicando pertanto la gestazione e il parto; in secondo luogo, bisogna ammettere che l'assolutezza del divieto, individuata dalla Cassazione in ragione del presidio penale, in effetti cede a fronte della presenza della derivazione biologica del genitore, che salva il legame genitoriale legittimamente acquisito all'estero e, pertanto, prevale sullo stesso ordine pubblico, in un rapporto che pone quest'ultimo in posizione evidentemente subordinata alla discendenza genetica.

L'argomentazione utilizzata, in secondo luogo, conduce a interrogarsi se, nel caso di una *surrogacy* realizzata interamente con materiale genetico della coppia committente, la derivazione biologica avrebbe prevalso sull'ordine pubblico, salvando interamente il rapporto genitoriale acquisito lecitamente all'estero con maternità per sostituzione. Di là dal fatto che questa ipotesi, ovvero quella della completa coincidenza genetica fra nato e coppia committente, risulti in concreto abbastanza remota e che il ragionamento si svolga su un piano meramente ipotetico, il tema è comunque interessante perché pone l'attenzione su un caso ancora diverso quello odierno, ma anche da quello deciso dalla Cassazione nel 2014¹⁸, quando, a fronte di una *surrogacy* realizzata da una coppia eterosessuale in assenza di legame biologico, si è affermata la prevalenza dell'ordine pubblico sull'interesse del minore, recidendo ogni legame affettivo. Si possono così rappresentare tre ipotesi (derivazione genetica assente, ovvero presente su una o su entrambe le linee germinali), potenzialmente risolte con soluzioni diverse¹⁹.

La questione non appare banale perché, come si è accennato, le tecniche procreative assistite, che realizzano ipotesi di filiazione non genetica, sono numerose ed eterogenee²⁰. Così come molte sono

i contributi dell'incontro di studi dell'Associazione Dottorati di Diritto privato, tenutosi a San Benedetto del Tronto, nel settembre 2019.

¹⁷ V. per due casi di genitorialità lesbica, Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Il Corriere giuridico*, 2017, 181, con nota di G. FERRANDO; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 372, con nota di G. PALMIERI; e Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *www.art.29.it*, con nota di S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*, 10 luglio 2017.

¹⁸ Cass., 26 settembre 2014, n. 24001, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2015, 235, con nota di C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà dell'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*; in *Il Corriere giuridico*, XXXII, Aprile 2015, 417, con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*.

¹⁹ Per un'esemplificazione, divulgativa ancorché interessante, sul tema, v. C. BULLETTI, C. FLAMIGNI, *Fare figli. Storia della genitorialità dagli antichi miti all'utero artificiale*, Bologna, 2017, 97 ss.

²⁰ Guardando solo alla p.m.a. propriamente detta (fruibile solo per coppie etero o per coppie omosessuali lesbiche), accanto alle tradizionali forme omologa ed eterologa, si affiancano l'ipotesi di fecondazione

le tecniche che intervengono a destabilizzare il quadro di senso della procreazione, quanto meno evidenziando come la derivazione biologica appaia, in ultima analisi, un limite ormai fragile, se teso a sostanziare un ideale principio di verità nella procreazione.

3. (Segue)... e il limite labile dell'ordine pubblico

Passando ad analizzare il secondo argomento utilizzato dalla Cassazione, quello dell'ordine pubblico²¹, è singolare osservare come la Corte ne bilanci il rapporto con la derivazione genetica: l'ordine pubblico, quale mezzo per tutelare il sistema valoriale e ordinamentale, opererebbe non in ogni ipotesi di contrarietà a disposizioni interne, ma solo quando detta contrarietà intervenga sui principi fondamentali. Il divieto di g.p.a. sarebbe, in questa prospettiva, un divieto assoluto, data la sua penale rilevanza di ordine pubblico: pertanto, nel bilanciamento fra quest'ultimo e l'interesse del minore, il primo prevale sul secondo²².

Come detto, però, la valutazione del giudice non sposa interamente l'ordine pubblico (altrimenti non dovrebbe consentire neppure la costituzione del legame con padre biologico), ma lo fa solo nei confronti del padre sociale, privo di legame genetico: l'ordine pubblico, quindi, appare prevalere solo se manca la derivazione biologica, la quale, da un lato, salva il legame con il padre genetico (come già avvenuto in caso di legami costituiti in coppie lesbiche) anche a fronte di un divieto reputato assoluto; dall'altro, ove assente, fa prevalere la clausola dell'ordine pubblico²³.

Cercando di individuare quale sia il bene giuridico tutelato dal divieto che sostanzia l'attivazione dell'ordine pubblico, deve ammettersi che la Cassazione del 2019 affronti la questione in soli due passaggi, entrambi abbastanza frettolosi: prima, rimandando alla celebre pronuncia del 2014²⁴, per la quale la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, con cui la g.p.a. si pone apparentemente in conflitto, giustificano la soccombenza dell'interesse del minore a fronte di regole fondate ora sulla rilevanza della verità (genitorialità) biologica, ora sull'adozione; di seguito, citando una suc-

interamente eterologa (ossia con donazione di gameti su entrambe le linee germinali, per la coppia etero e omosessuale) e quella che può realizzarsi nella coppia omosessuale lesbica, dove la madre genetica, donatrice dell'ovulo, è la convivente della madre partoriente e giuridica, per creare il legame simbolico dettato dalla discendenza biologica.

²¹ Sul tema, *ex multis*, G.B. FERRI, *Ordine pubblico (diritto privato)* in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1038 ss.; G. BARILE, *Ordine pubblico (Diritto internazionale)*, *ivi*, 1106 ss.; L. LONARDO, *Diritto civile italiano e ordinamenti stranieri. Il problema del confronto*, Napoli, 1984, 42 ss.; in punto specifico, G. PERLINGIERI-G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 94 ss. In chiave di diritto internazionale privato e sovranazionale, F. MOSCONI-C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, *Parte generale e obbligazioni*, Torino, 2013, 173 ss., 256 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, 2012, 28 ss., sposa una visione marcatamente interna del concetto; diversamente, L. NIVARRA, *Brevi considerazioni al margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in *Diritto civile contemporaneo*, 30 gennaio 2017, 2 ss.

²² C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2014, 1122.

²³ Si consenta di rinviare ad A. CORDIANO, «C'era una volta e una volta non c'era...»: l'interesse del minore nella pronuncia delle sezioni unite in tema di maternità surrogata, *cit.*

²⁴ Ancora Cass. 26 settembre 2014, n. 24001, *cit.*; concorda A. RENDA, *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al vivo*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2015, 415.

cessiva pronuncia della Corte costituzionale del 2017²⁵, per la quale, nel caso di divieto di g.p.a., l'interesse del minore è destinato a soccombere rispetto all'interesse alla verità, avente natura anche pubblica, in quanto connesso a una pratica che offende la dignità²⁶.

Di là dalla brevità e concisione con le quali la Corte risolve la questione del contenuto del divieto, neppure chiedendosi se vi possono essere casi nei quali la scelta della gestante appare invece inserita in un progetto solidaristico, rammarica l'assenza di qualsivoglia riflessione sulle molteplici disposizioni del corpo, in un tempo in cui dette disposizioni giungono a remoti confini. Tacendo dell'ambiguità di una distinzione che differenzi fra disposizione dell'intero corpo o di parte ovvero della capacità procreativa, vi sarebbe da chiedersi, più in generale, ove si trovi il limite alle innumerevoli disposizioni del sé corporale, e se la rispondenza o meno al criterio di dignità della persona con cui si valuta la condotta umana debba avvenire esclusivamente nei suoi profili materiali o rispetto alla sola funzionalità oggettiva, oppure, piuttosto, rispetto ai valori che quella condotta esprime²⁷. Di questi profili complessi, che incidono potentemente sui paradigmi fondativi della genitorialità, in effetti, non v'è traccia nel percorso argomentativo, neppure in termini descrittivi o critici²⁸.

Diversamente la Corte, per corroborare la tesi sostenuta in ordine alla soccombenza dell'interesse del minore, utilizza un altro argomento relativo ad una minore o maggiore intensità dei divieti esistenti: se, infatti, il divieto di eterologa è ormai caduto, la violazione dell'art. 5, l. n. 40, sui requisiti soggettivi, è presidiato da sanzioni pecuniarie, a fronte di un divieto penalmente e pecuniariamente definito, comminato per la realizzazione, organizzazione, pubblicizzazione e commercializzazione della pratica, anche per la coppia. Il presidio penale giustificerebbe la soccombenza dell'interesse del minore²⁹.

Se questo è certamente vero, è altrettanto indiscutibile che vi siano altri divieti sanzionati con altrettanta intensità, come le sanzioni relative alla violazione dei divieti sulla clonazione riproduttiva (art. 12, 7 c.), alla realizzazione della tecnica di ectogenesi (l'utero artificiale), alla produzione di essere umani ibridi o chimerici, nonché sulle manipolazioni eugenetiche su embrioni (art. 13). Queste previsioni, almeno astrattamente, dovrebbero far ipotizzare che la realizzazione di una di queste non tanto immaginifiche condotte dovrebbe portare a reputare soccombente l'interesse del minore alla conservazione dello stato di figlio ovvero al mantenimento del legame con quei genitori che, ad esempio, lo avessero generato con tecniche manipolative eugenetiche o con l'ausilio dell'utero artificiale³⁰.

Se questa riflessione, non del tutto fantasiosa, si svolge su un terreno ipotetico, si possono però osservare altre fattispecie dove si è reso necessario operare un bilanciamento fra tutele di ordine pub-

²⁵ Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, in *Il Corriere giuridico*, n. 4, 2018, 446, con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento, interesse del minore*; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2018, 546, con commento di A. GORGONI, *Art. 263 c.c.: tra verità e conservazione dello status filiationis*, *ivi*, 540, e di U. SALANITRO, *Azioni di status e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, *ivi*, 552.

²⁶ Sulla complessità del bilanciamento tra gli interessi coinvolti, G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, *cit.*, 94 ss.

²⁷ Sulla valutazione di meritevolezza, per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, Napoli, 2006, 346 ss. e II, 610 ss.

²⁸ P. ZATTI, *La surrogazione nella maternità*, in *Questione giustizia*, 1999, 838.

²⁹ Già F.D. BUSNELLI, *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2010, 185.

³⁰ H. ALTAN, *L'utero artificiale*, Milano, 2006, 69 ss.

blicistico e interesse del minore. La questione della composizione del conflitto fra divieto penale e interesse del minore non è infatti inedita e ha interessato le corti e il legislatore in diverse occasioni: è accaduto con la *kafalah* e con la sua violazione, da un lato, delle norme del testo unico in materia di ricongiungimento familiare da parte dello straniero; dall'altro, delle prescrizioni penali in tema di adozione (artt. 71-72 l. ad.)³¹; analoghe considerazioni valgono con riguardo alle pronunce della Corte costituzionale che, in tema rispettivamente di alterazione³² e soppressione di stato³³, hanno dichiarato incostituzionale la norma di cui all'art. 539 c.p., con riferimento al co. 2 degli artt. 567 e 566 c.p., che prevedeva la decadenza automatica della responsabilità genitoriale, precludendo al giudice ogni valutazione circa l'interesse del minore.

Sono, questi, argomenti non dissimili dal percorso che ha condotto alla riscrittura della disposizione di cui all'art. 251 c.c.³⁴ e, analogamente, alle sottese valutazioni che hanno portato ad introdurre, nella riforma della filiazione, una clausola di consolidamento del legame, precludendo la contestazio-

³¹ M. ORLANDI, *La kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1, 2005, 635. Recentemente Trib. Mantova, 10 maggio 2018, in *Famiglia e diritto*, 1, 2019, 42, con nota di R. GELLI, *Rappresentanza e cura del minore sottoposto a kafalah tra funzioni del kafil ed esclusione della tutela*. Sul ricongiungimento del minore con cittadino straniero: Trib. Biella, 26 aprile 2007, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 1810, con nota di J. LONG, *Il ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*, e di M. ORLANDI, *La kafalah di diritto islamico e il diritto al ricongiungimento familiare: una interessante pronuncia del Tribunale di Biella*; App. Torino, 30 maggio 2007, in *Dir. immigr. citt.*, 1, 2008, 191, con nota di J. LONG, *Kafalah e ricongiungimento familiare*; l'orientamento è avallato da Cass., 3 marzo 2008, n. 7472, in *Famiglia e diritto*, 2008, 675. *Contra*, Trib. Reggio Emilia, 9 febbraio 2005, in *Dir. immigr. citt.*, 2005, 182. Sul ricongiungimento con cittadino italiano, Cass., S.U., 4 settembre 2013, n. 21108, in *Il Corriere giuridico*, 12, 2013, 1497, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo*; Cass., 2 febbraio 2015, n. 1843, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2015, 707, con nota di M. DI MASI, *La Cassazione apre alla kafalah negoziale per garantire in concreto il best interest of the child*. In senso contrario, Cass., 1° marzo 2010, n. 4868, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2010, 1629, con nota di A. VENCHIARUTTI, *No al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah: i richiedenti sono cittadini italiani!*

³² Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 1873, con nota di M.A. FEDERICI, *Alterazione di stato e decadenza dalla potestà genitoriale*; in *Famiglia e diritto*, 9, 2012, 443, di D. CHICCO, *Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2012. La questione era stata in precedenza respinta da Corte cost., 23 marzo 2007, 106, in *Famiglia e diritto*, 2007, con nota di P. PITTARO, *Non arbitraria la pena prevista per il delitto di alterazione di stato civile di neonato*.

³³ Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, in *Famiglia e diritto*, 2013, 309.

³⁴ Sulla critica all'originaria formulazione dopo la riforma del 1975, A.C. JEMOLO, *I figli incestuosi*, *Rivista di diritto civile*, II, 1976, 564; U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1982, 52. Poi, a fronte di autorevole dottrina che individuava nella male fede un criterio idoneo a cui ancorare l'inidoneità genitoriale della coppia incestuosa (P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, in *Trattato di diritto civile*, Vassalli, Torino, 1987, 88), vi erano quanti sottolineavano l'inadeguatezza della norma (G. FERRANDO, *Filiazione naturale*, in *Rivista di diritto civile*, II, 1983, 774; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, Milano, 2006, 288). Dopo le recenti riforme, G. LISELLA, *Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in *Comparazione e diritto civile*, giugno 2013, 1; L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2013, 206.

ne del legame dopo cinque anni dalla nascita del minore³⁵, senza neppure il “filtro” della prudente e casistica valutazione del giudice.

In queste ipotesi, si è reso necessario bilanciare l’interesse del minore al mantenimento dei legami affettivi costituiti con interessi pubblici rilevanti, fra i quali l’ordine pubblico. Queste stesse ipotesi, per molti profili diverse – alcune attinenti agli strumenti di costituzione del legame, altre inerenti ai profili del *favor affectionis* –, esprimono tutte un tendenziale favore verso il mantenimento dei legami, come pure una certa neutralità nei riguardi di comportamenti illeciti e dell’assenza di derivazione biologica; quindi, un significativo sostegno verso il *favor stabilitatis* e *affectionis* anche a fronte di un disvalore sociale e/o di un divieto penalmente sanzionato. Esse mostrano, soprattutto, la prevalenza dell’interesse del minore, non come criterio astratto³⁶, ma oggetto di un prudente e concreto bilanciamento³⁷, anche a fronte di comportamenti illeciti, o penalmente rilevanti, e dell’assenza di derivazione biologica³⁸.

4. L’interesse del minore e i limiti strutturali e funzionali dell’art. 44 lett. d, l. ad.

L’interesse del minore – più volte richiamato, per segnalare la soccombenza prima rispetto alla tutela della dignità della donna surrogata e dell’istituto dell’adozione, poi ad un interesse superiore alla verità – è affrontato nelle sole due ultime pagine della pronuncia del 2019, tese a giustificare il margine di apprezzamento accordato dalla Corte Edu agli Stati sulla pratica della g.p.a., ai fini della decisione di accoglierla o meno, e con riguardo alla determinazione di quali effetti ricollegarvi sul piano giuridico: sulla scorta di questo margine di apprezzamento, non potrebbe vedersi integrata alcuna violazione dell’art. 8 Cedu, sul diritto alla vita privata e familiare, giacché ad essere messo in discussione non è il legame con il genitore biologico, ma solo quello con il genitore d’intenzione, al quale non sarebbe comunque negato di partecipare alla vita familiare del minore, benché naturalmente senza diritti e senza doveri; così come neppure è in discussione la possibilità di conferire rilievo a detta relazione, ricorrendo al giudice minorile, il quale ai sensi dell’art. 44, lett. d, l. ad., potrebbe discrezionalmente «parificare la posizione del figlio adottivo allo stato di figlio nato dal matrimonio».

Ora, la questione appare di vivo interesse, se connessa alle argomentazioni della sentenza n. 33, dove la Corte costituzionale esplicitamente afferma che, proprio riguardo la necessità di un adeguato bilanciamento fra interesse del minore e legittima disincentivazione della pratica di g.p.a., il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte Edu sarebbe corrispondente ai principi costituzionali: l’assetto valoriale desumibile in Costituzione, infatti, se non osta alla non trascrivibilità del provvedimento giudi-

³⁵ In tema, M. MANTOVANI, *L’azione di disconoscimento della paternità*, in *Trattato di diritto di famiglia*, ZATTI, *Le riforme*, II, cit., 181 ss.; e G.M. UDA, *L’impugnazione del riconoscimento*, *ivi*, 265; criticamente sul termine, M. SESTA, *L’accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2014, 458 s.; e G. CHIAPPETTA, *L’azione di disconoscimento della paternità*, in *La riforma della filiazione*, C.M. BIANCA (a cura di), Padova, 2014, 390 ss.

³⁶ Sui pericoli connessi ad una aprioristica prevalenza dell’interesse del minore, V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Rivista di diritto civile*, n. 2, 2018, 405 ss.

³⁷ P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente*, in *Rassegna di diritto civile*, 1, 2005, 188.

³⁸ Complessità ben descritta da G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., 94 ss.

ziario straniero di riconoscimento della doppia genitorialità (sia essa etero ovvero omosessuale), impone però che sia sempre comunque assicurata la tutela dell'interesse del minore al riconoscimento del legame con chi di svolge le funzioni parentali.

Proprio l'inciso della pronuncia del 2021 avvalorata l'insofferenza a suo tempo percepita nei riguardi del favore delle Sezioni unite verso la soluzione dell'adozione speciale: innanzitutto, per l'assenza di qualsivoglia riferimento ad una legislazione che appare carente, non prevedendo alcuna clausola di salvaguardia in seguito a condotte materiali illecite e irreversibili, ma legittimamente realizzate all'estero, in virtù delle quali il destino di un individuo è segnato sfavorevolmente a favore di più alti interessi pubblicistici; un individuo, ancor più precisamente, nato suo malgrado da comportamenti illeciti, imputabili ad altri e sul quale, di fatto, questi comportamenti ricadono, senza alcuna previsione normativa che contemperino la tutela del nato con la violazione del divieto, come previsto nella p.m.a. eterologa³⁹.

Deve poi ammettersi che la Cassazione non si interroga su quale sia, anche solo astrattamente, l'interesse del minore: su quanto rilevi, nella prospettiva di questo interesse, il mantenimento anche giuridico di un legame sociale *de facto* costituitosi; su quale possa essere, ipoteticamente, il peso del *favor stabilitatis* e *affectionis*; e sulla rilevanza del tempo del bambino, quale elemento valoriale imprescindibile nella costruzione reciproca del legame e, di qui, nella valutazione della fattispecie della *surrogacy*, come parte integrante dell'identità personale del minore⁴⁰.

Non appaga, infine, il bilanciamento svolto dalla Cassazione fra tutela dell'ordine pubblico e interesse del minore, che lascia quest'ultimo tutelato nella sola prospettiva dell'esistenza e del mantenimento del legame con il genitore biologico, confinando quello con il genitore sociale alla previsione di una eventuale pronuncia del giudice minorile, facendo così dubitare che il diritto alla vita privata e familiare sia legittimamente compreso dal margine di apprezzamento statale⁴¹.

Deve dirsi, a questo proposito, che la scelta di ricorrere allo strumento (rimediale) dell'art. 44, lett. d, l. ad., non solamente addossa alle parti i costi, anche emotivi, di un giudizio, ma lascia anche nell'alveo della discrezionalità la scelta del giudice di accordare il rimedio adottivo: benché, invero, le Sezioni unite in altre occasioni abbiano convalidato il ricorso alla disciplina predetta⁴², consolidando così il legame del figlio del partner mediante la così detta *stepchild adoption*⁴³, il giudice dovrà sempre e comunque svolgere una prudente valutazione del caso concreto, bilanciando gli interessi sot-

³⁹ Tengono distinti il piano del divieto di maternità surrogata da quello relativo al diritto del minore all'acquisizione e al mantenimento dello *status* di figlio, A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.*, in www.articolo29.it, 2 ss.

⁴⁰ Con termini diversi, ma lo osserva anche G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., 683 s.; v. già C. IRTI, *Digressioni intorno al mutevole «concetto» di ordine pubblico*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2016, 481 ss.

⁴¹ V. M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, cit., 676; R. PICARO, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, cit., 1278 ss.

⁴² Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Il Corriere giuridico*, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA-L. ATTADEMO.

⁴³ Lo osserva G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., 686; v. Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2015, 109, con nota di J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*.

si⁴⁴ e comunque valutando sia la qualità del legame affettivo e la sua significatività, sia la competenza genitoriale del ricorrente⁴⁵.

Ancora, trattandosi di uno strumento nato per altre funzioni⁴⁶, il ricorso all'art. 44, lett. d), l. ad. sarà comunque soggetto alla procedura di cui all'art. 46, l. ad., che richiede l'assenso del genitore legale, superabile non del tutto agilmente dal giudice: cosa che potrebbe rappresentarsi con una certa complessità, ad esempio, nell'ipotesi in cui l'istanza sia fatta a seguito dello scioglimento conflittuale del rapporto di coppia⁴⁷.

Non ultimo, trattandosi di uno strumento giurisdizionale, l'istanza del genitore sociale al giudice minorile potrebbe in effetti non concretizzarsi, consentendogli di fatto di disinteressarsi di quel minore nei confronti del quale ha svolto per un tempo significativo le funzioni parentali di cura e accudimento, magari proprio a causa della crisi del rapporto, senza che il genitore legale possa in qualche modo coartare il genitore sociale inerte. Sebbene la giurisprudenza abbia attribuito rilevanza alla genitorialità sociale, applicando estensivamente la norma di cui all'art. 337 *ter* c.c.⁴⁸ e il termine «genitori» e dando rilevanza alla continuità del rapporto di fatto, deve segnalarsi che si tratta pur sempre di un rapporto che è sprovvisto della titolarità della situazione soggettiva corrispondente⁴⁹ – cosa che emerge nella sua lampante criticità nella pronuncia n. 32 del 2021 della Corte costituzionale –, ma che pure, anche quando costituito con l'adozione speciale, conferisce rilievo giuridico alla relazione in un tempo significativamente successivo alla nascita e lascia il minore potenzialmente privo di un ramo parentale⁵⁰, a fronte di una questione ancora dibattuta in punto, oltre alla teorica revocabilità *sine die* dell'adozione stessa, secondo una disposizione ormai anacronistica.

5. Uno sguardo al futuro

L'esortazione mossa dalla Corte costituzionale al legislatore (ma, evidentemente, anche alla stessa Cassazione, ai tribunali di merito e, di qui, agli ufficiali dello stato civile) spinge «a farsi carico di una disciplina che assicuri una piena tutela degli interessi del minore», facendolo però in modo aderente alle peculiarità della situazioni: proprio dette peculiarità rendono il fatto odierno assai distante dalla norma dell'adozione particolare dell'art. 44, lett. d, diversa per struttura e per funzione. In tal senso, la Corte costituzionale propone una tutela che venga assicurata attraverso un procedimento di ado-

⁴⁴ G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2, 2019, 343 s., sulla necessaria attività di bilanciamento dell'interprete fra divieto di maternità surrogata e sull'adozione in casi particolari.

⁴⁵ Segnala la precarietà nell'*an* della procedura, M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, in *www.articolo29.it*, 16.

⁴⁶ A. CORDIANO, *Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive*, cit., 13 ss.

⁴⁷ G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., 686.

⁴⁸ A. GORGONI, *La rilevanza della filiazione non genetica*, cit., 165 s. commentando Trib. Palermo, 6 aprile 2015, cit.

⁴⁹ Già, criticamente, D. MESSINETTI, *Diritti della persona e identità della persona*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2005, 148 ss.

⁵⁰ G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., 686.

zione «effettivo e celere», che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino. Di qui, ogni soluzione che non dovesse offrire una tutela siffatta, «finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata»⁵¹.

Un sistema così prospettato, quello di una nuova forma adottiva – piena rispetto allo *status*, all'identità personale e all'attribuzione del cognome, ai legami, anche parentali – evidentemente dovrebbe sottendere a una particolare esperienza genitoriale, a un modello di genitorialità sociale, ad una precisa qualità dei legami esistenti: con altri termini, dovrebbe trattarsi di una vera e propria *second-parent adoption*, ovvero di contesti familiari costituiti mediante il ricorso alla g.p.a. (talvolta coincidenti, ma non necessariamente, con una famiglia omosessuale) con un progetto genitoriale condiviso *ab origine* dalla coppia, quindi di un percorso di introiezione genitoriale che si realizza con una peculiare partecipazione emotiva, ma, soprattutto, di specifici legami parentali e di una tipica qualità dell'attaccamento fra minore e *caregivers*.

Per tradurla in meccanismi giuridici, nei paesi ove queste tecniche procreative sono riconosciute o almeno non osteggiate, l'interesse del minore è presunto dalla duplicità della figura genitoriale, alla quale è riconosciuta dalla legge ogni funzione parentale e il correlato ruolo giuridicamente sancito: questo in ragione del fatto che la qualità dei legami si riferisce a relazioni affettive costituite sin dall'origine in seno alla coppia, quindi di un legame bigenitoriale e di un vissuto genitoriale intenzionale specifico.

È evidente, però, che si tratterebbe in ogni caso di una soluzione artificiosa, considerando, *in primis*, che la formula adottiva, ancorché piena, continuerebbe ad allocare alle parti i costi della procedura, ma soprattutto lascerebbe la fattispecie alla discrezionalità del giudice, secondo un trattamento ingiustificatamente differenziato rispetto allo statuto della genitorialità biologica, che vede il giudice entrare nella dimensione privata unicamente attraverso i meccanismi legittimi del controllo pubblico, di cui agli artt. 330, 333 e 403 c.c.

Va considerato poi che la g.p.a. potrebbe presentare una perfetta corrispondenza genetica, dimostrando una certa artificiosità del percorso adottivo.

La soluzione adottiva proposta, ancora, se potrebbe adattarsi come strumento per riconoscere un provvedimento giudiziario costituito all'estero, sarebbe meno consona per quei percorsi di g.p.a. che non si realizzano con procedimenti simil-adottivi (modalità che è tipica solo di una parte dell'esperienza giuridica mondiale), bensì con la formazione di un atto di nascita tradizionale: in ultima analisi, pure la formula piena sembrerebbe un *escamotage* volto a dare giuridica esistenza ad un rapporto sussistente, ma creato ai margini/in violazione delle norme giuridiche interne

Viceversa, proponendo la soluzione (fatta propria per il legame genitoriale lesbico nella pronuncia n. 32) della trascrizione diretta del provvedimento giudiziario ovvero dell'atto di nascita esteri derivanti da g.p.a., si avrebbe certamente il pregio di consolidare il legame mediante un principio di autore-

⁵¹ Il primo virgolettato è tratto dal comunicato stampa della Corte costituzionale del 9 marzo 2021, inerente alle motivazioni di C. cost. n. 33 del 2021 (www.cortecostituzionale.it); i due successivi direttamente dalla sentenza.



sponsabilità nelle tecniche di procreazione⁵² e di privilegiare l'interesse del minore al mantenimento di legami affettivi costituiti nei fatti, quindi alla luce della continuità degli *status* di filiazione e alla certezza di questi legami, ponendosi al contempo in armonia con lo statuto giuridico della genitorialità sociale dettato dal citato art. 9 della legge sulla p.m.a., nonché dal principio sancito dall'art. 8 della medesima disciplina.

In effetti, le regole espresse in particolare dall'art. 9, l. 40, ancorché dettate con il principale interesse delle procreazioni eterologhe, appaiono in forte in distonia con il sistema della genitorialità biologica⁵³: con esse si impedisce di agire in disconoscimento e di impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità, al coniuge e convivente che abbia acconsentito all'eterologa, alla madre, al figlio e, in virtù della legittimazione assoluta dell'art. 263 c.c., a chiunque possa vantare un interesse attuale⁵⁴. Al limite di contestazione del legame paterno, si associa il divieto, forse più astratto, applicabile, del 2 c. dell'art. 9, il quale, estendendosi a qualsiasi tipo di fecondazione, impedisce alla donna di avvalersi del diritto di non essere nominata nell'atto di nascita, ai sensi del 1° co., art. 30, d.P.R. 396 del 2000, quale espressione forte della maternità sociale, intenzionale, non genetica⁵⁵. Infine, il 3 c. dell'art. 9, prescrive che il donatore/la donatrice di gameti non acquisisca alcuna relazione giuridica parentale col nato, non possa far valere alcun diritto né assumere alcun obbligo, perché è implicito che, alla base della donazione di parte del corpo, vi sia stato un (mero) atto di solidarietà, non accompagnato dall'elemento volontaristico dell'aspirazione genitoriale⁵⁶.

Le norme indicate mostrano, in una linea più generale, una sostanziale distanza dal *favor veritatis*, esprimendo l'accettazione verso una certa scissione fra elemento naturalistico della gestazione e del parto, elemento identitario ed elemento affettivo e intenzionale. In particolare, superando un'antica dialogica fra *favor legitimitatis* e *favor veritatis*, la disciplina pone in particolare rilievo un diverso *favor*, composto dall'interesse del figlio all'attestazione formale e al mantenimento del legame genitoriale, prescindendo dalla veridicità del rapporto (c.d. *favor stabilitatis*); e dalla preminenza che, nella costruzione del legame di genitorialità, assume il dato volitivo e affettivo della costruzione di un legame coinvolgente (*favor affectionis*).

Queste norme, il cui senso profondo sembra trovare un posto nello spazio normativo vuoto della g.p.a., sprovvista di una disciplina in grado di temperare la violazione del divieto, non solo cristallizzano un modello di genitorialità sociale, ma anche esplicitano un principio di autoresponsabilità nella

⁵² Così U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, cit., 507; V. CAREDDA, *Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità*, in banca dati www.giustiziacivile.com; A. THIENE, *Figli, finzioni e responsabilità civile*, in nota a Cass., 31 luglio 2015, n. 16222, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2016, 244; già G. FERRANDO, *Il caso Cremona: autonomia e responsabilità nella procreazione*, in nota a Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2, 1994, 996. In senso contrario, P. VIRGADAMO, *Falso e consapevole «riconoscimento» del figlio naturale o vero atto (illecito) comportante l'assunzione della responsabilità genitoriale? Per un'interpretazione non formalistica dell'atto privato*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2013, 943.

⁵³ A. CORDIANO, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale e le regole vigenti*, cit., 473 ss.

⁵⁴ F. BORRELLO, *Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2010, 947.

⁵⁵ In punto, è critica G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, cit., 816.

⁵⁶ In tema, R. VILLANI, *La «nuova» procreazione medicalmente assistita*, in *Tratt. dir. fam.* ZATTI, *Le riforme*, II, Milano, 2019, 328 ss.

procreazione, che impone ai soggetti di rispondere di contegni volontariamente e consapevolmente assunti e finalizzati alla condivisione e costituzione di un progetto genitoriale⁵⁷. Esse, infine, operano un bilanciamento fra interessi contrapposti, assumendo come prioritario l'interesse del minore: temi, ancora una volta, scarsamente approfonditi dalle pronunce in analisi⁵⁸.

Non terrebbe, in tal senso, l'obiezione che, così facendo, si avallerebbe senza limiti quella pratica vietata, che sarebbe altrettanto legittimo tentare di disincentivare: la prassi degli ufficiali di stato civile, e ancor prima dei consolati investiti della richiesta della documentazione necessaria per oltrepassare i confini stranieri, esplicita già una attenzione al tema, mediante le segnalazioni che investono pratiche con elementi critici.

Si potrebbe invece prevedere la riscrittura della disciplina sulla costituzione dei legami di filiazione, l'aggiornamento delle procedure adottive e, insieme una riflessione sui profili più critici, su cui attenzionare gli autori delle segnalazioni, e così immaginare un sistema duplice, che segue un percorso principale, quello del riconoscimento pieno dei percorsi di genitorialità sociale (da g.p.a. o da p.m.a. da coppie lesbiche) e che devia nei casi più critici, mediante le segnalazioni, all'attenzione del giudice minorile, attraverso tutti gli strumenti, dalla limitazione della responsabilità genitoriale, agli allontanamenti fino alle forme adottive più consone, che si dimostrino nel caso concreto più rispondenti al fine precipuo, il concreto interesse del minore.

⁵⁷ Così U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, cit., 507; V. CAREDDA, *Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità*, in banca dati www.giustiziacivile.com; A. THIENE, *Figli, finzioni e responsabilità civile*, cit., 244; già G. FERRANDO, *Il caso Cremona: autonomia e responsabilità nella procreazione*, cit., 996. In senso contrario, P. VIRGADAMO, *Falso e consapevole «riconoscimento» del figlio naturale o vero atto (illecito) comportante l'assunzione della responsabilità genitoriale? Per un'interpretazione non formalistica dell'atto privato*, cit., 943.

⁵⁸ G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., 683 s. Sulla prudente, ma reale, opera di bilanciamento, v. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 111

La procreazione assistita *post mortem* tra divieti normativi, soluzioni giurisprudenziali e prospettive di riforma della l. n. 40/2004

Mirko Faccioli*

POSTHUMOUS ASSISTED REPRODUCTION: LEGAL PROHIBITIONS, CASE LAW SOLUTIONS AND PROSPECTS OF REFORM OF LAW NO. 40/2004

ABSTRACT: The paper analyzes the so-called posthumous assisted reproduction, a practice that, despite the prohibition established by law n. 40/2004, seems to be more and more widespread in our country and raises several delicate interpretative issues related to the reconstruction of the legal status of the child from the point of view of the status filiationis and inheritance rights towards the deceased parent.

KEYWORDS: Family Law; post mortem assisted reproduction; law of successions; human embryo; reproductive cells.

SOMMARIO: 1. Introduzione: ipotesi lecite e ipotesi vietate di procreazione assistita *post mortem* – 2. La condizione giuridica del soggetto procreato *post mortem* – 3. Lo status filiationis – 4. I diritti successori – 5. Pretese risarcitorie nei confronti della madre e del personale medico? – 6. Conclusioni e prospettive di riforma.

1. Introduzione: ipotesi lecite e ipotesi vietate di procreazione assistita *post mortem*

Negli ultimi anni, la procreazione assistita (d'ora in poi, p.m.a.) *post mortem* sembra trovare una diffusione sempre maggiore nel nostro Paese, nonostante si tratti di pratica di principio proibita dalla l. 19 febbraio 2004, n. 40: allo scopo di tutelare il diritto del nascituro alla doppia genitorialità, l'art. 5 della stessa infatti consente l'accesso alla p.m.a. solamente alle coppie di soggetti «entrambi viventi», mentre l'art. 12, comma 2°, della legge cit. punisce con una sanzione amministrativa pecuniaria chiunque applichi procedure di fecondazione artificiale in violazione della norma testé riferita¹.

* Professore associato di Diritto Privato, Università degli Studi di Verona – Dipartimento di Scienze giuridiche. Mail: mirko.faccioli@univr.it. Il presente contributo rientra nell'attività di ricerca del Team "D.I.G.I.T.S – Informazione e dati nella società globale dell'informazione tecnologica: diritti, responsabilità e tutele" nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona "diritto, cambiamenti e tecnologie". Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Sulla ratio del divieto v., fra gli altri, C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in tema di procreazione medicalmente assistita"*. Commentario, Torino, 2004, 108; U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in G. DI ROSA (a cura di), *Della famiglia. Leggi complementari*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, 2^a ed., Torino, 2018, 1712; M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto disc. Priv. Sez. Civ., agg. III, 2*, Torino, 2007, 1069; A. VALONGO, *Profili evolutivi della procreazione assistita post mortem*, in *Dir. Succ. Fam.*, 2019, 531 s.

Come suggerisce l'ampia formulazione letterale della stessa, la p.m.a. *post mortem* può invero realizzarsi tanto *ex latere patris* quanto – al contrario di quanto si potrebbe a prima vista pensare² – *ex latere matris*, nel secondo caso facendo ricorso a pratiche di maternità surrogata che senz'altro attraggono la fattispecie nell'area dell'illiceità tratteggiata in termini rigidi e assoluti dall'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004³.

La situazione è, invece, decisamente più sfumata nelle ipotesi, le uniche finora sottoposte all'attenzione della nostra giurisprudenza, in cui il decesso riguarda il membro maschile della coppia. L'art. 5 l. n. 40/2004 trascura, infatti, di precisare fino a quale momento del processo fecondativo deve ritenersi effettivamente necessario il requisito dell'esistenza in vita e solleva, quindi, il problema di determinare, in via interpretativa, la liceità o meno delle tre diverse ipotesi che possono in questo caso presentarsi: a) il prelievo del seme dal cadavere dell'uomo; b) l'inseminazione artificiale della donna con seme conservato, prelevato dal *partner* prima del decesso; c) l'impianto nel corpo della donna dell'embrione formatosi quando entrambi i componenti la coppia erano in vita. A fronte di questo incerto quadro, una quasi unanime opinione dottrinale e giurisprudenziale considera allora vietate le prime due ipotesi⁴, mentre ritiene la terza lecita in virtù di una triplice serie di argomenti⁵: le preminenti ragioni di tutela della vita dell'embrione, che costituendo uno dei capisaldi della l. n. 40/2004 non può che prevalere sull'opportunità di evitare al nascituro i pregiudizi che egli potrebbe subire a causa della mancanza della figura paterna; la previsione delle Linee guida in tema di p.m.a. (a più riprese adottate con d.m. ex art. 7 l. n. 40/2004) secondo cui «la donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati», quindi anche dopo l'avvenuto decesso del marito o del compagno; l'art. 6 comma 3°, l. n. 40/2004, che nel sancire l'irrevocabilità del consenso

² Nel senso che le fattispecie di p.m.a. *Post mortem* riguarderebbero solamente casi di decesso del membro maschile della coppia, perché «la morte della donna comporterebbe l'inevitabile interruzione della procedura per l'impossibilità di eseguire l'impianto degli embrioni nell'utero materno», v. A. VALONGO, *op. cit.*, 532.

³ cfr. A. MARCHESE, *La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*, in *Riv. Dir. Comp.*, 2018, 211; I. BARONE, *Procreazione post mortem e status filiationis*, in *Fam. Dir.*, 2010, 952 s.; A. CORDIANO, *Post-mortem homologous fertilization: parental patterns in the dialectical comparison between the constraints of biology and rules on consent*, in *Italian Law Journal*, 2020, 362.

⁴ Nel corso degli anni si sono occupate della seconda ipotesi: Trib. Bologna, 31 maggio 2012 (in *foro it.*, I, 2012, 3349), che ha rigettato la domanda della moglie di poter accedere alla p.m.a. utilizzando il seme crioconservato del marito deceduto; Trib. Roma, 19 novembre 2018 (in *foro it.*, I, 2019, 692), la quale, argomentando dall'impossibilità di utilizzare il seme del *partner* defunto a fini procreativi, ha respinto la domanda ex art. 700 c.p.c. proposta da una vedova e tesa ad ottenere il liquido seminale crioconservato del marito defunto da parte dei centri medici presso i quali era stato depositato; Trib. Roma, 8 maggio 2019 (in *foro it.*, I, 2019, 1952), la quale ha invece accolto analogo ricorso proposto da una vedova per conseguire, con le opportune modalità conservative, la consegna del seme crioconservato del marito premorto, come disposto da quest'ultimo con il testamento, da parte del centro medico presso il quale era depositato, osservando che: a) ciascuno può disporre anche con atto di ultima volontà dei propri gameti, revocando, con una nuova manifestazione di volontà, il consenso informato precedentemente prestato alla conservazione ed eventuale distruzione del seme in caso di morte; b) non rilevano le finalità dell'istante, né quelle eventualmente espresse dal *de cuius*, in quanto di un eventuale uso riproduttivo di quel seme, oggetto di divieto legislativo ex art. 5 l. n. 40/2004, come anche dei suoi eventuali limiti territoriali, potrà tenersi conto in altra sede giudiziaria.

⁵ tra le poche voci dissenzienti, v. F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 82 s., che nel combinato disposto degli artt. 5, 6, comma 4° e 12, comma 2° l. n. 40/2004 ravvisa l'intenzione del legislatore di «vietare indiscriminatamente tutte le ipotesi di fecondazione *post mortem*».



alla p.m.a. dopo la fecondazione dell'ovulo⁶ sembra sottendere il principio secondo cui devono ritenersi irrilevanti, ai fini della prosecuzione della procedura, tanto i comportamenti quanto gli avvenimenti intervenuti dopo il momento della formazione dell'embrione⁷.

Sulla scorta di questi rilievi si riconosce, quindi, che la donna, a prescindere dal fatto che il *partner* defunto avesse o meno autorizzato la continuazione della procedura dopo la sua morte⁸, ha diritto di ottenere in via d'urgenza, ex art. 700 c.p.c., l'impianto in utero degli embrioni crioconservati e formati prima della morte del marito o del compagno, sul presupposto che, durante il tempo necessario a far valere il diritto in via ordinaria, le possibilità di ottenere la gravidanza verrebbero irrimediabilmente pregiudicate dal deterioramento degli embrioni medesimi e/o dall'avanzamento dell'età della donna stessa⁹; rimangono invece illecite, in quanto colpite dal divieto stabilito dall'art. 5 l. n.

⁶ Come noto, tale regola in realtà riguarda solamente il membro maschile della coppia, perché negare l'efficacia della revoca tardiva del consenso della donna significherebbe considerare la p.m.a. un'ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio, da portare a termine mediante l'impianto forzoso dell'embrione nell'utero della dissenziente, nonostante l'evidente mancanza dei presupposti al riguardo richiesti dall'art. 32, comma 2°, cost.: fra i tanti v., anche per indicazioni di giurisprudenza conforme, M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 2004, 6; L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra auto-determinazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2008, 231 ss.; S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020, 191 ss.; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, 79.

⁷ In dottrina v., *ex multis*, M. FACCIOLI, *op. cit.*, 1070 s.; C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *op. cit.*, 109; U. SALANITRO, *op. cit.*, 1712 s.; A. VALONGO, *op. cit.*, 537; M. SESTA, *op. cit.*, 8 s.; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di), *La filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, 2^a ed., Milano, 2012, 663 ss.; ID., *L. 19 febbraio 2004, n. 40*, in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, 4^a ed., Padova, 2020, 2132 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. Fam. Pers.*, II, 2005, 198; B. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, B. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, 2^a ed., Torino, 2018, 111; C. CIRAIOLO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *Jus civile*, 2014, 487; F. AZZARRI, *I quindici anni della legge 40: nemesi e questioni aperte nella disciplina della fecondazione assistita*, in *familia*, 2019, 576 s.; S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *questa rivista*, 2020, 237 ss. Nello stesso senso v., in giurisprudenza, Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, in *Fam. Dir.*, 2015, 488, con nota di A. SCALERA, *Sulla legittimità dell'impianto post mortem di embrioni crioconservati*, e in *Corr. Giur.*, 2015, 935, con nota di L. ATTADEMO, *Il trasferimento intrauterino di embrioni crioconservati anni dopo la formazione degli stessi e la morte del padre*; Trib. Bologna, 25 agosto 2018 e Trib. Messina, 28 settembre 2017, entrambe in *foro it.*, I, 2019, 1430; Trib. Lecce, 24 giugno 2019, in *Fam. Dir.*, 2020, 949, con nota di I. BARONE, *Procreazione post mortem*, cit. Nello stesso senso si era del resto pronunciata, già prima dell'avvento della l. n. 40/2004, Trib. Palermo, 1° agosto 1999, in *Fam. Dir.*, 1999, 384, con nota di G. CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*.

⁸ Lo sottolinea M. RIZZUTI, *Diritto successorio e procreazione assistita*, in *questa rivista*, 2015, 31, richiamando la decisione di Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, cit. Come vedremo *infra*, nel par. 2, il consenso dell'uomo assume invece rilevanza ai fini dell'attribuzione della genitorialità al nato da procreazione assistita *post mortem*.

⁹ v. la giurisprudenza cit. in nota 7. Nella scia di questo ragionamento e sulla scorta dell'affinità che lega le due ipotesi (in dottrina evidenziata, già prima dell'avvento della l. n. 40/2004, da A. GORGONI, *Rilevanza giuridica dell'embrione e «procreazione» di un solo genitore*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2002, 367 ss.), le recenti pronunce di Trib. Santa Maria Capua Vetere 11 ottobre 2020 e 27 gennaio 2021 hanno riconosciuto il diritto ad ottenere l'impianto in utero degli embrioni ad una donna coniugata che aveva visto la struttura sanitaria interrompere la procedura di p.m.a. in seguito all'intervenuta revoca del consenso da parte del marito e all'avvenuta instaurazione del giudizio di separazione della coppia: per una riflessione su questa fattispecie, v. F. MEOLA, *Quando si*

40/2004, le ipotesi di fecondazione *post mortem* realizzate tramite il prelievo del seme dal cadavere dell'uomo o tramite l'inseminazione della donna con seme prelevato dal *partner* prima del decesso¹⁰.

2. La condizione giuridica del soggetto procreato post mortem

Una volta conclusasi con successo, la procedura di p.m.a. *post mortem* solleva il problema di ricostruire la condizione giuridica del nato, vale a dire il suo *status filiationis* e i corrispondenti diritti successori nei confronti del padre defunto. Sono preliminari all'esame di tali questioni due premesse di fondo.

La prima rileva che la risoluzione delle questioni di cui sopra deve prescindere dal profilo attinente alla liceità o illiceità della tecnica di fecondazione *post mortem* concretamente utilizzata¹¹. Secondo un'impostazione largamente diffusa tanto in dottrina quanto in giurisprudenza¹², la valutazione attinente alla violazione di prescrizioni e divieti da parte degli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale non può, infatti, in alcun modo condizionare in senso negativo

dice non più. *Ragionando sugli artt. 5, comma 1 e 6, commi 1 e 3 della legge n. 40/2004*, in questa rivista, 2021, 75 ss.

¹⁰ Per la distinzione tra impianto *post mortem* e fecondazione *post mortem* v., tra gli altri, I. BARONE, *op. cit.*, 952.

¹¹ Sul punto v., per tutte, cass., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1282, con nota di M. FACCIOLI, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita post mortem*; in *Dir. Succ. Fam.*, 2020, 654, con nota di V. D'ALESSANDRO, *Procreazione medicalmente assistita post mortem e status del nato*; in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della cassazione civile*, Milano, 2020, 47, con nota di C. FAVILLI, *Fecondazione post mortem e attribuzione dello stato di figlio*; in *Corr. Giur.*, 2020, 748, con nota di D.M. LOCATELLO, *L'attribuzione dello status filiationis al nato da fecondazione omologa eseguita post mortem*; in *Fam. Dir.*, 2020, 27, con nota di D. GIUNCHEDI, *La procreazione assistita post mortem tra responsabilità procreativa e favor stabilitatis*; in *Dir. Fam. Pers.*, I, 2019, 1117, con nota di F. ZAPPATORE, *Fecondazione omologa c.d. post mortem: regole e principi di determinazione dello status filiationis in una recente pronuncia di legittimità*; in *Riv. It. Med. Leg.*, 2019, 1614, con nota di A. MENDOLA, *Inediti modelli di genitorialità nella fecondazione assistita post mortem*; in *www.centrostudilivativo.it*, con nota di E. BILOTTI, *La fecondazione artificiale post mortem nella sentenza della 1ª sezione civile della cassazione n.13000/2019*; in *www.juscivile.it*, con nota di A. PAGLIARO, *L'accertamento dello status del figlio procreato post mortem*. La fattispecie esaminata dalla suprema corte riguardava una coppia coniugata che, dopo l'avvio di una procedura di p.m.a. omologa, aveva scoperto che l'uomo era gravemente malato: dovendo anche assumere farmaci atti a compromettere la sua capacità di generare, nella consapevolezza dell'imminente decesso egli aveva allora autorizzato espressamente la moglie all'utilizzo *post mortem* del suo seme crioconservato al fine di ottenere una gravidanza mediante fecondazione assistita omologa. Dopo la scomparsa del marito, la donna si era sottoposta con successo alla procedura in spagna e aveva successivamente partorito una bambina presso una struttura sanitaria italiana. Nel rendere la dichiarazione di nascita all'ufficiale di stato civile la puerpera, allegando documentazione atta a comprovare i fatti di cui sopra, aveva chiesto che nell'atto di nascita della figlia venisse indicata la paternità del defunto marito con attribuzione del relativo cognome, incontrando però un netto rifiuto fondato sulla pretesa contrarietà di tale dichiarazione all'ordinamento giuridico vigente. La donna aveva allora fatto ricorso in giudizio ex artt. 95 ss. ord. st. civ. per ottenere, previo accertamento dell'illegittimità del rifiuto opposto, la rettifica dell'atto di nascita della figlia nel senso da lei indicato: la sua istanza, respinta tanto dal tribunale quanto dalla corte d'appello in sede di reclamo, è stata infine accolta dalla cassazione sulla base del ragionamento che verrà esposto *infra*, nel par. 3.

¹² e che invero si muove nel solco autorevolmente tracciato da A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in AA.VV., *Procreazione artificiale e genetica umana. Atti del convegno di verona 2-3-4 e 25 ottobre 1986*, Padova, 1987, 5 s.; ID., *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *Noviss. Digesto it.*, VIII, Torino, 1962, 733. Sul punto in esame v., peraltro, quanto si dirà *infra*, nella parte finale del par. 3.

l'individuazione della condizione giuridica del soggetto così procreato, la quale dev'essere invece ricostruita esclusivamente alla luce della doverosa e preminente esigenza di tutela del nato: lo conferma il fatto che questo modo di ragionare era stato fatto proprio dallo stesso legislatore del 2004 nel disciplinare le conseguenze della violazione del – successivamente venuto meno¹³ – divieto di fecondazione eterologa tramite l'art. 9, comma 1°, della legge sulla p.m.a.¹⁴.

Sotto un secondo profilo ci si domanda, poi, se la condizione giuridica del nato dipenda anche dalla volontà dell'uomo defunto circa lo svolgimento della procedura dopo la sua morte. La questione appare controversa e, al netto delle posizioni dubitative¹⁵, vede ai due estremi contrapporsi la tesi della totale irrilevanza della volontà in discorso¹⁶ e l'opposta soluzione secondo cui sarebbe sempre necessaria, al fine dell'attribuzione di uno *status* familiare e di pretese successorie al nato, un'espressa autorizzazione del padre alla p.m.a. *post mortem*¹⁷. Rispetto a tali rigide impostazioni appare, tuttavia, preferibile l'opinione che ritiene che il problema vada risolto caso per caso, valutando se il generico consenso alla p.m.a. possa o meno ricomprendere anche le tecniche *post mortem* alla luce delle circostanze della fattispecie concreta e della possibilità, attestata dalle previsioni dell'art. 9, comma 1°, l. n. 40/2004, di desumere il consenso alla procreazione assistita anche da atti concludenti: si pensi, per esempio, al comportamento di chi, pur nella consapevolezza di essere destinato ad un imminente decesso a causa di una grave malattia che lo affligge, decide di avviare comunque una pratica di p.m.a. senza esprimere alcuna volontà con riguardo alla (invero probabile) eventualità che la sua morte giunga prima del completamento della procedura¹⁸.

¹³ Per effetto della pronuncia di incostituzionalità resa da Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. Giur.*, 2014, 1062.

¹⁴ In senso critico sul punto v., peraltro, C. FAVILLI, *op. cit.*, 80, secondo cui «l'argomento [...] che fa leva sull'esperienza della fecondazione eterologa non sembra di per sé dirimente dal momento che in quel caso era stato lo stesso legislatore a prevedere le conseguenze giuridiche della pratica sul piano dello stato in caso di trasgressione del divieto, e quindi aveva attratto all'interno della legge una fattispecie vietata [...]. Inoltre, la fecondazione *post mortem*, come la gestazione per altri, non si giustifica con la finalità di ovviare a problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità di coppia, a differenza della fecondazione eterologa per la quale è venuto a cadere, proprio alla luce di tale considerazione, l'originario divieto».

¹⁵ v., per esempio, U. SALANITRO, *op. cit.*, 1766; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, 5ª ed., Torino, 2020, 334.

¹⁶ M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004, 193.

¹⁷ M. SESTA, *op. cit.*, 9; R. VILLANI, *L. 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 2134.

¹⁸ D.M. LOCATELLO, *op. cit.*, 764 ss., il quale evidenzia, a sostegno della sua impostazione, che «si tratta di approfondire se il sopraggiungere della morte (senza che il defunto si sia espresso sul punto) possa equipararsi *quoad effectum* [...] ad un atto di ritrattazione dell'originaria volontà. Non v'è dubbio che richiedere un'estensione [...] del contenuto del consenso presenta il pregio di evitare che il prelievo e l'uso del seme avvengano – in assoluto – contro la volontà del defunto (come nel caso emblematico dell'asportazione non autorizzata del seme dal cadavere). Ma [...] non si comprende su quale base si possa sancire in termini generali che quel soggetto abbia voluto limitare al tempo della propria vita, quindi interrompere, l'applicazione delle tecniche, qualora l'iniziale volontà procreativa non sia mai stata ritrattata e per qualsiasi ragione le pratiche siano proseguite ad onta dell'evento morte (ad esempio perché la struttura sanitaria ne era all'oscuro)». Per considerazioni non dissimili, v. A. GORGONI, *op. cit.*, 401.

3. Lo status filiationis

Per ricostruire lo *status filiationis* del soggetto nato da fecondazione assistita *post mortem*, occorre innanzitutto stabilire se la disciplina applicabile alla filiazione da p.m.a. sia quella contenuta nel Codice civile o quella introdotta dalla l. n. 40/2004. Sulla questione si contrappongono diverse opinioni: una prima ritiene applicabili anche allo scenario della fecondazione artificiale le norme del codice civile sull'attribuzione della genitorialità; secondo una diversa tesi, la disciplina della filiazione della l. n. 40/2004 costituirebbe un sistema normativo autonomo ed alternativo rispetto al dettato codicistico, fondato sull'espressione del consenso ad assumere l'ufficio genitoriale; secondo una ulteriore – e probabilmente preferibile – soluzione, infine, la normativa dello *status filiationis* della legge sulla p.m.a. sarebbe destinata ad integrare, senza escluderli, i tradizionali meccanismi codicistici di attribuzione della paternità e della maternità¹⁹.

Oltre che dalla disciplina normativa prescelta per la sua regolamentazione, lo *status* del soggetto nato da p.m.a. *post mortem* è, poi, inevitabilmente destinato a mutare a seconda che la coppia sottoposti alla procedura fosse o meno coniugata.

Iniziando dalla prima fattispecie, quanti risolvono la questione sulla scorta della normativa codicistica si suddividono, a loro volta, in diversi filoni a seconda che ritengano o meno di condividere la tesi che, nell'ottica dell'interpretazione evolutiva delle norme giuridiche, estende il concetto di "concepimento" di cui agli artt. 232 e 234 c.c., tradizionalmente identificato con la gravidanza, fino a ricomprendere la fecondazione dell'ovulo con la fusione dei gameti maschile e femminile. Accedendo a questa impostazione, che soprattutto nei tempi più recenti appare in effetti essere quella maggiormente accreditata nell'ambito di questa prima corrente di pensiero²⁰, sarebbe in ogni caso necessario distinguere fra diverse ipotesi. Qualora l'embrione sia già stato ottenuto al momento del decesso dell'uomo, al neonato spetterebbe lo stato di figlio nato del matrimonio, in virtù dell'art. 232 c.c. o dell'art. 234 c.c. a seconda che la nascita sia avvenuta prima o dopo il trascorrere di 300 giorni dalla morte dell'uomo. Laddove la formazione dell'embrione sia invece successiva al decesso del marito della madre (e quindi allo scioglimento del matrimonio), al neonato potrebbe essere riconosciuto lo stato di figlio nato nel matrimonio solamente nel caso di nascita avvenuta entro i 300 giorni dalla morte dell'uomo; nel caso di nascita successiva ai 300 giorni in discorso, al bambino andrebbe invece

¹⁹ sul punto v., anche per ulteriori citazioni relative ai sostenitori delle diverse tesi menzionate nel testo, C. FAVILLI, *op. cit.*, 72 s.; I. BARONE, *op. cit.*, 956; A. CORDIANO, *op. cit.*, 349 ss. Tra i fautori della tesi intermedia, v., in particolare, U. SALANITRO, *op. cit.*, 1739 s., che rispetto alla rigida alternativa tra l. n. 40/2004 e codice civile considera «più congrua» e «ancora più appropriata dopo la sentenza che legittima la fecondazione eterologa [...] un'interpretazione volta a integrare la disciplina generale del codice civile con le regole speciali che si propongono di anticipare e rafforzare la tutela del nato da procreazione assistita»; L. PASCUCCI, *L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?*, in *Giur. It.*, 2016, 2117 s., secondo cui «non pare azzardato affermare che, per quanto dettate in un contesto "speciale", le norme sulla p.m.a. non facciano che ribadire i principi dettati dalle norme generali: [...] sarebbero, cioè, disposizioni speciali *ratione materiae*, più che con riferimento al contenuto della disciplina che apprestano», sicché «l'applicabilità o meno della disciplina della p.m.a. Rileverebbe, dunque, in definitiva, limitatamente all'operatività o meno delle deroghe che la stessa introduce alla disciplina generale» (corsivi dell'a.).

²⁰ Nel senso che l'art. 234 c.c. si riferirebbe al «caso della gravidanza di eccezionale durata, che non ha nulla a che vedere con l'ipotesi in esame», v., peraltro, E. BILOTTI, *op. cit.*

riconosciuto lo stato di figlio nato fuori del matrimonio della madre, con facoltà di agire *ex art.* 276 c.c. per ottenere la dichiarazione di paternità nei confronti degli eredi del padre²¹.

La necessità di diversificare la soluzione a seconda che l'embrione sia già stato o meno ottenuto al momento della morte dell'uomo si ripresenta, poi, anche nell'ipotesi – a quanto consta, ancora priva di riscontri giurisprudenziali nel nostro Paese – della p.m.a. *post mortem* praticata su di una coppia non coniugata. Nel primo caso, al bambino potrà essere senz'altro attribuito lo stato di figlio nato fuori del matrimonio del padre, il consenso alla p.m.a. di quest'ultimo potendosi considerare espressivo di un riconoscimento del figlio anteriore alla nascita ma posteriore al concepimento *ex art.* 254 c.c.; qualora l'embrione si sia formato dopo la morte dell'uomo, il bambino potrà invece acquistare lo stato di figlio nato fuori del matrimonio del padre solamente in seguito all'esperimento dell'azione di cui all'art. 276 c.c.²².

L'impostazione che si è appena finito di esporre è stata però criticata osservando come la stessa, oltre a fare leva su di una interpretazione del concetto di "concepimento" poco plausibile ed eccessivamente lontana dalla sua accezione tradizionale, finisca con il distinguere immotivatamente la situazione giuridica del nato a seconda del momento in cui avvengono la formazione dell'embrione e la morte del *partner* della madre: il che significa prendere atto che le regole codicistiche si rivelano inadeguate a risolvere le questioni sollevate dal fenomeno della fecondazione assistita *post mortem*, ogni soluzione su di esse fondata non potendo che risultare artificiosa e insoddisfacente. Sulla scorta di questi rilievi appare pertanto preferibile la tesi, alla quale pure chi scrive ritiene doversi prestare adesione, secondo cui il problema in esame dev'essere risolto facendo applicazione dell'art. 8 l. n. 40/2004 e, quindi, attribuendo senz'altro ed in ogni caso al soggetto generato tramite procreazione assistita *post mortem*, alla quale la donna abbia fatto ricorso successivamente al decesso dell'uomo, lo stato di figlio nato nel matrimonio della coppia coniugata o lo stato di figlio nato fuori del matrimonio della coppia non coniugata²³.

²¹ Su tutto questo v., anche per indicazioni relative alla dottrina di segno contrario, M. SESTA, *op. cit.*, 9; R. VILLANI, L. 19 febbraio 2004, n. 40, cit., 2134; ID., *La procreazione assistita*, Torino, 2004, 183 ss.; M. MANTOVANI, *I fondamenti della filiazione*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di), *La filiazione*, cit., 30 s.; A. NATALE, *I diritti del soggetto procreato post mortem*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, 531 s. In giurisprudenza, v. Trib. Palermo, 1° agosto 1999, cit., nella quale si propone «un'interpretazione evolutiva degli artt. 234 e 462 c.c.» che consentirebbe di attribuire al soggetto procreato *post mortem* più di 300 giorni dopo la morte del padre «sia lo status di figlio legittimo sia il riconoscimento della capacità di succedere».

²² R. VILLANI, L. 19 febbraio 2004, n. 40, cit., 2134. Le conclusioni appena esposte nel testo evidentemente presuppongono che venga accolta anche nell'ambito della p.m.a. *post mortem* la – invero non del tutto pacifica – tesi (sulla quale v., più in generale, M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 1062 s.; ID., *Riconoscimento del figlio naturale e p.m.a.*, in *Studium iuris*, 2008, 1127 s.) secondo cui l'instaurazione del rapporto di filiazione fuori del matrimonio prescinde, nel caso di procreazione artificiale, dal compimento di un atto di riconoscimento da parte dei genitori *ex art.* 250 ss. C.c., il riconoscimento in discorso realizzandosi già con l'espressione del consenso alla p.m.a. rilasciato secondo la disciplina dettata dall'art. 6 l. n. 40/2004 (si esprime in tal senso a. A. VALONGO, *op. cit.*, 533 s.; D. GIUNCHEDI, *op. cit.*, 44 ss.; A. PAGLIARO, *op. cit.*, 546).

²³ Pur senza richiamare l'art. 8 l. n. 40/2004 si esprimono in questi termini, oltre agli autori citati nelle note successive, G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2005, 105; T. AULETTA, *op. cit.*, 334. Sulle implicazioni che questa tesi comporta sul piano dell'ordinamento dello stato civile e dei relativi adempimenti, v. D.M. LOCATELLO, *op. cit.*, 766 ss., nonché D. BERLOCO, *Fecondazione omologa post mortem. Pronuncia della cassazione del 15 maggio 2019*, in *St. Civ. It.*, 7, 2019, 4 ss.

Sostiene questa conclusione il rilievo che la norma testé citata non contiene alcun riferimento agli artt. 4 e 5 della legge cit., i quali definiscono i presupposti oggettivi e soggettivi legittimanti l'accesso alla p.m.a., ed invece menziona l'art. 6 della medesima nonché la volontà di ricorrere alla fecondazione assistita espressa dalla coppia, così evidenziando la centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati a seguito dell'applicazione di tecniche di fecondazione artificiale e dimostrando una sicura preminenza della tutela del nascituro sotto il profilo del conseguimento della certezza dello *status filiationis*²⁴. Conferma questa soluzione, poi, anche la disciplina del già menzionato art. 9, comma 1°, l. n. 40/2004: facendo intendere che il rapporto di filiazione nel matrimonio o fuori del matrimonio si instaura anche nel caso in cui si è fatto ricorso alla tecnica, (un tempo) del tutto vietata, della fecondazione eterologa, con preclusione della facoltà del membro maschile della coppia di esercitare l'azione di disconoscimento (se coniugato con la madre) o di impugnare il riconoscimento (se non coniugato con la madre), la norma in discorso induce infatti a ritenere che le medesime conseguenze debbano a maggior ragione prodursi anche nelle ipotesi in cui la fecondazione omologa, in astratto consentita, sia stata in concreto posta in essere in mancanza di uno dei requisiti di ammissibilità – nel nostro caso, l'esistenza in vita di entrambi i componenti la coppia – previsti dalla legge, mancanza alla quale fa del resto da contraltare, nell'ipotesi in esame, la certezza della derivazione biologica del nato dal marito o dal compagno della madre²⁵.

Non costituiscono, invece, un valido supporto della tesi in esame quei passaggi giurisprudenziali in cui viene evocato lo scenario di una «procreazione nella società della globalizzazione» caratterizzata da «un particolare dinamismo, subordinato agli interessi concreti che è volta a soddisfare», e nel quale «la genitorialità spesso può anche scindersi dal nesso col matrimonio e dalla famiglia, declinandosi in una molteplicità di contesti prima ritenuti inediti», per dedurre la necessità di «superare i confini della tradizione ed accettare, regolandoli, i nuovi percorsi della genitorialità», antepo- nendo la preminente esigenza di tutelare la posizione di chi è nato al rigido rispetto dei «divieti di genitorialità pure evincibili dal nostro ordinamento», in modo da offrire «una tutela sistematica (e non più occasionale) dei fenomeni prima sconosciuti o ritenuti minoritari»²⁶. Queste argomentazioni, infatti, de-

²⁴ Come rileva C. FAVILLI, *op. cit.*, 81 s., nell'ambito della p.m.a. *post mortem* il profilo del consenso all'assunzione della genitorialità non dev'essere peraltro sovraccaricato di significato, perché si tratta di un contesto «nel quale è impedita *ab initio* la possibilità di profilare un rapporto tra genitore e figlio, ed è parimenti preclusa la possibilità di ravvisare quell'assunzione di responsabilità, che rappresenta la sostanza della filiazione e alla cui effettività tende il sistema speciale di attribuzione dello stato contenuto nella legge n. 40/2004; per tale ragione, del resto, di stato di figlio in questa vicenda non può che parlarsi in una prospettiva puramente formale e non, invece, nel suo pieno significato di concetto evocativo di una posizione giuridica collocata all'interno di un rapporto e fonte di diritti e obblighi nei confronti del genitore».

²⁵ Su tutto questo cfr., tra gli altri, F. NADDEO, *op. cit.*, 92 s.; U. SALANITRO, *op. cit.*, 1734 ss., 1763 ss.; M. FACCIOLI, *op. cit.*, 1063, 1071; C. CIRAOLO, *op. cit.*, 487 ss., 497 ss.; A. VALONGO, *op. cit.*, 533; P. RESCIGNO, *Note in margine alla legge sulla procreazione assistita*, in AA.VV., *La fecondazione assistita: riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 38; C. CAVAJIONI, *Procreazione assistita e status filiationis*, in M. DOSSETTI, M. LUPO, M. MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Milano, 2010, 101 s. In giurisprudenza questa soluzione, dopo essere stata delineata da Trib. Messina, 28 settembre 2017 (in *foro it.*, i, 2019, 1430), ha ricevuto l'avallo della suprema corte con Cass. n. 13000/2019, cit., per poi essere confermata, seppure senza la necessità di prendere una decisione sul punto, da Trib. Lecce, 24 giugno 2019, cit.

²⁶ Sono affermazioni di Cass. n. 13000/2019, cit.

stano l'impressione che il giudice, reputando ingiustificato il divieto di fecondazione *post mortem* stabilito dal legislatore, si ritenga legittimato a superarlo in via ermeneutica riconducendo alla fattispecie che realizza la sua violazione le medesime conseguenze che si producono, in punto di genitorialità, nel caso di procreazione assistita realizzata in conformità alla legge: operazione, questa, che però travalica i compiti e le prerogative della magistratura, la quale è piuttosto chiamata a sollevare, laddove ritenga di trovarsi di fronte ad una scelta normativa inappropriata, la questione della sua legittimità costituzionale²⁷.

D'altro canto, l'idea stessa che la tutela degli interessi del minore nato da p.m.a. *post mortem* necessariamente imponga di riconoscere il rapporto genitoriale con il padre defunto è meno scontata di quello che potrebbe a prima vista sembrare. Tale conclusione è, invero, assai difficilmente contestabile nei casi di impianto *post mortem*, posto che tale fattispecie è da considerare lecita per l'esigenza di tutelare il diritto alla vita dell'embrione ormai formatosi al momento della morte del membro maschile della coppia²⁸. Nelle ipotesi in cui, invece, si utilizza illecitamente il seme crioconservato dell'uomo o prelevato dal suo cadavere dopo il decesso, secondo taluno

«proprio l'esistenza di un divieto legislativo di fecondazione *post mortem* dovrebbe indurre l'interprete a concludere in senso opposto. E ciò perché, a ben vedere, quel divieto trova la sua ragion d'essere appunto nell'idea che l'accertamento della paternità di chi sia già defunto al momento del concepimento rappresenti un grave pregiudizio per il nato. [...] In realtà, più precisamente, il divieto di fecondazione *post mortem* intende evitare il concepimento – e non la nascita – di un orfano di padre: un risultato che la tecnica omologa di fecondazione assistita rende nondimeno astrattamente possibile. E ciò perché si ritiene evidentemente che in tal modo si attingerebbe un livello di strumentalizzazione davvero intollerabile del nato, non più bilanciato dal preteso interesse fondamentale degli adulti alla genitorialità».

Sulla scorta di questa premessa, si è allora concluso che

«l'accertamento della paternità in capo a chi fosse già defunto al tempo del concepimento e avesse autorizzato l'utilizzo *post mortem* del suo seme crioconservato rimarrebbe quale segno indelebile di quella che l'ordinamento considera una strumentalizzazione intollerabile del nato»

e, pertanto, che proprio «nell'interesse del minore – per evitare il perpetuarsi di una strumentalizzazione a suo carico – la paternità biologica debba essere rimossa e occultata» nei casi in discorso²⁹. Che si ritenga o meno di condividerle, tali riflessioni appaiono, senza dubbio, suggestive e stimolanti, se non altro perché confermano quanto sia indeterminato, opinabile e difficile da definire in maniera precisa quel concetto di interesse del minore che ciononostante sembra essere «dotato di un valore taumaturgico: ogni decisione, qualunque ne sia il contenuto, acquista subito un connotato di valore

²⁷ cfr. E. BILOTTI, *op. cit.*; M. FACCIOLI, *La condizione giuridica*, cit., 1285.

²⁸ I. BARONE, *op. cit.*, 961.

²⁹ sono affermazioni di E. BILOTTI, *op. cit.* (corsivi dell'autore), alle quali ha poi aderito I. BARONE, *op. cit.*, 959 ss., soggiungendo come tale soluzione parrebbe giustificarsi anche alla luce dell'esigenza di tutelare la dignità umana di cui l'embrione è portatore. Con riguardo a quest'ultimo profilo v., *ex multis*, A. SPADARO, *Il "concepito": questo sconosciuto...*, in *questa rivista*, 2019, 419 ss.; F.D. BUSNELLI, *nascere (o anche "morire") con dignità: un traguardo problematico per l'embrione*, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, II, 2017, 393 ss.; R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 1554 ss.

positivo per il solo fatto di essere qualificata come “conforme all’interesse del minore”, come fosse toccata da una bacchetta magica»³⁰.

4. I diritti successori

Destano notevole interesse pure le implicazioni di diritto successorio della procreazione assistita *post mortem*, tema che è stato autorevolmente definito «il vero grande problema in tema di capacità di succedere all’inizio del terzo millennio»³¹.

La successione testamentaria del nato da p.m.a. *post mortem* invero non presenta alcun aspetto critico, considerato che l’art. 462, comma 3°, c.c. attribuisce espressamente la capacità di ricevere per testamento anche al non concepito³²; secondo taluno, anzi, il lascito testamentario al “figlio in provetta” da parte del padre defunto, oltre a non presentare problemi di ammissibilità, potrebbe essere pure valorizzato quale indice del consenso dell’uomo alla fecondazione assistita *post mortem*³³.

La questione emerge, invece, in tutta la sua gravità con riguardo alla successione legittima³⁴ e pare dover essere risolta in sintonia con la soluzione che si ritenga di accogliere in merito allo *status filiationis* del nato, così da evitare di introdurre nell’ordinamento quella che sarebbe una inedita (e fortemente anomala) scissione tra stato familiare e diritti successori attribuiti al medesimo individuo³⁵: si ripropone dunque, pure in questo ambito, l’alternativa fra l’applicazione delle norme del codice civile e la ricerca della soluzione nella disciplina della legge sulla p.m.a. già vista nel par. precedente.

Chiamando in causa l’art. 462 c.c., secondo cui «sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell’apertura della successione», la prima prospettiva ricostruisce diversamente il diritto del nato da procreazione assistita *post mortem* di partecipare alla successione legittima del

³⁰ In argomento, v. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 86 ss., al quale appartengono anche le parole da ultimo citate nel testo (corsivi dell’autore).

³¹ E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di capacità di succedere e di indegnità*, in *Famiglia*, 2006, 57.

³² R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 191; A. NATALE, *op. cit.*, 534; C. FAVILLI, *op. cit.*, 78; G. COPPOLA, *Procreazione assistita e capacità di succedere dei concepiti post mortem patris*, in *Teoria storia dir. Priv.*, 2015, 22 s.

³³ A. MIRANDA, «*Tragic choice*» in *Italy: brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. Fam. Pers.*, I, 1999, 240.

³⁴ Ai sostenitori della tesi, esposta nella parte conclusiva del par. precedente, che ritiene doversi disconoscere la genitorialità del padre defunto nei casi di fecondazione *post mortem*, invero «non sfugge che un esito di questo tipo potrebbe comportare a carico del nato un sacrificio di ordine patrimoniale. Quest’ultimo, infatti, insieme all’accertamento della paternità sarebbe privato anche dei connessi diritti successori». Al riguardo si è ritenuto, peraltro, di poter ribattere che «proprio il riconoscimento dei diritti successori in capo al nato da fecondazione *post mortem* potrebbe indurre nella madre condotte finalizzate a incidere sull’amministrazione dei beni o sulla loro stessa destinazione, con ulteriore strumentalizzazione del nato. Si deve poi considerare che, ai sensi dell’art. 462, co. 3, cod. civ., anche i non concepiti possono essere destinatari di disposizioni testamentarie purché si tratti di figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, sicché chi consente all’impiego *post mortem* del proprio seme crioconservato potrebbe anche disporre a favore del nato. In ogni caso, anche a voler ritenere che il mancato accertamento della paternità porti con sé un possibile pregiudizio di ordine patrimoniale per il nato da fecondazione *post mortem*, non sembra comunque ragionevole che, per scongiurare una simile eventualità, possa mettersi in discussione una valutazione normativa che, come si è visto, si fonda sull’intento di evitare un grave pregiudizio alla dignità della persona» (E. BILOTTI, *op. cit.*).

³⁵ E. MOSCATI, *op. cit.*, 61; A. NATALE, *op. cit.*, 532; v. D’ALESSANDRO, *op. cit.*, 669.

padre in conseguenza del modo in cui ritiene di interpretare la disciplina in discorso: una sua applicazione letterale porterebbe ad attribuire pretese successorie solamente a chi nasca da un embrione già impiantato nell'utero materno al momento della morte del padre³⁶; l'interpretazione evolutiva del concetto di "concepimento" di cui si è già detto nel par. precedente consentirebbe, invece, di ammettere il nato alla successione in tutti i casi in cui il decesso avvenga dopo la formazione dell'embrione, anche se non ancora impiantato nel grembo materno, mentre varrebbe la soluzione opposta per il figlio nato da crioconservazione dei soli gameti³⁷.

Questa tesi si espone, però, agli stessi rilievi critici ai quali abbiamo visto andare incontro l'impostazione che vorrebbe determinare lo *status filiationis* del figlio procreato *post mortem* sulla scorta delle previsioni codicistiche: anche sul piano successorio, cioè, le soluzioni elaborate sulla base di quella disciplina appaiono artificiali forzature e comportano una irragionevole disparità di trattamento fra nati da procreazione artificiale *post mortem* in conseguenza del momento della formazione dell'embrione e della morte del padre³⁸, sicché appare preferibile, pure con riguardo al profilo ereditario, fare riferimento all'art. 8 l. n. 40/2004 e, pertanto, riconoscere senz'altro a quel soggetto i diritti successori che gli spettano quale figlio nato nel matrimonio o al di fuori del matrimonio del defunto marito o compagno della madre³⁹.

Che si accolga l'una o l'altra delle due impostazioni, l'attribuzione di diritti successori al nato da fecondazione assistita *post mortem* solleva, poi, il problema di fronteggiare l'incertezza circa i tempi e il contenuto della successione ingenerata dalla possibilità di conservare, anche per lungo tempo, il seme dell'uomo così come gli embrioni eventualmente già formati al momento del suo decesso. Anche con riguardo a questo profilo sono state ipotizzate diverse soluzioni.

Secondo un orientamento, si dovrebbe fare ricorso alle previsioni codicistiche dettate per la successione del *concepturus*, soggetto la cui vocazione è subordinata alla condizione sospensiva impropria rappresentata dalla nascita: ai sensi dell'art. 643 c.c. l'amministrazione dei beni ereditari verrebbe, quindi, temporaneamente attribuita ai chiamati in ordine successivo, mentre l'art. 715 c.c. precluderebbe la divisione ereditaria fino alla venuta ad esistenza del soggetto, salvo autorizzazione del giudice⁴⁰.

Altri ha tuttavia rilevato come tale soluzione, fondata sull'applicazione di norme dettate sulla base delle tempistiche proprie della procreazione naturale, si riveli fortemente sconveniente e irragionevolmente lesiva degli interessi degli altri coeredi quando calata nel contesto della procreazione artificiale, fenomeno potenzialmente in grado di protrarsi per periodi di tempo molto lunghi nonché di riguardare un elevato numero di embrioni. Per queste ragioni, potrebbe allora preferirsi una soluzione che, equiparando la posizione del soggetto procreato *post mortem* a quella in cui si trova il figlio nato fuori del matrimonio in caso di accertamento giudiziale della paternità intervenuto dopo il decesso

³⁶ Sembrano orientati in tal senso E. MOSCATI, *op. cit.*, 61 e A. NATALE, *op. cit.*, 533 s.

³⁷ R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 190; G. CASSANO, *op. cit.*, 389; Trib. Palermo, 1° agosto 1999, cit.

³⁸ Condividono questi rilievi, del resto, gli stessi autori citati in nota 36, ai quali si aggiunge G. COPPOLA, *op. cit.*, 6 ss.

³⁹ U. SALANITRO, *op. cit.*, 1765; M. FACCIOLO, *op. cit.*, 1071; M. RIZZUTI, *op. cit.*, 34; v. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 670 ss.

⁴⁰ v., anche per ulteriori citazioni di dottrina conforme, R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., 190 s.; C. FAVILLI, *op. cit.*, 77; A. MUSIO, *Misure di tutela dell'embrione*, in P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita*, cit., 246.

del genitore⁴¹, gli attribuisca la possibilità di esperire la *petitio hereditatis* – o di agire in riduzione, qualora ne sussistano i presupposti – nei confronti di quanti siano nel frattempo addivenuti alla successione del padre⁴². Accogliendo tale prospettiva, parrebbe potersi poi affermare che la nascita del figlio da procreazione assistita *post mortem* è idonea a comportare pure la revoca del testamento eventualmente lasciato dal padre *ex art. 687 c.c.*, sulla scorta dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinale che reputa tale norma applicabile anche nel caso di sopravvenuto accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale⁴³.

5. Pretese risarcitorie nei confronti della madre e del personale medico?

Il rilievo, già evidenziato nelle pagine precedenti, che il divieto di fecondazione assistita *post mortem* esprime la repulsione dell'ordinamento verso l'operato di chi programma e realizza la generazione artificiale di un individuo destinato a nascere orfano di padre porta, infine, a chiedersi se colui che è stato in tal modo procreato possa pretendere dalla madre, e/o dal personale medico che ha assistito quest'ultima, un risarcimento del danno per averlo messo al mondo in quella sfortunata condizione. Alla domanda, forse provocatoria ma non del tutto peregrina se si pensa all'ampio e ben noto dibattito sviluppatosi in tema di *wrongful life* e danno da procreazione⁴⁴, è tuttavia agevole fornire una risposta negativa: analogamente a quanto è stato infine chiarito dalle Sezioni Unite in materia di danno da nascita indesiderata⁴⁵, sarebbe, infatti, palesemente inconcepibile che il soggetto di cui si discute, lamentando il disagio esistenziale dovuto alla mancanza della figura paterna, potesse ottenere

⁴¹ Sul diritto di partecipare alla successione del padre facente capo al figlio non matrimoniale in caso di dichiarazione giudiziale di paternità intervenuta *post mortem patris*, v., *ex multis*, A. SASSI, *Stato di figlio e diritti ereditari*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., 705; M. SESTA, *Filiazione (Dir. Civ.)*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, VIII, Milano, 2015, 472; M. DOGLIOTTI, *La filiazione fuori del matrimonio. Artt. 250-290*, in *Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2015, 441 s.

⁴² M. RIZZUTI, *op. cit.*, 34 ss.

⁴³ sul punto v., *ex multis*, E. BILOTTI, *Testamento, sopravvenienza di figli ulteriori, successivo accertamento giudiziale dello status*, in *Fam. Dir.*, 2018, 556 ss.; R. OMODEI SALÈ, *La revocazione del testamento per sopravvenienza di figli (nella dinamica della devoluzione ereditaria)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2019, 751.

⁴⁴ Sebbene la casistica giurisprudenziale e la riflessione dottrinale *in subiecta materia* si siano sviluppate avendo precipuamente riguardo alla responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie che assistono la donna durante la gravidanza e il parto, la discussione si è talvolta occupata anche della configurabilità di una responsabilità dei genitori per danno da procreazione, responsabilità che potrebbe per esempio trovare fondamento, secondo quanto deciso da una risalente pronuncia di merito, dal fatto di avere trasmesso una malattia venerea al figlio con il concepimento (Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *foro it.*, I, 1951, 987). La dottrina di gran lunga maggioritaria, tuttavia, ha sempre ritenuto che il ricevere la vita, per quanto questa possa essere sventurata e disagiata, non può mai essere considerato un danno per colui che viene procreato e una fonte di responsabilità per chi lo ha messo al mondo: in argomento v., fra gli altri, S. LANDINI, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, 251 ss.; M. FOGLIA, *Nascita indesiderata e danno al nascituro*, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, II, 2017, 276 ss., 286 s.

⁴⁵ Da Cass., Sez. Un., 22 gennaio 2015, n. 25767, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, I, 2016, 443, poi confermata da Cass., 11 aprile 2017, n. 9251, in *Danno resp.*, 2017, 549. Per una più ampia disamina sul punto v., *ex multis*, M. POLI, *Birth-related torts e libertà della donna di interrompere la gravidanza nell'esperienza italiana*, in *questa rivista*, 2018, 33 ss.

un risarcimento fondato sul fatto stesso di avergli dato la vita, posto che se tale condotta non avesse avuto luogo egli non godrebbe certo di un'esistenza migliore, bensì nemmeno esisterebbe⁴⁶.

6. Conclusioni e prospettive di riforma

Le vicende della p.m.a. *post mortem* costituiscono una fedele testimonianza della contrapposizione tra l'«inerzia parlamentare» e l'«attivismo giurisprudenziale» che notoriamente caratterizzano la fecondazione assistita⁴⁷, materia che non a torto è stata indicata come «emblematica del ruolo della legge e del giudice nell'attuale sistema delle fonti»⁴⁸.

Se la necessità di un'apposita disciplina normativa delle conseguenze della p.m.a. *post mortem* in punto di *status filiationis* e diritti successori del nato viene da sempre avvertita dalla gran parte della dottrina, conseguentemente deplorando il silenzio serbato dalla l. n. 40/2004 al riguardo⁴⁹, taluni si mostrano pure favorevoli a superare, almeno entro certi limiti, il divieto concernente la pratica in esame⁵⁰, ritenendo che quest'ultima non sia affatto incompatibile con i principi e i valori del nostro ordinamento, come dimostra il fatto che la stessa era ammessa da alcuni d.d.l. in materia elaborati in epoca antecedente alla l. n. 40/2004⁵¹. Anche prendendo spunto dalla normativa dei Paesi stranieri che si muovono in tal senso⁵², in questa prospettiva si auspica, quindi, l'introduzione di una disciplina della p.m.a. *post mortem patris* sviluppata attorno ai seguenti principi fondamentali: l'attribuzione, all'uomo, della facoltà di disporre che i suoi gameti vengano utilizzati dopo il suo decesso per completare la procedura di fecondazione assistita iniziata quando egli era in vita; la predeterminazione di un limite temporale massimo, successivo alla morte dell'uomo, entro il quale la procedura deve concludersi; l'esplicito riconoscimento, al soggetto nato da p.m.a. *post mortem*, del rapporto genitoriale con il padre accompagnato dai relativi diritti successori⁵³.

D'altro canto, se da un lato è vero che la pratica in discorso consente di aggirare l'ostacolo costituito dalla fine della vita umana⁵⁴ e che, da questo punto di vista, essa potrebbe anche apparire la più

⁴⁶ G. CASSANO, *op. cit.*, 391; A. SCALERA, *op. cit.*, 493; M. RIZZUTI, *op. cit.*, 32 s. Secondo A. MARCHESE, *op. cit.*, 227, comunque «resta da chiedersi se tale comportamento materiale non integri gli estremi di una nuova ipotesi di "atto lecito dannoso" e se pertanto non spetti al nuovo nato un'adeguata indennità».

⁴⁷ v., *ex multis*, L. CHIEFFI, *op. cit.*, 47 ss., 98 ss., al quale appartengono le espressioni riportate nel testo.

⁴⁸ G. VETTORI, *La fecondazione assistita fra legge e giudici*, in *Pers. Merc.*, 2016, 4.

⁴⁹ v., fra gli altri, E. MOSCATI, *op. cit.*, 58; G. COPPOLA, *op. cit.*, 23; A. PAGLIARO, *op. cit.*, 555; C. FAVILLI, *op. cit.*, 78; A. NATALE, *op. cit.*, 534.

⁵⁰ Per una recente presa di posizione in favore del divieto in discorso v., peraltro, A. MORACE PINELLI, *La filiazione da p.m.a. e gli spinosi problemi della maternità surrogata e della procreazione «post mortem»*, in *foro it.*, I, 2019, 3356, secondo cui «in via generale, benché la richiesta di procreazione *post mortem* possa non essere capricciosa, tale tecnica di p.m.a., ideologicamente radicata sull'esaltazione dell'autodeterminazione della donna, appare lesiva dei diritti del nascituro, il cui interesse non può essere ridotto al venire comunque ad esistenza [...]. La vita che nasce artificialmente, senza un genitore, lede il fondamentale diritto alla bigenitorialità di cui il minore è portatore».

⁵¹ A. GORGONI, *op. cit.*, 402 ss.; F. NADDEO, *op. cit.*, 79 ss.

⁵² La procreazione assistita *post mortem* è ammessa, per esempio, in Spagna, in Grecia e nel Regno Unito.

⁵³ Su questi aspetti v., in particolare, A. VALONGO, *op. cit.*, 535 ss.

⁵⁴ Lo evidenzia G. CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*, in *foro it.*, I, 2019, 2010: «qui viene in rilievo non tanto la genitorialità sociale, quanto – in contrasto addirittura con il senso comune – il riconoscimento della genitorialità *rectius*, della paternità, in capo a chi, al momen-

“estrema” e “innaturale” delle molteplici conformazioni assumibili dalla fecondazione artificiale, quasi l’ultima e più avveniristica frontiera del fenomeno, dall’altro lato lo studio del passato smentisce questa impressione, perché ci tramanda che già ai soldati e agli astronauti impegnati nelle guerre e nelle missioni spaziali del secolo scorso era permesso lasciare alle mogli un campione del proprio seme con il quale tentare di avere un figlio nel caso in cui non avessero fatto ritorno⁵⁵.

to dello stesso concepimento del figlio, era morto da tempo; è così superato e vinto quello che è stato definito l'ultimo tabù, quello della morte: o, se si preferisce, è l'estremo trionfo dei morti anche nel mondo del diritto».

⁵⁵ A. MARCHESE, *op. cit.*, 211 s. Per ulteriori ragguagli circa le origini storiche della pratica, v. M. RIZZUTI, *op. cit.*, 39, nt. 41.

Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza

Mauro Tescaro*

PRIVATE LAW CONSIDERATIONS CONCERNING INTERNATIONAL PUBLIC ORDER, SURROGATE MOTHERHOOD AND ART OF CONSISTENCY

ABSTRACT: With regard to international public order and surrogate motherhood, at least the Italian Courts of highest level consistently show great respect to the autonomy of the legislator and to the legal certainty.

KEYWORDS: international public order; surrogate motherhood; medically assisted procreation; adoption; legal certainty

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Cass., Sez. Un., n. 12193 del 2019 – 3. Cass. ord. n. 8325 del 2020 – 4. Corte cost. n. 33 del 2021 – 5. Cass., Sez. Un., n. 9006 del 2021 – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Questo scritto intende chiarire come la nozione di ordine pubblico internazionale, pur rimanendo inevitabilmente suscettibile di diverse applicazioni quando si tratti di rapportarla alle varie e non catalogabili a priori in modo esaustivo fattispecie concrete in cui può venire in rilievo, abbia ormai assunto, nel diritto vivente italiano, un ben delineato e assai condivisibile assetto, per l'elaborazione del quale si è rivelato decisivo il dibattito sviluppatosi negli ultimi anni in tema di maternità surrogata.

Si illustrerà, più precisamente, come il citato assetto derivi da addirittura tre sentenze conformi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e risulti pure in linea con varie pronunce della Corte costituzionale, motivo per cui la futura giurisprudenza – per così dire – di livello inferiore dovrebbe accuratamente evitare ulteriori tentativi di metterlo in discussione, perlomeno nei prossimi anni e fintantoché non sopravvengano mutamenti legislativi. Assumendo un simile atteggiamento, tale giurisprudenza contribuirebbe a rafforzare la certezza del diritto, che è la prima garanzia dell'uguaglianza dei cittadini¹, dimostrando di sapere in questa prospettiva praticare l'arte della costanza, troppo spesso

* Professore associato di diritto privato dell'Università di Verona. Mail: mauro.tescaro@univr.it. Lo scritto rientra nell'attività di ricerca del gruppo «Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali» nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona «Diritto, Cambiamenti e Tecnologie». Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Cfr., da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, F. FERRARI, *L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'ufficio di stato civile). Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, in corso di pubblicazione, par. 4: «non possono sfuggire gli effetti paradossali di recenti vicende che testimoniano come il sistema, se non adeguatamente disciplinato dal legislatore, possa diventare schizofrenico, con esiti che appaiono lontani da una concezione minima del principio di uguaglianza».

svalutata – persino in Paesi nei quali il rispetto per la discrezionalità del legislatore è tradizionalmente preservato più che in Italia² – in favore di un approccio che sembra tendere piuttosto alla inarrestabile creazione pretoria – non solo *praeter legem* ma talvolta persino *contra legem*³ – di nuovi diritti⁴, da un lato in condivisione con significativa parte della dottrina⁵ ma dall'altro non senza seri pericoli per la tenuta dell'ordinamento giuridico⁶.

² Si pensi soprattutto alla Francia, ove si sono manifestate oscillazioni così significative da rendere condivisibile il rilievo critico di alcuni commentatori, secondo i quali la giurisprudenza di quel Paese si sarebbe ormai abituata, perlomeno nella materia in esame, a praticare «l'arte di essere incostante» (S. BOLLÉE, B. HAFTEL, *L'art d'être inconstant. Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui*, in *Revue critique de droit international privé*, 2, 2020, 267 ss.; v. anche F. JOLY, *The recognition of the parentage of children born by surrogacy abroad in France*, in *International Family Law Journal*, 1, 2021, 42 ss., il quale sostiene che «talking about surrogacy in France is and remains complicated, because a true debate is impossible», e fa anche riferimento al *projet de loi relatif à la bioéthique*, poi definitivamente adottato il 29 giugno 2021, diretto tra l'altro a evitare che possa procedersi in futuro alla trascrizione automatica nei registri dello stato civile francesi di provvedimenti stranieri affermantici lo *status* genitoriale in favore di padri o madri puramente intenzionali parti di accordi di maternità surrogata stipulati all'estero e a rendere piuttosto praticabile la strada della «step-parent adoption»). Anche in Germania, per quanto il diritto vivente in argomento sembri evolversi in modo un poco più ordinato che in Francia, il dibattito è sempre assai acceso, come testimonia tra gli altri M. WELLENHOFER, sub § 1591 BGB, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Familienrecht II*, 8^a ed., München, 2020, Rn. 23 ss. e 54, ove per esempio – Rn. 25 – si dà conto che «die bisherigen BGH-Entscheidungen betrafen Kinder, die zumindest mit einem Wunschelternteil genetisch verwandt waren. [...] Wie bei fehlender genetischer Verwandtschaft zu entscheiden wäre, bleibt offen».

³ Un esempio eclatante è quello della buona fede: v. al riguardo C. GRANELLI, «La giurisprudenza è fonte di diritto?»: *introduzione ad un incontro di studi*, in *Jus civile*, 5, 2016, 411: «è a tutti noto, ad es., che – ritenendo che l'obbligo di buona fede oggettiva costituisca “espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica” (art. 2 Cost.) – le corti hanno preso a far sempre più ampio ricorso alla clausola generale di “buona fede” non solo per la soluzione di problemi non specificamente affrontati dal legislatore, ma addirittura (attraverso la figura dell’“abuso del diritto”) per “correggere” regole (ritenute) non più adeguate all'evolversi delle esigenze sociali o della coscienza collettiva»; nonché A. ZACCARIA, *La buona fede: da argine all'abuso del diritto a oggetto di un principio abusato*, in *Studium iuris*, 1, 2019, 1 ss.

⁴ Si pensi, per limitarsi a un solo esempio, a Trib. Cagliari, decr. 28 aprile 2020, in *Pluris* (su cui torneremo infra, nt. 46), che si spinge ad affermare: «è convincimento di questo Tribunale che il dialogo tra giudici di merito e di legittimità debba proseguire e non già arrestarsi. Invero, l'attuale epoca è stata efficacemente definita della postmodernità giuridica, caratterizzata dalla elasticità e fattualità, in cui primeggia la figura dell'interprete costantemente chiamato a raffrontare il piano mutevole dei fatti che gli vengono sottoposti con gli esiti dell'attività interpretativa cui si è giunti, dando vita ad una discussione corale e in costante divenire in cui si deve dare una piena risposta ad ogni esigenza di tutela, non arrestando la propria attività ermeneutica prima che la stessa arrivi ad un approdo sufficientemente saldo. In questa logica, si condivide l'opinione per la quale la nomofilachia deve essere intesa non come un valore assoluto, ma metodologico, che non è funzionale alla mera conservazione di un orientamento giurisprudenziale, ma al raggiungimento di un esito interpretativo che sia in grado di rispondere pienamente, ma per necessità in via solamente provvisoria, ad ogni mutevole esigenza emergente dalla prassi, in modo coerente e ordinato rispetto a tutti i dati interpretativi che possono essere tratti dal sistema e dal diritto vivente».

⁵ Cfr., di recente, S. ACETO DI CAPRIGLIA, *An Anthropological Reading of Surrogacy and the Role of Supreme Courts*, in *The Italian Law Journal*, 2, 2020, 321, ove si evidenzia che «challenges to the so-called “living law” are increasingly frequent. The “living law” is called upon to address unusual requests for protection, related to factual situations not covered by positive law, which require the use of evolutionary and innovative, if not radically creative interpretations».

⁶ Quantomeno secondo la prospettiva di altra parte della dottrina cui anche lo scrivente aderisce: v., tra gli altri, A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2020, 1

2. Cass., Sez. Un., n. 12193 del 2019

Quando sembrava affermarsi sempre più nella nostra giurisprudenza di legittimità la tendenza a preferire una nozione assai ristretta di ordine pubblico internazionale, perché comprendente esclusivamente norme sovraordinate alla legge ordinaria (cioè che quest'ultima non potrebbe modificare discrezionalmente, alla luce non solo della Costituzione ma anche dei testi europei e internazionali di rango costituzionale cui l'Italia è vincolata)⁷, con una fondamentale pronuncia del 2017 sul risarcimento punitivo le Sezioni Unite⁸ hanno preso posizione in favore di una nozione di ordine pubblico internazionale certamente evoluta rispetto all'orientamento più tradizionale⁹ e però al tempo stesso più ampia rispetto alla tendenza in parola.

Tale pronuncia, per ciò che qui più interessa, ha infatti accennato innanzi tutto – con particolare riferimento al diritto dell'Unione europea – a una nuova funzione dell'ordine pubblico internazionale promozionale dei valori tutelati¹⁰, lasciando però poi riemergere una prospettiva più protettiva, secondo cui

ss. Su questi temi, cfr. altresì, da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, C. BONA, *La filiazione omosessuale, tra "rivoluzione arcobaleno" e diritto "postmoderno"*, in *Foro italiano*, 1, 2021, I, 39 ss., ove si evoca il rischio della «deriva verso [...] un giudice-sacerdote».

⁷ Su questa linea di pensiero, v., in giurisprudenza, soprattutto Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corriere giuridico*, 2, 2017, 181 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, e in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2017, 372 ss., con commento di G. PALMIERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, 362 ss.; e Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in www.articolo29.it/2017, con nota di S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito. Parte della dottrina continua anche in tempi assai recenti a preferire una impostazione di questo tipo: v., per esempio, F. AZZARRI, L'inviolabilità dello status e la filiazione dei nati all'estero da gestazione per altri*, in *Famiglia*, 6, 2020, 789 s., il quale critica il più recente orientamento giurisprudenziale sostenendo che, «in virtù del carattere "tollerante e non totale" della nostra Costituzione, sarebbe dovuto apparire equilibrato che pure l'ordine pubblico seguitasse a mostrare una connotazione inclusiva, ossia, che innanzi a provvedimenti retti dal diritto straniero, l'ostacolo insormontabile alla recezione dei loro effetti nel sistema fosse rappresentato solo dall'assoluta contrarietà di questi ultimi ai "principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale", e non anche, invece, dalla loro non conformità alle epifanie trovate da tali principi nella legge ordinaria, quantomeno ove questa fosse portatrice di valutazioni politiche non costituzionalmente necessitate». Sembra esservi, in ogni caso, un ampio consenso dottrinale almeno in merito alla necessità di evitare l'incontrollata deriva che si verificherebbe qualora per la nozione di ordine pubblico internazionale si facesse riferimento solo a norme di un diverso e autonomo ordinamento internazionale comune a una pluralità di Stati: sul punto v., tra gli altri, V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2018, 412 s.

⁸ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno e responsabilità*, 4, 2017, 419 ss. Per un tentativo di sistemazione delle principali letture dottrinali proposte sulla citata sentenza e altresì di prefigurazione della sua futura rilevanza, v. M. TESCO, *Le variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile*, in *Danno e responsabilità*, 5, 2018, 533 ss.

⁹ Si allude all'orientamento, da tempo superato, secondo cui la nozione di ordine pubblico internazionale sarebbe talmente estesa da abbracciare tutte o quasi tutte le norme inderogabili del diritto italiano. Per riferimenti giurisprudenziali e dottrinali al riguardo, v. M. TESCO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in *Nuovo diritto civile*, 1, 2020, 24 ss.

¹⁰ Per la valorizzazione di tale funzione promozionale dell'ordine pubblico, v., tra gli altri, M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui "risarcimenti*

«la sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale»,

e secondo cui «Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo» (sia pure «privato di venature egoistiche, che davano loro “fiato corto”, ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca»)¹¹.

La presa di posizione in parola ha dato luogo a letture dottrinali assai diverse, talvolta dirette persino a negare ogni reale contenuto al passo appena citato¹². L'erroneità di simili letture è risultata però evidente quantomeno con una seconda e altrettanto fondamentale sentenza sempre delle Sezioni Unite, quella del 2019 sulla maternità surrogata¹³.

Quest'ultima sentenza ha affrontato, risolvendola in senso negativo, la questione della compatibilità con l'ordine pubblico internazionale italiano di un provvedimento canadese attributivo della seconda paternità di due gemelli nati da maternità surrogata a un coniuge – per matrimonio omosessuale stipulato in Canada – privo di ogni legame biologico con gli stessi¹⁴. Decisivo per il raggiungimento di tale esito è stato appunto il richiamo alla pronuncia del 2017 e specialmente alla nozione di ordine pubblico internazionale presente in essa, incentrata come abbiamo veduto sulla rilevanza anche della legge ordinaria (secondo la sua interpretazione consolidata nel diritto vivente) quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione¹⁵.

Dopo aver così chiarito la nozione di ordine pubblico internazionale prescelta, le Sezioni Unite del 2019 hanno precisato come il caso di specie sottoposto alla loro attenzione rientrasse a pieno titolo tra le ipotesi di maternità surrogata¹⁶, sottolineando come tale fenomeno sia sanzionato penalmente

punitivi”, Napoli, 2017, 124 ss.; nonché N. RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2018, 1814.

¹¹ Sul punto, v., tra gli altri, G. DE NOVA, *Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i punitive damages*, in *Jus civile*, 5, 2017, 391 (poi anche in ID., *Arbitrato, contratto, danno*, Torino, 2019, 259 s.), ove brillantemente si sostiene una nozione di ordine pubblico internazionale relativamente tradizionale, basata sia su principi costituzionali sia su taluni principi del diritto italiano reperibili al di fuori della Costituzione.

¹² Per riferimenti e approfondimenti, v. M. TESCARO, *The notion of international public order and the worthy of approval recent decisions of the United Sections of the Italian Court of Cassation*, in *Eurojus*, 4, 2020, 344 s.

¹³ Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Famiglia e diritto*, 7, 2019, 653 ss.

¹⁴ Per ulteriori riferimenti, v. M. TESCARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, cit., 37 ss.

¹⁵ In senso adesivo con specifico riguardo alla nozione di ordine pubblico internazionale prescelta dalle Sezioni Unite, v. A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2019, 746, secondo il quale tale nozione rimane innanzi tutto una categoria del diritto interno, che non può essere concepita prescindendo dal modo in cui la legge ordinaria ha declinato i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico.

¹⁶ La cui caratteristica essenziale è, secondo le Sezioni Unite, data dal fatto che una donna presta il proprio corpo (ed eventualmente gli ovuli necessari al concepimento) al fine di aiutare un'altra persona (o una coppia sterile) a realizzare il proprio desiderio di avere un figlio, assumendo l'obbligo di provvedere alla gestazione e al parto per conto della stessa, nonché impegnandosi a consegnarle il nascituro. Per un approfondimento sui vari tipi di maternità surrogata che possono darsi, cfr., di recente, C.G. JOSLIN, *(Not) Just Surrogacy*, in *California Law Review*, 109, 2, 2021, 401 ss.; I. RIVERA, *La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2020, 206 ss.

dalla legge italiana¹⁷, la quale pone al riguardo un divieto senz'altro di ordine pubblico¹⁸ trattandosi del necessario anello di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione, che segna il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autore-sponsabilità fondato sul consenso prestato a tale pratica e torna a operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica, senza che ciò comporti peraltro la cancellazione dell'interesse del minore¹⁹, per tutelare comunque il quale la precedente giurisprudenza, che le Sezioni Unite del 2019 dichiarano di condividere²⁰, aveva già ammesso il ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, co. 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983²¹.

¹⁷ Il reato, peraltro, nella sua attuale sia pure già ampia formulazione (v. infatti l'art. 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004, secondo cui «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro»), non pare idoneo a colpire i fatti commessi da cittadini italiani all'estero (per approfondimenti sul punto, si rinvia ad A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.*, in www.articolo29.it, 2018, 8), anche se è stato presentato un disegno di legge (n. 519 del 25 giugno 2018, XVIII legislatura, d'iniziativa del senatore Gasparri) diretto a estendere in tal senso la sanzione penale.

¹⁸ Una simile linea di pensiero era già emersa nella giurisprudenza di legittimità (v. Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corriere giuridico*, 4, 2015, 471 ss., con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*) e pure nella giurisprudenza costituzionale (v. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2018, I, 546 ss., con commento di A. GORGONI, *Art. 263 c.c.: tra verità e conservazione dello status filiationis*, 540 ss.; in argomento, v. anche M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri*, in *Famiglia e diritto*, 4, 2020, 331, il quale considera la sentenza da ultimo citata la più rilevante tra le recenti pronunce del giudice delle leggi in materia di filiazione).

¹⁹ In generale sulla nozione di *best interest of the child* e su alcuni suoi impieghi sono state sollevate severe critiche persuasivamente argomentate: v. soprattutto L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2016, 86 s.; F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2016, 1467. La prospettiva diretta a considerare in termini ampiamente positivi e a valorizzare sotto vari profili tale nozione è però sostenuta, tra gli altri, da V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2018, 405 ss.; P. STANZIONE, *La genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2019, 668 ss. V. altresì, da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, F. AZZARRI, *op. cit.*, 792 ss., al quale, «in linea di massima, [...] le critiche rivolte all'utilizzo che la giurisprudenza ha fatto del criterio dell'interesse del minore non appaiono condivisibili».

²⁰ Giudicandola compatibile con le convenzioni internazionali in materia e con la giurisprudenza già formatasi al riguardo. Cfr. specialmente Corte EDU, 26 giugno 2014, ric. 65192/11, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 12, 2014, I, 1122 ss., con commento di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata* (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico); Corte EDU, 24 gennaio 2017, Grande Camera, ric. 25358/12, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2017, I, 501 ss., con commento di L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, 495 ss. Successivamente, v. anche il primo *avis consultatif* della Corte EDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, ric. P16-2018-001, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2019, I, 764 ss., e i commenti al riguardo di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, 740 s., e di A.G. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, 757 ss. e specialmente 762 s., ai quali tale parere consultivo della Corte EDU sembra in linea di massima compatibile con la posizione delle Sezioni Unite del 2019. Occorre comunque sottolineare che simili pareri consultivi non sono vincolanti, nemmeno per gli Stati che – a differenza, per il momento, dell'Italia – hanno già ratificato il Protocollo n. 16 alla CEDU, anche se è facile prevederne una incidenza assai significativa e in numerosi Stati, come sottolineato da I. ANRÒ, il primo parere reso dalla corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del protocollo n. 16 alla CEDU: il

Ne deriva che la nozione di ordine pubblico internazionale adottata dalle Sezioni Unite già nel 2017 e poi confermata e approfondita nel 2019 è relativamente ampia, o complessa²², in quanto contiene una inequivocabile apertura – nella sentenza del 2019 decisiva per la soluzione della controversia, che con una nozione più ristretta di ordine pubblico internazionale sarebbe stata differente – alla considerazione anche di alcune norme di legge ordinaria²³: quelle attuative, sia pure discrezionalmente, cioè in modo non costituzionalmente vincolato, di principi costituzionali. La motivazione fondamentale addotta dalle Sezioni Unite per negare efficacia in Italia al provvedimento straniero è, infatti, la considerazione di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante²⁴ e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore²⁵ nell'ambito di un

nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata, in *SIDIBlog*, 6 maggio 2019. In generale sul nuovo Protocollo n. 16 alla CEDU, cfr. anche, tra i tanti, l'editoriale di N. POENATO, *O "Protocollo do Diálogo" entra em vigor*, in *Espaço Jurídico Journal of Law*, 2, 2018, 325 ss.; nonché A. HENKE, *La giurisdizione consultiva della Corte di Strasburgo nel nuovo Protocollo n. 16 alla CEDU*, in *Rivista di diritto processuale*, 4-5, 2018, 1244 ss.

²¹ Considerata utilizzabile all'unica condizione della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», da intendersi non come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo. In tal senso, v. già Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Famiglia e diritto*, 11, 2016, 1025 ss. In dottrina, cfr., tra gli altri, anche per ulteriori riferimenti, C. CAMPIGLIO, *La genitorialità nelle coppie same-sex: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2018, 930; E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2017, 873 ss.; ID., *L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito*, in *Famiglia e diritto*, 11, 2017, 1003 ss.; R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2017, 1006 ss.; nonché M. CINQUE, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2017, 1490 ss., la quale persuasivamente aveva sostenuto che rimanesse necessario un intervento del legislatore, perlomeno al fine di consolidare inequivocabilmente tale soluzione interpretativa, se non al fine di ammodernare più ampiamente la disciplina in esame. Da altra prospettiva, G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2, 2019, 341 ss., ha inoltre evidenziato l'opportunità di verificare sempre se lo strumento in discorso integri oppure non, in relazione a ciascun caso di specie, un «giusto rimedio» (con richiamo al pensiero di P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 1, 2011, 1 ss.). Sempre con riguardo all'art. 44, co. 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983 si è da ultimo parlato di «un provvidenziale deus ex machina» (E. DEL PRATO, *Status di figlio: autoresponsabilità e verità*, in *Rivista di diritto civile*, 4, 2020, 748; v. anche, nello stesso senso, M. RIZZUTI, *Adozione aperta e rapporti successori*, Napoli, 2021, 41) e di una «clausola di chiusura del sistema, ma non di carattere residuale, bensì volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa» (A. FINESI, *Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e best interests of the child*, in *Nuove leggi civili commentate*, 6, 2020, 1367).

²² MI. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Famiglia*, 3, 2019, 373.

²³ Che in dottrina era stata sostenuta assai persuasivamente da R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, 1008.

²⁴ Che secondo un convincente orientamento andrebbe di pari passo con quella del nato, il cui primo interesse dovrebbe essere considerato quello a non interrompere la relazione con la donna che lo ha portato in grembo per nove mesi: v. soprattutto MI. BIANCA, *op. cit.*, 380; nonché G. RECINTO, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2020, 693 s.

²⁵ Il contrasto tra dignità umana della gestante e interesse del minore affermato dalle Sezioni Unite è peraltro discutibile, come già segnalato nella nt. precedente.

bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione²⁶.

3. Cass. ord. n. 8325 del 2020

Nonostante la presenza di un orientamento fondato su due concordanti sentenze recenti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la giurisprudenza immediatamente successiva si è mostrata in significativa misura ancora altalenante. Se da un lato non sono mancate, infatti, pronunce che, sia pure affrontando problematiche parzialmente diverse, si sono poste su una linea di sostanziale continuità con il citato orientamento, o almeno con alcune idee alla base dello stesso²⁷, sono presto emersi anche tentativi di superarlo.

A quest'ultimo riguardo, va rammentata soprattutto²⁸ l'ordinanza interlocutoria²⁹ con la quale la prima Sezione della Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004 congiuntamente agli artt. 18 del d.p.r. n. 396 del 2000 e 64, co. 1, lett. g), della l. n. 218 del 1995, affermandone il contrasto con la Costituzione (artt. 2, 3, 30, 31, 117, co. 1), con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 8), con la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18) e con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24).

Secondo l'estesa (a parere di chi scrive, più di quanto si addirebbe a un simile provvedimento) ordinanza in discorso, che ha invocato insistentemente il primo parere consultivo della Corte EDU³⁰ al fine di criticare il diritto vivente italiano giudicandolo nettamente incompatibile con tale parere³¹, la Corte costituzionale avrebbe dovuto dichiarare illegittima la citata legislazione interna, proprio perché quest'ultima, interpretata conformemente alla sentenza delle Sezioni Unite del 2019, come ab-

²⁶ Per una posizione dottrinale critica verso Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., con specifico riguardo a quest'ultimo profilo, v., però, G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 337 ss., il quale ha lamentato «il mancato invito all'interprete di tenere conto delle peculiarità del "caso concreto"» e ha sostenuto che «il "bilanciamento" tra interessi e valori normativi non può non essere condotto nel momento applicativo anche dal giudice». Per una simile riflessione sul profilo in parola, v., tra gli altri, A. GORGONI, *Relazioni affettive e interesse del minore: il (discutibile) diniego delle Sezioni Unite della trascrivibilità dell'atto di nascita da maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2, 2020, 539 ss.

²⁷ Si rinvia a M. TESCARO, *The notion of international public order and the worthy of approval recent decisions of the United Sections of the Italian Court of Cassation*, cit., 349 s.

²⁸ Per riferimenti anche ad alcune pronunce di merito recenti a loro volta in (formale ossequio ma) sostanziale dissenso con la posizione delle Sezioni Unite, v. M.C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di Cassazione italiana e di altre corti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2, 2020, 306 s.

²⁹ Cass., ord. 29 aprile 2020, n. 8325, in *Corriere giuridico*, 7, 2020, 902 ss., con nota di U. SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*; in *Famiglia e diritto*, 7, 2020, 675 ss., con note di G. FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale*, e di G. RECINTO, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2020, I, 1116 ss., con commento di V. CALDERAI, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, 1109 ss.; e in *Famiglia*, 6, 2020, 767 ss., con nota di F. AZZARRI, *L'inviolabilità dello status e la filiazione dei nati all'estero da gestazione per altri*.

³⁰ V. *supra*, nt. 20.

³¹ V. però, persuasivamente in senso contrario, M.C. BARUFFI, *op. cit.*, 308 ss., ove anche ulteriori riferimenti.

biamo verificato impone di negare senz'altro, senza la possibilità di una valutazione differenziata caso per caso, l'efficacia in Italia a un provvedimento giudiziario straniero in forza del quale si tratterebbe di inserire nell'atto di stato civile di un minore procreato con gestazione per altri anche il genitore d'intenzione non biologico, ponendosi però un simile esito, secondo la prima Sezione della Corte di Cassazione, in palese contrasto con le varie previsioni di rango costituzionale summenzionate, appunto alla luce del primo parere consultivo della Corte EDU.

Per quanto l'ordinanza in esame possa essere letta anche come un tentativo di valorizzare il controllo accentrato di costituzionalità di competenza della Corte costituzionale e da questo particolare punto di vista essere senz'altro apprezzata³², rimane il fatto che essa intendesse nella sostanza superare nettamente (sia pure non autonomamente, bensì suscitando un intervento della Corte costituzionale³³) una posizione espressa neanche un anno prima dalle Sezioni Unite, risultando così, a parere di chi scrive, criticabile quantomeno dal diverso punto di vista del pieno e non solo formalistico rispetto della funzione nomofilattica della Suprema Corte e con essa della certezza del diritto.

In ogni caso, considerato anche il vivacissimo dibattito sviluppatosi in dottrina, significativa parte della quale si era collocata su posizioni simili a quella della prima Sezione della Corte di Cassazione³⁴, non era affatto agevole prevedere in quale modo la Corte costituzionale si sarebbe potuta pronunciare, per quanto un forse minoritario ma non trascurabile orientamento dottrinale, cui anche lo scrivente aveva aderito, continuasse a sostenere con fermezza la necessità che l'ammmodernamento della materia passasse attraverso l'intervento del legislatore, nell'esercizio della sua notevole sfera di discrezionalità non sostituibile dalla creatività giurisprudenziale³⁵.

³² Almeno dal particolare punto di vista del percorso attraverso il quale dovrebbe a rigore svolgersi il controllo di costituzionalità (ovverosia tramite intervento della Corte costituzionale e non autonomamente da parte della Corte di Cassazione), l'ordinanza è infatti apprezzata da F. FERRARI, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 192 s., nt. 138; ID., *La legge "presa sul serio". Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, 532 ss. Ha in termini più generali ragionato di una «ampia ed esauriente motivazione» della prima Sezione della Corte di Cassazione G. FERRANDO, *op. ult. cit.*, 685; su una simile linea di pensiero, v. anche F. AZZARRI, *op. cit.*, 787, il quale ha parlato di un «rinvio alla Consulta [...] opportuno e sostanzialmente condivisibile nelle motivazioni che lo sorreggono». Ma v. anche la diversa opinione di G. RECINTO, *op. cit.*, 692, il quale ha criticato Cass., ord. 29 aprile 2020, n. 8325, cit., ascrivendola al novero delle pronunce che, «attraverso il generico e costante riferimento all'«onnipresente» superiore interesse del minore, sovente finiscono per porsi, «nel guardare al diritto relazionale reciproco dei genitori e dei figli [...], soprattutto dal punto di vista dei genitori», o degli aspiranti genitori». Ha esternato perplessità sull'ordinanza in discorso anche V. CALDERAI, *op. cit.*, 1109, secondo la quale la prima Sezione si sarebbe dovuta rivolgere non alla Corte costituzionale ma semmai alle Sezioni Unite della stessa Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 374, 3° co., c.p.c. Ha preso in considerazione quest'ultima strada pure U. SALANITRO, *op. ult. cit.*, 911, ritenendo che non sia stata percorsa più che altro per evitare uno «strappo istituzionale, difficilmente ricucibile in una materia così sensibile».

³³ Peraltro sotto vari profili ponendosi «in discontinuità anche con la giurisprudenza della Corte costituzionale», come sottolineato da U. SALANITRO, *op. ult. cit.*, 910.

³⁴ Per un tentativo di sintetizzare i principali orientamenti, v. M. TESARO, *op. ult. cit.*, 352 s., cui adde, da ultimo, ANG. FEDERICO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giustizia civile*, 4, 2020, 648 ss. e specialmente 674 ss.

³⁵ Per interessanti riflessioni sul contenuto che avrebbe potuto assumere la decisione della Corte costituzionale, cfr. B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un*

4. Corte cost. n. 33 del 2021

La Corte costituzionale è quindi intervenuta³⁶, ponendosi sostanzialmente in linea con l'orientamento dottrinale da ultimo menzionato, soprattutto in quanto ha pronunciato una sentenza di inammissibilità e ha in tal modo opportunamente salvaguardato la discrezionalità del legislatore.

Il giudice delle leggi ha però anche, al tempo stesso, riconosciuto alla prima Sezione della Corte di Cassazione almeno alcune ragioni, nel momento in cui ha condiviso la prospettiva di un disallineamento del diritto vivente italiano, come risultante dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2019, rispetto a varie norme anche sovranazionali di rango costituzionale e soprattutto rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU, peraltro valorizzando nell'ambito della stessa non il primo parere consultivo emesso da tale Corte in quanto tale³⁷ ma alcune pronunce successive adottate in sede contenziosa che lo hanno richiamato facendone propri i contenuti³⁸.

eventuale giudizio costituzionale?, in *Osservatorio costituzionale*, 5, 2019, 197 ss., secondo cui, comunque, più opportuno sarebbe stato un immediato e organico intervento del legislatore che avesse offerto riferimenti certi e omogenei, i quali sono fondamentali in una materia così delicata come quella della maternità surrogata. Su una simile linea di pensiero, v. M. SESTA, *ibidem*; M.C. BARUFFI, *op. cit.*, 317 ss., la quale assai persuasivamente aveva da un lato auspicato un intervento del legislatore che riformasse l'adozione introducendo «fast-track procedures» e dall'altro ammonito circa il rischio che un approccio caso per caso portasse a intasare le aule dei tribunali con questioni così delicate, che come tali meriterebbero invece soluzioni uniformi preventivamente stabilite, non anarchia normativa e prassi differenziate; nonché M. TESCARO, *op. ult. cit.*, 353 s. Più in generale in argomento, v. anche le brillanti riflessioni di M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2013, 16 s., ove si chiarisce che l'art. 101, co. 1, Cost., prevedendo che «La giustizia è amministrata in nome del popolo» e non della nazione, vieta che le correnti profonde che l'interprete ritenga di percepire nella società prevalgano sulla volontà popolare espressa attraverso la legge.

³⁶ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *Pluris*.

³⁷ V. *supra*, nt. 20.

³⁸ V. a tale riguardo il par. 3.1 del considerato in diritto di Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.: «non v'è dubbio che il parere consultivo reso dalla Corte EDU su richiesta della Corte di cassazione francese non sia vincolante [...]. Cionondimeno, tale parere è confluito in pronunce successive, adottate in sede contenziosa dalla Corte EDU (sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia; decisione 19 novembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia)». V. inoltre il par. 5.6 del considerato in diritto della medesima sentenza: «la stessa Corte EDU ritiene comunque necessario che ciascun ordinamento garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il "genitore d'intenzione", al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati (Corte EDU, decisione 12 dicembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia, paragrafo 42; sentenza D. contro Francia, paragrafo 67); lasciando poi alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, tra i quali si annovera anche il ricorso all'adozione del minore. Rispetto, peraltro, a quest'ultima soluzione, la Corte EDU sottolinea come essa possa ritenersi sufficiente a garantire la tutela dei diritti dei minori nella misura in cui sia in grado di costituire un legame di vera e propria "filiazione" tra adottante e adottato (Corte EDU, sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia, paragrafo 66), e "a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della sua messa in opera, conformemente all'interesse superiore del bambino" (*ibidem*, paragrafo 51)». Come rileva persuasivamente F. FERRARI, *L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021*, cit., par. 3, la circostanza che la Corte EDU confermi in successive pronunce adottate in sede contenziosa quanto affermato in sede consultiva, peraltro, «sembra svelare qualche crepa nella concreta effettività della scelta di uno Stato di non ratificare il Protocollo» n. 16 alla CEDU, con la conseguenza che «sembra allora ancora più importante che la Convenzione funga da parametro interposto solo a seguito di un'interpretazione consolidata resa dalla Corte di Strasburgo nella sua attività

Inoltre, la Corte costituzionale si è persino spinta a lasciar intravedere, sia pure – a differenza di quanto aveva fatto in altre pronunce³⁹ – solo in un futuro non meglio precisato, la possibilità di un suo intervento correttivo della disciplina italiana dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, co. 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983⁴⁰, se il legislatore eviterà di migliorarla⁴¹, ciò che peraltro considera-

pienamente giurisdizionale, come richiesto a partire dalla sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale», profilo quest'ultimo del tutto assente in Cass., ord. 29 aprile 2020, n. 8325, cit. (su questi temi, v. anche *supra*, nt. 20).

³⁹ Ci si riferisce soprattutto (ma non solo) al c.d. *caso Cappato* ovvero sia a Corte cost., ord. 24 ottobre 2018, n. 207, in *Corriere giuridico*, 4, 2019, 457 ss., con nota di E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice delle leggi sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*, e in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2019, I, 549 ss., con commento di M. AZZALINI, *Il "caso Cappato" tra moniti al Legislatore, incostituzionalità "prospettate" ed esigenze di tutela della dignità della persona*, 540 ss.; nonché poi a Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, in *Corriere giuridico*, 2 e 4, 2020, 153 ss., con note di MI. BIANCA, *L'aiuto al suicidio è ancora reato. Riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto al suicidio medicalizzato*, 145 ss., e di E. BILOTTI, *La Corte costituzionale ripristina il confine dell'autodeterminazione terapeutica, ma... lascia solo ai medici il compito di presidiarlo*, 485 ss., e in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2020, I, 368 ss., con commento di M. AZZALINI, *Prigionieri del noto? La Consulta chiude il caso Cappato ma rischia di perdersi nel "labirinto" del fine vita*, 357 ss. In dottrina, v. altresì, tra i tanti, MI. BIANCA, G. FERRANDO, T. PASQUINO, S. TROIANO, *Il fine vita e il legislatore pensante*, 4, *Il punto di vista dei civilisti*, in www.giustiziainsieme.it, 26 marzo 2021.

⁴⁰ V. al riguardo il par. 5.8 del considerato in diritto di Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.: «come correttamente sottolinea l'ordinanza di rimessione, il possibile ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 [...] costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati. L'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante. Inoltre, [...] è ancora controverso – stante il perdurante richiamo operato dall'art. 55 della legge n. 184 del 1983 all'art. 330 cod. civ. – se anche l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore "biologico" (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita. Al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali poc'anzi ricapitolati attraverso l'adozione, essa dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983». Sulle criticità che l'adozione in casi particolari presenta nella materia in esame, v. altresì, nella dottrina più recente, anche per ulteriori riferimenti, A. GORGONI, *Vita familiare e conservazione dello stato di figlio: a proposito delle Sezioni unite sulla (non) trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga di maternità all'estero*, in *Persona e Mercato*, 4, 2019, 158 ss.; G. FERRANDO, *Di chi è figlio un bambino con due mamme?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2021, II, 417 s.; S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, Milano, 2021, 223 ss.; EAD., *Il rapporto tra nato in Italia da p.m.a. e madre intenzionale resta confinato all'adozione genitoriale*, in *Foro italiano*, 1, 2021, I, 44 ss.; M. RIZZUTI, *op. cit.*, 32 ss.; L. TULLIO, *Nascere da madre surrogata e vivere inseguendo un legame. Il lungo cammino delle gemelle Mennesson*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 3, 2020, 1053 s; ma v. anche, in termini meno critici verso tale istituto, U. SALANITRO, *op. ult. cit.*, 916; nonché V. CALDERAI, *op. cit.*, 1115 s.

⁴¹ V. sempre Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., la quale – par. 5.9 del considerato in diritto – conclude che: «il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa

to quanto accaduto in passato in altre ben note vicende rischia di essere probabile⁴². Una simile presa di posizione, da un lato, è comprensibile alla luce dell'inerzia (non di rado seguita, in caso di successiva attività, da sciatteria⁴³) che ha negli ultimi anni sovente caratterizzato il nostro legislatore, ma può dall'altro suscitare qualche fondata perplessità dal punto di vista del tradizionale modo di intervenire della Corte costituzionale nella logica delle «rime obbligate»⁴⁴.

Sotto questo profilo, emerge la natura almeno in parte di compromesso anche⁴⁵ della sentenza in esame, così che non può escludersi che alcuni giudici di merito d'avanguardia, facendo leva sulle sole parti della stessa che evidenziano la necessità di miglioramenti del diritto attualmente vigente, si sentano legittimati a introdurli per via puramente pretoria, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata⁴⁶ che anche parte della dottrina continua del resto a sostenere⁴⁷. Si trattereb-

pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»

⁴² Da questo particolare punto di vista può comprendersi (ma non necessariamente condividersi) l'opinione di quanti avrebbero preferito una pronuncia di incostituzionalità quantomeno della disciplina dell'adozione in casi particolari (pronuncia che la Corte costituzionale avrebbe potuto emettere dopo aver sollevato dinanzi a sé una questione di legittimità costituzionale di tale disciplina: v. sul punto V. CALDERAI, *op. cit.*, 1112) o in alternativa l'indicazione, proprio come già avvenuto nel c.d. *caso Cappato* (v. supra, nt. 39), di un termine di circa un anno decorso il quale la Corte costituzionale avrebbe emesso una pronuncia di tal fatta (simili considerazioni sono state espresse da R. BIN, *Conclusioni, Webinar Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Lo stato dell'arte*, Università di Verona, 20 maggio 2021).

⁴³ V., per esempio, con specifico riguardo alla l. 20 maggio 2016, n. 76, G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente", e del convivente di fatto*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2016, 980: «volendo individuare, con una sola parola, il segno, sotto il quale la nuova normativa può dirsi nata, a me pare che essa sia la seguente: sciatteria».

⁴⁴ Per approfondimenti e ulteriori riferimenti su tale tema, cfr., di recente, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, 86 ss.; 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 *Rivista AIC*, 2, 2019, 644 ss.

⁴⁵ Di compromesso può definirsi anche la sentenza che ha aperto questo nuovo ciclo sull'ordine pubblico internazionale, ovvero Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.: v., a tale riguardo, M. TESCARO, *Le variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile*, cit., 534. In termini analoghi sul punto, v. anche A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2019, 225 e 237. Tra i tanti, v. pure R. CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, in *Contratto e impresa*, 1, 2018, 260, ove si ragiona di una «innovazione» però «ben ponderata e prudente».

⁴⁶ Qualcosa del genere è già accaduto con riguardo a Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, in *Pluris*, sentenza per così dire gemella rispetto a quella in discorso (in quanto pubblicata nello stesso giorno, avente per oggetto una questione diversa ma collegata – quella della legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della l. 19 febbraio 2004, n. 40 e 250 c.c., che sistematicamente interpretati non consentono al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche della madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non sussistano i presupposti per procedere all'adozione in casi particolari – e integrante a sua

be, però, di una posizione in netto contrasto con la sentenza della Corte costituzionale in discorso⁴⁸, che rimane una pronuncia di inammissibilità diretta a negare anche solo la possibilità di una rimedi-

volta una pronuncia di inammissibilità con contestuale monito al legislatore, che in questo caso sembra peraltro più accalorato, affermandosi al par. 2.4.1.4 del considerato in diritto della sentenza che «il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incompressibili diritti dei minori», e altresì in conclusione che «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia ». V. infatti, per esempio, App. Cagliari, decr. 29 aprile 2021, che menziona e riporta integralmente M. GATTUSO, *Cagliari e Roma: le prime due decisioni dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in www.articolo29.it, Opinione del 5 maggio 2021, ove anche ulteriori riferimenti. Posizioni del genere erano emerse anche in precedenza in parte della giurisprudenza di merito (v., per esempio, Trib. Cagliari, decr. 28 aprile 2020, cit. [supra, nt. 4], ove si era concluso che «la l. n. 40 del 2004, come interpretata dal diritto vivente, consente di individuare anche [...] quale genitore intenzionale del minore, in ragione del consenso dalla medesima prestata al progetto di genitorialità condiviso, alla consapevole assunzione della responsabilità procreativa e alla applicabilità del complesso di norme che la stessa legge pone a tutela del nato anche nell'ipotesi, come quella in esame, di violazione dei requisiti di accesso alla PMA»), peraltro disattesa ripetutamente pure dalla giurisprudenza di legittimità (v. Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, in *Famiglia e diritto*, 6, 2020, 537 ss., con nota di A. SCALERA, *Doppia maternità nell'atto di nascita: la Cassazione fa un passo indietro*; nonché Cass., 22 aprile 2020, n. 8029, in *Pluris*).

Non consta invece che vi siano state anche dopo Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit. pronunce di merito che abbiano sostenuto che pure la questione oggetto di quest'ultima sentenza possa risolversi senza alcun intervento del legislatore, per mezzo di una interpretazione costituzionalmente orientata (che comporterebbe in questo caso la trascrizione automatica nei registi dello stato civile italiani di provvedimenti stranieri affermantili lo status genitoriale in favore di padri o madri puramente intenzionali parti di accordi di maternità surrogata stipulati all'estero), ma – anche alla luce degli sviluppi giurisprudenziali poco sopra segnalati in merito alla sentenza gemella – non può escludersi che ve ne saranno nel prossimo futuro.

⁴⁷ V., da ultimo, G. FERRANDO, *op. ult. cit.*, 421, ove appunto si ragiona della «tutela del nato che ha diritto ad uno stato certo nei confronti dei genitori che ne hanno voluto la nascita, anche in violazione dei divieti previsti dalla legge», come di «principi che, opportunamente sviluppati nel solco di una interpretazione costituzionalmente orientata delle regole sulla costituzione dello stato di figlio consentono di dare al figlio, fin dalla nascita, due genitori, non uno soltanto»; nonché, in precedenza, tra gli altri, M.C. VENUTI, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2020, II, 674 s.; ma v. anche i rilievi critici di F. FERRARI, *op. ult. cit.*, par. 4, il quale, con particolare riguardo alla maternità surrogata, sottolinea «come tale opzione vanifichi, di fatto, qualunque efficacia realmente dissuasiva del precetto penale (almeno per le coppie dotate della disponibilità economica necessaria ad accedere, all'estero, a questo genere di tecniche procreative)», e come essa ponga al centro della valutazione l'ufficiale dello stato civile, che in linea di principio dovrebbe trascrivere de plano il provvedimento straniero, salvo un successivo intervento del giudice in via del tutto eventuale. V. anche, più in generale, M. LUCIANI, *voce Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, 2016, 473, il quale avverte che «il canone dell'interpretazione conforme, concepito per generare armonia tra ordinamenti diversi o tra diverse sfere di legalità e per consentire una proficua cooperazione tra distinte istanze giurisdizionali, può mancare il bersaglio e diventare un elemento di turbamento e distorsione degli equilibri».

⁴⁸ Ove – par. 5.1 del considerato in diritto di Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit. – si sottolinea tra l'altro che «gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita». A questo proposito, la Corte (per quanto a seguire richiami anche la «condanna di "qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali" espressa dal Parlamento europeo nella propria Risoluzione del 13 dicembre 2016») non sembra fare senz'altro propria la distinzione – notevolmente valorizzata da parte della dottrina, secondo cui solo la seconda dovrebbe essere vietata: v., tra gli altri, già de iure condito, U. SALANITRO, *op. ult. cit.*, 911 s. e 915 s.; F. AZZARRI, *op. cit.*, 802 ss.;

tazione alla luce della Costituzione dell'interpretazione ormai affermatasi, fintantoché non sopravvenga un intervento del legislatore, sia pure caldamente sollecitato dal giudice delle leggi.

5. Cass., Sez. Un., n. 9006 del 2021

Da ultimo, si sono nuovamente pronunciate pure le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁴⁹, negando che contrasti con il nostro ordine pubblico internazionale l'efficacia in Italia di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione piena o legittimante di un minore da parte di una coppia omosessuale maschile, qualora sia esclusa la presenza di un accordo di surrogazione di maternità alla base della filiazione.

In Italia, un simile provvedimento giurisdizionale non potrebbe essere adottato, attesa la presenza dell'art. 6 della l. n. 184 del 1983, ove l'adozione legittimante è riservata alle sole coppie coniugate, e del co. 20 dell'art. 1 della l. n. 76 del 2016, ove si esclude l'applicazione all'unione civile della medesima disciplina in materia di adozione legittimante concernente il matrimonio. Ma queste norme imperative della legge ordinaria italiana, differenziando in tal modo il trattamento delle coppie omosessuali rispetto a quello delle coppie eterosessuali, non possono ritenersi applicative, neppure in modo discrezionale, di principi costituzionali⁵⁰. Tali norme nemmeno si pongono, d'altro canto, in contrasto

A.G. GRASSO, *A Critical View on the Italian Ban of Surrogacy: Constitutional Limits and Altruistic Values*, in *The Italian Law Journal*, 2, 2020, 401 ss.; nonché, de iure condendo, S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, 348 – tra maternità surrogata c.d. altruistica o solidale (in relazione alla quale, nei Paesi stranieri che la disciplinano, solitamente sono previsti o non sono esclusi rimborsi spese e/o eque indennità: per dettagliati riferimenti al riguardo, v., da ultimo, C.G. JOSLIN, *op. cit.*, 452 ss.; nonché M. WELLENHOFER, *op. cit.*, Rn. 35) e maternità surrogata c.d. commerciale. In effetti, pare a chi scrive che la lesione della dignità umana della donna (oltre che di quella del nato: v. *supra*, nt. 24) si atteggi in modo assai simile in entrambe le ipotesi (su una linea di pensiero di questo tipo, v. A.M. GAMBINO, T. PASQUINO, *Gestazione surrogata: altruismo o costrizione? Profili giuridici*, in *L'Arco di Giano*, 88, 2016, 92; M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, *cit.*, 375 s.; G. RECINTO, *op. cit.*, 693 s.). Esperienze straniere che si sono già da vari anni orientate nel senso della regolazione della maternità surrogata c.d. altruistica o solidale tenendo però fermo il divieto di quella c.d. commerciale, del resto, testimoniano come in presenza di un approccio del genere il divieto in parola rischi seriamente di divenire vuoto (v., con specifico riguardo al diritto australiano, S. PAGE, *The Australian surrogacy landscape – what have the last 10 years taught us?*, in *International Family Law Journal*, 1, 2021, 48 s., il quale documenta che «in the last 10 years there have been no prosecutions for surrogacy offences»; nonché, con prospettiva più generale, C.G. JOSLIN, *op. cit.*, 455, ove si riferisce che «the available evidence suggests that banning compensation does not avoid the exchange of money»), senza contare che la prassi di altri istituti anche italiani ha dimostrato come in tema di tutela della persona possa risultare assai difficile distinguere rimborsi e indennità da veri e propri corrispettivi (con particolare riguardo all'amministrazione di sostegno, v., anche per ulteriori riferimenti: R. GIGANTESCO, *Equa indennità: natura retributiva o compensativa?*, in A. RIZZO, M. TESCARO, S. TROIANO [a cura di], *L'amministrazione di sostegno: il modello vicentino*, Napoli, 2018, 29 ss.; M. TESCARO, *sub art. 408 c.c.*, in A. ZACCARIA [a cura di], *Commentario breve al diritto della famiglia*, 4ª ed., Milano, 2020, 1025; nonché da ultimo, in giurisprudenza, Cass., 13 luglio 2020, n. 14846, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2021, 168, con nota sempre di R. GIGANTESCO, *La natura dell'equa indennità nell'amministrazione di sostegno*; e, in senso parzialmente diverso rispetto alla Corte di Cassazione appena citata, Corte giust. UE, 15 aprile 2021, C-846/19, in www.curia.eu).

⁴⁹ Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Pluris*.

⁵⁰ Un ragionamento diverso potrebbe essere tentato facendo leva sulla formulazione letterale dell'art. 29, 1° co., Cost. (sebbene esso sia definito da M. SESTA, *Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi*, in *Famiglia e diritto*, 11, 2019, 1050, «metaforicamente un fossile, cioè il resto pietrificato di un organismo un tempo

con la Costituzione, finendo pertanto per collocarsi in un'area che potremmo definire di (relativa) indifferenza costituzionale⁵¹, nel senso che la Costituzione non esprime principi che le riguardino direttamente⁵².

vivente»), che sembrerebbe indicare quella matrimoniale, per la quale il paradigma eterosessuale era nel 1948 talmente scontato da non necessitare nemmeno di essere esplicitato, come unica forma di famiglia compatibile con la Costituzione (cfr. G. BONILINI, *ibidem*: «strada maestra, invero, non avrebbe che potuto essere quella della revisione costituzionale [...]. Critica, questa, che non viene punto mitigata dalla enfaticata scelta di considerare l'unione civile [...] quale formazione sociale [...] ex art. 2 Cost., giacché essa è, o mira a essere, una compagine familiare. Di qui, l'esigenza di reputarla eguale alla famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.), che, come persiste a enunciare l'art. 30, comma 3, Cost., è la "famiglia legittima". Di qui, l'ovvio rilievo che la strada corretta sarebbe stata quella della modifica degli artt. 29 e 30 Cost., non percorsa a cagione di note, prosaiche, ragioni parlamentari»). A un simile ragionamento è stata però contrapposta un'interpretazione ampia dell'art. 2 Cost., considerato senz'altro idoneo a giustificare ulteriori «formazioni sociali» di tipo – se non formalmente, almeno – sostanzialmente familiare, interpretazione, questa, che si è da tempo consolidata, essendosi a essa ripetutamente allineata pure la legislazione ordinaria, anche con la riforma della filiazione di cui alla l. 10 dicembre 2012, n. 219 e al d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. In tal modo sembra peraltro essersi realizzata una – quantomeno dal punto di vista della tradizionale gerarchia delle fonti del diritto interno – paradossale reinterpretazione della Costituzione conformemente alla legge ordinaria: v. M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2014, 2, secondo cui appunto «l'enunciazione che tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico suona alla stregua di un vero e proprio principio – così, del resto, lo definisce l'art. 2 della stessa l. n. 219/2012 – e sembra ambire ad integrarsi col testo degli artt. 29 e 30 Cost., dei quali, invero, modifica gli equilibri sin qui in essere fra le loro variegate e articolate proposizioni: quasi come se il legislatore ordinario si sia cimentato in una sorta di "rilettura" del testo costituzionale, capovolgendo quel procedimento che un illustre Maestro, quasi cinquant'anni or sono, aveva indicato agli interpreti al fine di armonizzare il testo del codice civile ai principi della Costituzione». Su questi temi, cfr. altresì, da ultimo, B. AGOSTINELLI, V. CUFFARO, *Introduzione*, in B. AGOSTINELLI, V. CUFFARO (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*, Torino, 2020, IX, ove si ritiene ormai inevitabile parlare di «famiglia [...] in senso lato», nonché L. ROSSI CARLEO, *Una riflessione introduttiva*, *ivi*, 4, secondo la quale, peraltro, «il pluralismo che connota l'arcipelago familiare non può [...] costituire la illusione di governare una società complessa senza ricorrere alla veste "giuridica" e, quindi, senza dover fare scelte sistematiche».

⁵¹ Questo è, ad avviso dello scrivente, il senso più profondo di quanto è assai più diffusamente (e forse meno inequivocabilmente di quanto si sarebbe potuto) affermato al par. 17.3 di Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit., che è opportuno riportare per esteso a seguire: «in conclusione, nel contesto normativo e giurisprudenziale nel quale è maturata la sentenza delle S.U. n. 12193 del 2019 il limite, dovuto alla contrarietà ai principi di ordine pubblico internazionale, al riconoscimento di status genitoriali contenuti in provvedimenti esteri, richiesti da componenti di coppie omoaffettive, è stato individuato esclusivamente nel ricorso alla gestazione per altri, limite peraltro comune anche alle coppie eterosessuali. In particolare, non sono stati ritenuti incidenti sulla valutazione di compatibilità della omogenitorialità con i nostri principi di ordine pubblico internazionale i limiti derivanti dalla legislazione interna in tema di accesso all'adozione legittimante (l. n. 184 del 1983, art. 6) previsto soltanto per le coppie eterosessuali coniugate e dalla legge sulle unioni civili che non ha espressamente esteso alle coppie omoaffettive l'accesso all'adozione legittimante, lasciando tuttavia aperta la strada all'adozione in casi particolari, in quanto già riconosciuta dalla giurisprudenza sulla base delle norme vigenti (l. n. 76 del 2016, art. 1, comma 20). Non è stato ritenuto riconducibile ai principi di ordine pubblico internazionale il regime codicistico della prova della filiazione in relazione al riconoscimento di provvedimento estero costitutivo di status genitoriale in coppia omogenitoriale femminile (Cass. 19599 del 2016). La valutazione di compatibilità, anche in coerenza con le considerazioni svolte nella sentenza della Corte Cost. n. 272 del 2017, è stata, fino ad oggi, compiuta assumendo come principi cardine il diritto del minore alla conservazione dell'identità e della stabilità familiare (Cass. 14007 del 2017) ed il favor verso la continuità degli status filiali da bilanciare, tuttavia, con il limite incompressibile della dignità dei soggetti coinvolti (S.U. 12193 del 2019), senza includere, però, nel perimetro dei principi di ordine pubblico internazionale né le norme

Ne deriva che le norme imperative interne summenzionate non fanno parte della nozione di ordine pubblico internazionale consolidatasi nella precedente giurisprudenza delle Sezioni Unite, cui pure questa ultima pronuncia dichiara di aderire⁵³, nozione che come sappiamo è aperta anche alla legge ordinaria italiana ma solo quando essa possa considerarsi attuativa, sia pure discrezionalmente, di principi costituzionali, come è evidente che sia con riferimento al divieto penalmente sanzionato di maternità surrogata.

La sentenza n. 9006 del 2021 delle Sezioni Unite è dunque, a parere di chi scrive, senz'altro condivisibile, soprattutto in quanto riafferma la nozione di ordine pubblico internazionale in discorso e anche

interne che escludono l'accesso alle p.m.a. alle coppie omoaffettive né quelli che introducono il medesimo limite all'adozione legittimante, attualmente consentita soltanto a coppie unite in matrimonio. La condizione soggettiva costituita dall'eterosessualità della coppia che resiste all'interno del nostro ordinamento anche in relazione all'accesso all'unione matrimoniale, introduce un limite che definisce, allo stato attuale, la disciplina normativa applicabile ad alcuni istituti. Fino ad ora, tale limite non è stato elevato al rango di principio di ordine pubblico internazionale, alla luce della continua e crescente attenzione ad una prospettiva maggiormente inclusiva dei modelli relazionali e familiari che richiedono riconoscimento e tutela, realizzata mediante un'interpretazione aperta dell'art. 2 Cost. (Corte Cost. n. 138 del 2010 e 170 del 2014) e dell'art. 8 Cedu (Caso *X ed altri contro Austria* sentenza del 19/2/2013, *Labassee contro Francia* e *Menesson contro Francia* sentenze del 26 giugno 2014; *Avis consultatif* del 9 aprile 2019, richiesto dalla Corte di Cassazione francese in applicazione del Protocollo 16 in vigore dal 1 agosto 2018, cui l'Italia non ha ancora aderito). In particolare, per le coppie omoaffettive la condivisione della necessità di un riconoscimento giuridico e di una tendenziale equiparazione al sistema di tutela proprio dell'unione matrimoniale è stata ampiamente realizzata con la l. n. 76 del 2016 dopo il forte monito della CEDU (sentenza del 21 luglio 2015, caso *Oliari più altri contro Italia*). Il margine di apprezzamento degli Stati e la conseguente discrezionalità legislativa interna nell'introdurre alcune condizioni a tale equiparazione oltre a non poter oltrepassare il limite della proporzionalità tra il sacrificio del diritto fondamentale in gioco e l'interesse di rilievo pubblicistico che sottende la limitazione, non modifica il riconoscimento, costituzionale e convenzionale, delle unioni omoaffettive come luoghi in cui si sviluppa la personalità dei soggetti coinvolti (art. 2 Cost.) anche in ordine all'aspirazione alla genitorialità, quando si formi in un contesto relazionale caratterizzato da stabilità giuridica ed effettiva (art. 8 Cedu) e, soprattutto non può incidere sulla centralità del preminente interesse del minore nelle decisioni che riguardano il suo diritto all'identità ed ad uno sviluppo individuale e relazionale equilibrato e senza strappi».

⁵² Ciò non toglie, peraltro, che vi siano comunque principi costituzionali di più ampia portata da tenere in considerazione. V. al riguardo il par. 16.1 di Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit., ove sono rammentati «i limiti non oltrepassabili, costituiti dai principi fondanti l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori (art. 2 Cost.; art. 8 Cedu); dal principio del preminente interesse del minore di origine convenzionale ma ampiamente attuato in numerose leggi interne ed in particolare nella recente riforma della filiazione [...]; dal principio di non discriminazione, rivolto sia a non determinare ingiustificate disparità di trattamento nello status filiale dei minori con riferimento in particolare al diritto all'identità ed al diritto di crescere nel nucleo familiare che meglio garantisca un equilibrato sviluppo psico-fisico nonché relazionale sia a non limitare la genitorialità esclusivamente sulla base dell'orientamento sessuale della coppia richiedente; dal principio solidaristico che è alla base della genitorialità sociale sulla base del quale la legge interna (l. n. 184 del 1983 così come modificata dalla l. n. 149 del 2001 e dalla recente legge sulla continuità affettiva n. 173 del 2015) ed il diritto vivente (CEDU caso *Zhou contro Italia* sentenza 21/4/2014 e *S.H. contro Italia* sentenza 13/10/2015; Cass. 3643 del 2020 e 1476 del 2021) hanno concorso a creare una pluralità di modelli di genitorialità adottiva, unificati dall'obiettivo di conservare la continuità affettiva e relazionale ove già stabilizzatasi nella relazione familiare».

⁵³ V. ancora il par. 16.1 di Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit.: «il Collegio presta convinta adesione alla nozione di ordine pubblico internazionale elaborata nella pronuncia delle S.U. n. 16601 del 2017 e ribadita nella più recente n. 12193 del 2019».

in quanto fornisce un nuovo, interessante esempio di sua concreta applicazione, che contribuisce a chiarirne persuasivamente il significato.

La circostanza che la sentenza n. 12193 del 2019 integri, rispetto al provvedimento straniero gli effetti del quale si trattava di riconoscere oppure non in Italia, una pronuncia per così dire di chiusura, mentre quella del 2021 integra una pronuncia per così dire di apertura, non deve trarre in inganno: la nozione di ordine pubblico internazionale adottata è sempre la medesima, cambiando però le norme imperative italiane che vengono in rilievo, solo nel primo caso attuative sia pure in modo discrezionale di principi costituzionali.

Sarebbe pertanto errata la posizione di chi vedesse nell'ultima pronuncia il ritorno a una diversa e più ristretta nozione di ordine pubblico internazionale, del tipo di quella, incentrata solo su principi italiani, europei e internazionali di rango costituzionale, fatta propria con particolare evidenza da Cass. n. 19599 del 2016⁵⁴, per quanto non manchi nella sentenza n. 9006 del 2021 una enfasi che in alcuni passaggi potrebbe apparire eccessiva sui principi sovranazionali, dei quali andrebbe sempre rammentato il preciso ambito di applicazione⁵⁵ (e tra i quali rientra anche quello solidaristico⁵⁶, che parte della dottrina persuasivamente invita a utilizzare con particolare attenzione⁵⁷), e sulla loro pretesa totale armonia con i principi italiani⁵⁸, talvolta invece discutibile⁵⁹ e comunque non sempre necessaria considerati gli inevitabili margini di discrezionalità di cui godono i legislatori nazionali⁶⁰.

⁵⁴ V. *supra* nt. 7.

⁵⁵ Con particolare riguardo al diritto dell'Unione europea, è nota la scarsa presenza in tale ambito di discipline dotate di una sistematicità paragonabile a quella delle leggi nazionali, essendo normalmente gli atti normativi dell'Unione europea riferiti a speciali materie differenti l'una dall'altra, tanto più che occorre rispettare il fondamentale «principio di attribuzione» di cui al par. 2 dell'art. 5 del Trattato sull'Unione europea. Per interessanti approfondimenti al riguardo, cfr., tra i tanti, C. BALDUS, T. RAFF, *Richterliche Interpretation des Gemeinschaftsrechts*, in M. GEBAUER, C. TEICHMANN (a cura di), *Europäisches Privat- und Unternehmensrecht*, Baden-Baden, 2016 (su cui v. anche la recensione dello scrivente in *Contratto e impresa/Europa*, 1, 2016, 851 ss.), 203.

⁵⁶ V. *supra*, nt. 52, cui adde, nella dottrina più recente, S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, 352, secondo cui «it is certainly desirable to endow the spirit of human solidarity with a range of possible solutions».

⁵⁷ V., da ultimo, A. ZACCARIA, *Verdammte Zeiten (tempi maledetti)*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2020, II, 1156: «la certezza del diritto [...] per potersi considerare integrata abbisogna di sentenze che possano essere definite come corrette non in rapporto a un complesso valoriale definito dalla sensibilità soggettiva di un giudice, bensì in rapporto a un sistema normativo di riferimento che ne consenta un controllo razionale. Non possiamo pretendere che una sentenza “esatta” sia per forza di cose sempre e comunque una sentenza “giusta”, se non al prezzo di rinunciare a una ragionevole prevedibilità del risultato, e, di pari passo, all'autorevolezza degli esiti. L'ideale di giustizia, che poi si traduce nella corrispondenza del giudicato ai valori generalmente condivisi nella società di riferimento, può essere certamente perseguito, e deve essere perseguito. E per perseguire questo ideale si può altrettanto certamente fare ricorso a principi come quello di solidarietà. Ma questo ricorso deve essere contenuto entro i confini di un sistema normativo certo, e non arbitrariamente funzionalizzato ad esprimere estemporanee regole del fatto a quel sistema ignote».

⁵⁸ Di cui Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit., sembra fermamente convinta quando – par. 16.3 – ragiona di «principi [...] strettamente interconnessi essendo l'uno funzionale all'inveramento dell'altro» riscontrando un «quadro unificante di principi di ordine pubblico internazionale».

⁵⁹ Cfr., tra gli altri, J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2002, 530 s., ove si sottolinea che «la specifica definizione dei diritti umani spesso differisce da comunità politica a comunità politica. Anche in zone relativamente omogenee dal punto di vista culturale come l'Europa occidentale, queste differenze possono riflettere fondamentali scelte sociali e formano una parte importante nelle differenti identità delle comunità politiche e delle società. [...] Dato che i diritti sono

6. Conclusioni

Tutto ciò considerato, la nozione italiana di ordine pubblico internazionale, derivando da ben tre sentenze recenti e conformi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, può dirsi senz'altro consolidata, anche se ciò non toglie che potranno esservi dubbi e diversi punti di vista in relazione alla sua applicazione alle varie fattispecie concrete rilevanti⁶¹.

Può inoltre riscontrarsi con soddisfazione, almeno dal punto di vista della certezza del diritto, con riguardo alla questione qui esaminata, una sostanziale perfetta sintonia tra i giudici italiani di livello più elevato, ovvero sia le Sezioni Unite della Corte di Cassazione da un lato e la Corte costituzionale dall'altro, per quanto non manchino nelle pronunce di tali giudici alcuni spunti che potrebbero essere invocati dai fautori di posizioni diverse da quelle che si sono fundamentalmente affermate per tentare di mettere nuovamente in discussione l'assetto così faticosamente raggiunto.

Posizioni di tal fatta è probabile che si manifesteranno nella giurisprudenza di merito, o forse anche in una sezione semplice della Corte di Cassazione, ma risulteranno criticabili non solo perché quegli spunti sono stati verosimilmente inseriti con il semplice obiettivo di accontentare almeno in qualche misura anche i fautori di opinioni essenzialmente disattese, cercando di superare i contrasti interpretativi attenuandoli piuttosto che radicalizzandoli, ma anche perché sarebbe opportuno che l'arte della costanza, che i nostri giudici di livello di più elevato hanno dimostrato di saper padroneggiare persino meglio dei loro colleghi di altri Paesi dell'Europa continentale⁶², si diffondesse sempre più pure nei livelli giurisdizionali inferiori, nei quali non mancano ampi margini di miglioramento da questo punto di vista⁶³. A tal fine, occorrerebbe però che anche il legislatore tornasse a svolgere fino in fon-

considerati fondamentali, così dovrebbero anche essere considerate le differenze tra di essi»; nonché T. PASQUINO, *L'incidenza della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti europee sul diritto privato*, in T. PASQUINO (a cura di), *Antologia di casi giurisprudenziali*, 3^a ed., Torino, 2019, XXV, ove si evidenzia il sempre più complesso ruolo dell'interprete, considerato tra l'altro il rischio che della medesima norma siano date diverse interpretazioni da parte della Corte costituzionale e di altre Corti europee.

⁶⁰ Con specifico riferimento alla maternità surrogata, cfr., da ultimo, S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, 328: «both the Strasbourg and the Luxembourg courts recognise the existence of an unavoidable margin of discretion to the Member States, given that [...] the protection of the right to peaceful family life and promotion of the best interest of the child has never been semantically elevated to the extent of saying that they should always prevail».

⁶¹ Almeno in parte in quest'ottica possono spiegarsi le oscillazioni che continuano a manifestarsi, anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, per esempio in tema di efficacia in Italia di provvedimenti stranieri di ripudio. Per approfondimenti al riguardo, v., di recente, A. BELLELLI, *La irriconoscibilità nell'ordinamento italiano del provvedimento straniero di scioglimento del matrimonio fondato sul ripudio*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2021, II, 422 ss.; O. VANIN, *Divorzio iraniano e controllo "in concreto" di compatibilità con l'ordine pubblico del provvedimento straniero*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2021, 509 ss.; nonché P. VIRGADAMO, *Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2017, 353 ss.

⁶² V. *supra*, nt. 2.

⁶³ V. M. PARADISO, *Au bon marché des droits. Tra globalizzazione dei diritti e delocalizzazione della procreazione*, in *Rivista di diritto civile*, 4, 2018, 995, ove da un lato si lamenta che «la flessibilità, il cambiamento, il rifiuto di mantenersi fermi o coerenti con le proprie scelte – che certo ha caratterizzato anche le epoche passate, ma veniva visto come elemento di debolezza – diviene oggi la regola e viene anzi rivendicata come espressione di spontaneità umana e perciò di autenticità», ma dall'altro si intravedono «molti segni di speranza» in senso opposto.

do il proprio ruolo, togliendo così ogni alibi a quanti considerano inevitabile una funzione ampiamente creativa del giudice, il quale secondo costoro potrebbe e dovrebbe essere il principale interprete della mutevole coscienza sociale e conseguentemente anche il traduttore delle correnti profonde che la attraverserebbero in sempre nuovi rimedi giuridici⁶⁴.

⁶⁴ Per raffinate critiche dal punto di vista costituzionalistico verso quest'ultima prospettiva, v., per esempio, M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2006, 1643 ss.; R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4, 2018, 637, ove si sottolinea come la legislazione rimanga «la via maestra per la rivendicazione dei diritti», pur riconoscendosi che tale via «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»; 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, 15 s., secondo il quale occorre «una teoria della giustizia costituzionale che sappia tenere in equilibrio le ragioni, da un lato, della superiore razionalità della *ius-dictio* delle Corti supreme o costituzionali, e, dall'altro, le permanenti, fortissime ragioni democratiche della *legis-latio*»; ID., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 86, ove si afferma che «la Corte non può funzionare da “barometro” dell'evoluzione della coscienza sociale in una società matura, poiché questo è compito della rappresentanza politica», e 97 s., ove si conclude che «la Costituzione dice quel che c'è scritto, non già quel che oggi ci piacerebbe che essa dicesse, sulla base di improbabili letture “dinamiche”. Se la si vuole cambiare, e basarsi sulla sua rinnovata autorità, ebbene, [...] gli assertori del mutamento convincano partiti, Parlamento ed elettori a fare i passi conseguenti. C'è un procedimento di revisione apposito, certo difficile e complesso: ma tale è pour cause, per resistere ai tentativi di cambiamento, come è compito delle Costituzioni rigide. La Costituzione, insomma, non è affatto, nonostante fiumi di retorica sostengano il contrario, un *living document*, che “sta al passo coi tempi”: come se i tempi, tra l'altro, dovessero mutare sempre e solo di bene in meglio, in un incessante e inarrestabile progresso dei diritti individuali e collettivi». Per non meno raffinate critiche dal punto di vista civilistico, v., inoltre, tra gli altri, N. IRTI, *Dalla lontana provincia del diritto civile*, in *Diritto pubblico*, 3, 2016, 826 ss.; C. GRANELLI, *Dottrina delle corti e dottrina dei dottori*, in *Nuovo diritto civile*, 3, 2016, 65 ss.; nonché A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, cit., 12, il quale, con riguardo al postmodernismo (e alla esaltazione della creatività giurisprudenziale che lo ha caratterizzato), conclude che «l'incapacità di reperire accettabili rimedi nei confronti della preoccupante incertezza che ne è scaturita ne ha progressivamente determinato l'agonia, e non è difficile prevedere che condurrà abbastanza rapidamente anche alla sua morte». Dal punto di vista storico-giuridico, si rammenti infine che «selon les juristes romains la matière sur le statut personnel est toujours déterminée par des règles claires et simples, suffisamment plastiques» (M. NOVKIRISHKA-STOYANOVA, «*Mater semper certa est*». *Quelques réflexions sur la maternité en droit romain et à l'époque contemporaine*, in *IUS ROMANUM*, 2, 2020, in corso di pubblicazione, 216).

Sorvegliare gli adulti punendo i bambini

Giuseppina Barcellona*

SUPERVISING ADULTS BY PUNISHING CHILDREN

ABSTRACT: The article addresses the issue of the admissibility of birth certificates of children born abroad through surrogacy, starting from the recent Constitutional Court decision no. 33 of 2021. The instrument of analogia and the representation of public international order as a set of principles and rules structurally organized constitute the “point of view” from which the Constitutional Court’s conclusions are subjected to critical examination.

KEYWORDS: Surrogacy; best interests of the child; woman’s dignity; international public order; analogy.

SOMMARIO: 1. Prologo: la Corte costituzionale, il *best interests of child* e l’ordine pubblico internazionale – 2. Divieto di surrogazione e topografia del conflitto: i confini della fattispecie e la dignità della donna – 3. Lo “spazio vuoto” e l’analogia – 4. L’ordine pubblico internazionale e la pietra filosofale: a mò di postilla.

1. Prologo: la Corte costituzionale, il *best interests of child* e l’ordine pubblico internazionale

Con la sentenza n. 33 del 21 il giudice costituzionale torna a pronunciarsi su un tema – quello dello *status filiationis* del bambino nato all’estero da Gestazione Per Altri (di seguito GPA) – che ha diviso, e continua a dividere, giurisprudenza e dottrina, e sul quale, da ultimo, si sono espresse tanto la *Grande Chambre* della Corte EDU¹ che le Sezioni unite della Corte di cassazione².

La *quaestio* sulla quale la Corte era chiamata a decidere riguardava, più esattamente, la trascrizione del provvedimento straniero che riconosce il rapporto di filiazione fra bambino surrogato e genitore non biologico. Ed era un problema – questo – che, a seguire le indicazioni delle Sezioni unite, si sarebbe dovuto risolvere dichiarando l’irricevibilità del provvedimento straniero perché contrario al divieto di surrogazione (art. 12 l. 40/2004), indicato come principio dell’ordine pubblico internazionale, e garantendo all’interesse del minore una tutela “compensativa” nella forma dell’adozione in casi particolari.

Della coerenza di una tale soluzione con i principi costituzionali dubita, però, il giudice rimettente, il quale chiede alla Corte di valutarne la conformità agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, comma 1 della Costituzione (siccome rinvierebbe all’art. 8 della CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in

* Professore associato, Facoltà di scienze economiche e giuridiche, Università degli studi Kore di Enna, Mail: giuseppina.barcellona@unikore.it. Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Il riferimento è al parere consultivo del 10 Aprile 2019 reso su richiesta della Corte di cassazione francese.

² Corte cass., Sez. Un., 12193/2019.

materia di *best interests of child*). Nella prospettiva della prima sezione civile della Corte di cassazione, infatti, il cd. diritto vivente violerebbe il principio del migliore interesse del minore per almeno un duplice ordine di motivi. Innanzitutto, esso sarebbe palesemente in contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU, che ha recentemente affermato che il diritto interno deve rendere possibile il riconoscimento del legame di filiazione fra il bambino nato all'estero da GPA e genitore d'intenzione. Ad un tal proposito – si rammenta nell'ordinanza³ – la Corte EDU chiarisce che un tale riconoscimento può avvenire anche con mezzi alternativi alla trascrizione del provvedimento giudiziario (o dell'atto di nascita) straniero nei registri dello stato civile, a condizione, però, che sia sempre garantita «l'effettività del riconoscimento» e non si esponga «il minore a una protratta situazione di incertezza giuridica»⁴. Ed è proprio sotto questo profilo che la soluzione prospettata dalle Sezioni unite viene ritenuta insufficiente. L'adozione in casi particolari, indicata, altrove⁵, come forma nella quale può trovare protezione l'interesse del bambino nato da GPA, non garantirebbe quella «effettività e celerità di attribuzione dello *status filiationis*» che la Corte EDU aveva definito irrinunciabile.

Ma vi è di più. Il giudice *a quo* sembra anche ritenere che il cd. diritto vivente sia il portato di un'inadeguata considerazione del dispositivo dell'ordine pubblico internazionale, e quindi di quella barriera che si ritiene sia posta a presidio di «di valori e principi che informano e fondano un ordinamento positivo determinato»⁶: «la tutela dell'interesse del minore [...] e il principio dell'ordine pubblico – si legge nell'ordinanza di rimessione⁷ – solo apparentemente possono apparire due entità contrapposte perché, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione dell'invulnerabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione dell'ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano». Dunque, non la prevaricazione dei «principi e valori esclusivamente propri» dell'ordinamento interno ad opera di un interesse del minore importato dalla Corte EDU e virtualmente capace di «erodere qualunque vincolo imposto dal diritto positivo»⁸; piuttosto la corretta considerazione di un dispositivo – l'ordine pubblico internazionale – del quale, di certo, è parte il divieto di surrogazione, ma che include anche norme e principi che sanzionano la tutela dell'interesse del minore, definendo ambiti e conflitti nei quali esso è destinato a prevalere.

Muove da queste riflessioni la costruzione di una *quaestio* tesa ad ottenere una pronuncia che accerti l'incostituzionalità, fra gli altri⁹, dell'art. 12, comma 6, l. 40/2004

³ Corte cass., I sez. civ., ord. 8325/2020.

⁴ Così scriveva la *Grande Chambre* nel parere consultivo del 10 Aprile 2019: «une procédure d'adoption peut répondre à cette nécessité dès lors que ses conditions sont adaptées et que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien».

⁵ Si veda Corte cost., 272/2017, dove l'adozione in casi particolari è indicata come la forma nella quale può trovare protezione l'interesse del nato da GPA.

⁶ Così F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, 27 ss.

⁷ Corte cass., I sez. civ., ord. 8325/2020.

⁸ Così F. FERRARI, *L'interesse del minore fra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 33/2021*, in *Onlinefirst – Biodiritto*, 13.

⁹ Oltre all'art. 12, comma 6 l. 40/2004, la q.l.c. riguarda, infatti, anche l'art. 64, comma 1, lett. g), l. 218/1995 e l'art. 18, d.P.R 396/2000.

«nella parte in cui non consent[ono]e, secondo l'interpretazione del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri [...] del c.d. genitore d'intenzione non biologico»¹⁰.

Da quest'interrogazione e dalle riserve che la animano prende a ragionare il giudice costituzionale, che, facendo appello ad un "doveroso" *self restraint*¹¹, finisce con l'adottare una sentenza di inammissibilità:

«di fronte al ventaglio di opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»¹².

La complessità della materia ed il riconoscimento degli spazi rimessi al *dominium* del legislatore, tuttavia, sembrano non esonerare il giudice costituzionale dal dovere di indirizzare al Parlamento un suggerimento, indicandogli un possibile "punto d'equilibrio"¹³ fra le contrapposte istanze dell'ordine pubblico internazionale e dei diritti del bambino.

2. Divieto di surrogazione e topografia del conflitto: i confini della fattispecie e la dignità della donna

Nell'affrontare la *quaestio* sollevata dalla prima sezione civile della Corte di cassazione, il giudice costituzionale tiene a precisare che la tutela del prioritario interesse del minore non è certo sconosciuta all'ordinamento italiano, ma che una tale preminenza non deve, per ciò stesso, tradursi in una illimitata espansione, in una "tirannia", perseguita in danno dei diritti che ad esso (il *best interests of child*, cioè) si contrappongono: «gli interessi del minore dovranno essere bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità»¹⁴.

Muove da un tale *incipit* la valutazione della soluzione interpretativa adottata dalle Sezioni unite e delle riserve che in ordine ad essa sono espresse nell'ordinanza di rimessione. La Corte, invero, conviene con il giudice *a quo* che lo strumento dell'adozione in casi particolari sia incapace di garantire una sufficiente protezione all'interesse del minore; di contro, essa ritiene legittimo il rifiuto di trasci-

¹⁰ C. cass., I sez. civ., ord. n. 8325 del 2020.

¹¹ A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità legislativa (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *giurcost.org*, 1, 2021, 221 ss.

¹² Corte cost., 33/2021, punto 5.9 del *considerato in diritto*.

¹³ Corte cost., 33/2021, punto 5.7 del *considerato in diritto*.

¹⁴ Corte cost., 33/2021, punto 5.5 del *considerato in diritto*. Ad un tal proposito, seppur riferita alla sent. 272/2017, si legga F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2018, 149 ss.

vere il provvedimento straniero che riconosce il rapporto di filiazione fra bambino surrogato e genitore non biologico: ad esso corrisponde – si legge nella parte motiva della sentenza¹⁵ – il legittimo «scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa [...] lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi». Il limite della scelta ermeneutica adottata dalle Sezioni unite viene, quindi, indicato nella strumentalizzazione della «persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della surrogazione»¹⁶. Ma è questo un limite al quale la soluzione suggerita dalla Corte porrebbe rimedio, prospettando quello che vi viene considerato un ragionevole bilanciamento fra le contrapposte istanze dei diritti del minore e dell'ordine pubblico internazionale. Il «punto d'equilibrio», già indicato dalla Corte EDU e poi caldeggiato dal giudice costituzionale, consentirebbe di continuare a rifiutare la trascrizione dei provvedimenti stranieri che attestano il rapporto di filiazione fra bambino surrogato e genitore d'intenzione, limitandosi a richiedere la predisposizione di un «procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato»¹⁷. In questo modo – argomenta ancora la Corte – verrebbe scongiurato il rischio di una strumentalizzazione dei diritti del minore, senza che ciò determini – come invece sarebbe accaduto se si fosse accolta la *quaestio legitimitatis* – la pretermissione degli interessi della comunità statale.

A fronte dell'indiscutibile progresso che la soluzione prospettata dalla Corte presenta, perché garantirebbe, almeno virtualmente, una più adeguata protezione all'interesse del bambino nato da surrogazione di maternità; dei pregi che ad essa si ascrivono può, tuttavia, dubitarsi. Ad un più attento esame, infatti, può sembrare che il bilanciamento che vi viene implementato non sia in grado di scongiurare – come invece si è affermato – il rischio di una retrocessione dello *status* del bambino a mezzo su cui, ancora una volta, si costruiscono le politiche di deterrenza statali. La tutela dell'interesse della comunità statale a disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità continua, quindi, a richiedere che si neghi al bambino lo *status legitimitatis* e che per lui si predisponga una tutela «compensativa».

Quest'innegabile compressione dei diritti del minore, che di certo è minima¹⁸, forse solo simbolica, è, tuttavia, ritenuta ragionevole, dal momento che – si è detto¹⁹ – il divieto di surrogazione è chiamato a presidiare – come pure si ricorda nel dispositivo della sentenza²⁰ – i «diritti e [del]la stessa dignità

¹⁵ Corte cost., 33/2021, punto 5.6 del *considerato in diritto*.

¹⁶ Corte cost., 33/2021, punto 5.7 del *considerato in diritto*.

¹⁷ Corte cost., 33/2021, punto 5.7 del *considerato in diritto*.

¹⁸ O che, quanto meno, tale potrebbe essere se si procedesse ad una complessiva riforma della disciplina dell'adozione.

¹⁹ Sulla dignità della donna come bene giuridico tutelato dal divieto di surrogazione e, perciò, idoneo a motivare l'irricevibilità dell'atto di nascita del bambino nato all'estero da GPA, si vedano: C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico internazionale. 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. OLIVITTO (a cura di), *Maternità Filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 132 ss.; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore*, cit., 164 ss.

²⁰ Corte cost., 33/2021, punto 5.6 del *considerato in diritto*, ma si v. anche Corte cost., 272/2017 punto 4.2 del *considerato in diritto*.

delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi». Sarebbero, dunque, questi i principi fondamentali che si oppongono alla trascrizione dell'atto di nascita del bambino surrogato e che, diversamente, rischierebbero di essere travolti da un *best interest* "tiranno" e incontenibile.

L'ostensione del vessillo della dignità della donna, e l'argomentazione che a partire da esso è costruita, non paiono, però, insuperabili.

È certo vero che la dignità della donna²¹ può indicarsi come il bene giuridico che il divieto di surrogazione (art. 12, comma 6 l. 40/2004) è preordinato a tutelare; ma è anche vero che, a ben leggere l'art. 12, comma 6 della l. 40/2004, una tale protezione appare condizionata, nell'estensione e nella forma, alla "topografia del conflitto"²² che ad un tale divieto è sottesa. La norma, infatti, punisce «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza, [...] la surrogazione di maternità»; essa, dunque, si propone di disciplinare il conflitto che vede contrapporsi il diritto della donna di disporre del proprio corpo, il potere negoziale che gliene verrebbe e la libertà contrattuale della coppia che intende accedere alla surrogazione di maternità²³. Ma se così, se il divieto di surrogazione è il criterio solutivo predisposto dal legislatore per regolare questa, e solo questa, topografia del conflitto, allora sembra si debba concludere che la sua applicazione non è ammessa a superare i confini definiti dalla fattispecie: esso determina, perciò, oltre all'applicazione della sanzione penale a tutti i soggetti che, a vario titolo, abbiano concorso alla commissione del reato, la nullità degli accordi di surrogazione e la conseguente inesigibilità delle prestazioni che in essi trovano fondamento.

La necessaria simmetria tra "topografia del conflitto" e principio regolativo, dunque, sembra escludere che il limite all'autonomia privata recato dall'art. 12, comma 6 della l. 40/2004 possa essere utilizzato per risolvere il diverso tipo di problema che i provvedimenti (e naturalmente anche gli atti di nascita) stranieri di cui ci si occupa prospettano. Questi provvedimenti sottendono, infatti, una mappa del conflitto assolutamente diversa da quella che si è sin qui considerata e che ha motivato il divieto di surrogazione: gli interessi che, in questo caso, si contendono la protezione del diritto possono indicarsi nell'interesse della comunità a scoraggiare il ricorso alla surrogazione e nel diritto allo *status filiationis* del bambino. Si tratta di una mappa che non contempla più, fra i suoi termini, la dignità della

²¹ Di certo, non può revocarsi in dubbio che un tale principio sia messo in discussione, e profondamente, quando la donna, per sopravvivere, si veda costretta ad alienare la propria capacità procreativa. La dignità che, qui, appare messa in forse, però, non sembra quella astratta, di matrice kantiana, cui pure sembrano riferirsi la Corte costituzionale e la dottrina maggioritaria, ma la diversa "dignità sociale" che costituisce l'oggetto dell'art. 3 Cost. Ed è, questa, una dignità che non chiede semplicemente «che l'uomo sia sempre trattato alla stregua di un fine e mai come un mezzo», ma che esige siano rimossi «gli ostacoli di ordine economico e sociale», che, di fatto, privano la donna di ogni libertà di scelta, costringendola a mercificare il proprio ventre. Ma se questa comprensione del principio della dignità umana fosse corretta, si dovrebbe, forse, riconoscere anche che un tal limite non avrebbe ragione d'essere quando la GPA fosse a titolo gratuito: la gratuità e la logica che vi è implicita potrebbero rendere lecito l'accesso ad una tale tecnica procreativa, così come già legittimano la donazione in vita di un organo e, perché no, dei gameti indispensabili alla fecondazione eterologa. Sull'utilizzo "improprio" che, sempre più di frequente, è fatto della dignità umana si v. R. BIN, *Libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *forumcostituzionale.it*, 26 Novembre 2019.

²² R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 62.

²³ Oltre, naturalmente, a punire il comportamento di quanti rendono possibile l'incontro di "domanda" ed "offerta" di mercato, perché pubblicizzano e fungono da intermediari fra le coppie che intendono accedere alla GPA e le donne disponibili a portare avanti una gravidanza per conto di terzi.

donna e l'autonomia negoziale, ma che comprende, invece, l'interesse del minore; una mappa, quindi, la cui diversità impone la ricerca di un criterioolutivo adeguato, che muova, cioè, dalla corretta considerazione del peso che l'ordinamento giuridico già assegna a ciascuno degli interessi che vi sono inclusi.

3. Lo “spazio vuoto” e l'analogia

Quest'ultima considerazione conduce al merito della scelta della Corte di adottare una sentenza di inammissibilità.

A determinare questa decisione sarebbe l'assenza di una norma che, espressamente, disciplini lo *status* del bambino nato dall'illecito ricorso alla GPA, ovvero, di un principio (costituzionale e non) che possa limitare la discrezionalità legislativa, costringendola entro “rime obbligate”: «di fronte al ventaglio di opzioni possibili tutte compatibili con la Costituzione [...] – si legge negli ultimi passaggi della parte motiva della sentenza²⁴ – questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore».

Il “vuoto” che motiva la sentenza d'inammissibilità, d'altronde, può sembrare ancora più evidente, quando lo si raffronti alla disciplina prevista all'art. 9 della l. 40/2004, che si preoccupa di blindare lo *status filiationis* del bambino nato dal, in principio illecito, ricorso alla PMA eterologa²⁵. Ed è un'omissione, questa, a partire dalla quale si è probabilmente inferita la volontà del legislatore di sbarrare la strada ai certificati di nascita dei bambini nati all'estero da surrogazione di maternità; ma che, invece, avrebbe dovuto condurre ad esplorare le virtualità regolative dell'ordinamento giuridico, ricorrendo, ove possibile, all'analogia.

La postulazione di una lacuna e l'eventuale attivazione dello strumento analogico richiedono, però, che si definisca, in via preliminare, il tipo di problema che i provvedimenti stranieri di cui ci si occupa sollevano. Che sembra possa essere prospettato nei termini che seguono: che trattamento riservare a chi abbia un legame genetico con uno solo dei propri genitori e che, inoltre, si trovi ad «essere involontariamente, con la propria stessa esistenza»²⁶, prova dell'illecito da essi compiuto?

Muove da questa imprescindibile “messa a fuoco” la ricerca di norme e principi idonei a colmare quella che si presenta come una lacuna in senso tecnico: tali norme e principi, nel caso in esame,

²⁴ Corte cost., 33/2021, punto 5.9 del *considerato in diritto*.

²⁵ L'art. 9, l. 40/2004, infatti, recita: «1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice.

2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi».

²⁶ Corte cost., 494/2002, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

possono indicarsi, con sufficiente sicurezza, nell'art. 9 della l. 40/2004 e nella sentenza della Corte costituzionale 494/2002, ai quali, non a caso, l'ordinanza di rimessione fa insistito riferimento.

È proprio l'art. 9 l. 40/2004 la prima norma che occorre interpellare per procedere alla costruzione della regola analogica. Non sembra, invero, discutibile che la condizione del bambino surrogato sia, seppur limitatamente ad uno specifico profilo, sovrapponibile a quella del nato da eterologa: entrambi sono geneticamente legati ad uno solo dei due genitori. Ed è, questa, una condizione che l'art. 9 della l. 40/2004 non considera ostativa ai fini dell'acquisizione dello *status legitimitatis*, come, d'altronde, avrà modo di chiarire lo stesso giudice costituzionale con la sentenza 162/2014: «il progetto di formazione di una famiglia con figli, anche indipendentemente dal dato biologico – vi si legge²⁷ – è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, anche in applicazione di principi costituzionali».

L'art. 9 della l. 40 mostra, dunque, che la non ascrivibilità della filiazione ad uno dei genitori, di per sé, non è ragione sufficiente per negare lo *status legitimitatis*²⁸: lo *ius sanguinis* non può motivare l'irricevibilità del provvedimento straniero che riconosce il rapporto di filiazione fra bambino surrogato e genitore non biologico.

A questo ragionamento si è, però, obiettato che una tale estensione dell'art. 9 della l. 40/2004 troverebbe un ostacolo insormontabile nella natura penale della sanzione che accompagna il divieto di surrogazione²⁹, e che testimonierebbe l'elevato grado di disvalore che si è sempre attribuito ad una tale pratica procreativa.

Certo così sarebbe, se non fosse che quest'argomento si presta ad essere confutato dal secondo dei riferimenti che completano il quadro analogico, ossia dal principio recato dalla sentenza 494/2002, con la quale il giudice costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 251, comma 1 e 278, comma 1, c.c. «nella parte in cui non consentono indagini sulla paternità dei figli incestuosi», precludendo loro l'acquisizione dello *status legitimitatis*.

Il senso della pronuncia della Corte e la sua attinenza alla questione della quale si discute possono essere compresi appieno muovendo, ancora una volta, dalla ricostruzione della “topografia del conflitto” sottesa agli artt. 251 comma 1 e 278 comma 1 c.c. e dalla *ratio* della soluzione che vi è predisposta. È lo stesso giudice costituzionale ad individuare i termini del conflitto normato dalle due disposizioni del codice civile e ad esplicitarne il senso: «la discriminazione dei figli di genitori incestuosi varrebbe a tutela della concezione costituzionale della famiglia, esigente che fatti tanto gravi come quelli di endogamia, dalla coscienza sociale considerati alla stregua di attentati all'ordine naturale dei

²⁷ Corte cost., 162/2014, punto 6 del *considerato in diritto* (cors. nos.)

²⁸ Questa norma, anzi, da un lato, sancisce il principio che l'estraneità biologica di uno dei genitori non è ostativa del riconoscimento dello *status legitimitatis* e, dall'altro, non reca, di per sé, elementi che escludano l'applicazione di un tale principio a “casi simili”, che, cioè, prospettino al sistema giuridico un identico tipo di problema: quello di un bambino che egualmente non abbia un legame genetico con entrambi i genitori e che tuttavia aspiri ad essere riconosciuto loro figlio legittimo. Vi è, dunque, insita nel disposto dell'art. 9 della l. 40/2004, una virtualità regolativa che va oltre la fattispecie che la reca e che non può essere tralasciata.

²⁹ È, questo, infatti, l'argomento cui ricorrono le Sezioni Unite e che trova il consenso di parte della dottrina. Senza alcuna pretesa di essere esaustivi si rinvia, fra gli altri, a C. TRIPODINA, *op.cit.*, 132 ss.; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore*, cit., 164 ss.; F. FERRARI, *op.cit.*, 15.

rapporti interpersonali e [...] puniti come reato, restino fuori dall'ordine giuridico e non possano determinare l'attribuzione di *status filiationis*»³⁰.

A trovare soluzione nelle norme del codice civile impugnate era, dunque, il conflitto che contrapponeva il diritto allo *status* del bambino e l'interesse della comunità ad allontanare chi, seppur incolpevolmente, era il frutto della violazione delle sue regole; ed era un conflitto che vi veniva risolto scaricando sul figlio incestuoso il peso delle colpe dei genitori, ammettendo, cioè, che l'offesa che questi avevano arrecato alla "coscienza sociale" potesse riverberarsi in capo al bambino, determinando quella che la Corte³¹ definisce una «*capitis deminutio* perpetua e irrimediabile».

Ora, a considerare correttamente la "mappa" che si è appena rappresentata e quella che lo stesso giudice costituzionale ha tracciato in occasione della pronuncia della quale, qui, ci si occupa (ma anche nella precedente sentenza 272/2017) non possono non risultare evidenti le indiscutibili simmetrie. Ciò che si oppone alla trascrizione del provvedimento straniero che riconosce il rapporto di filiazione fra nato da GPA e genitore non biologico è un interesse pubblico che vi viene variamente declinato: era un «interesse alla verità» che presenta «anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, qual è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane)»³²

nella sentenza 272/2017; ed è, nella più recente sentenza 33/2021, «lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»³³. E simmetriche appaiono anche le soluzioni che i conflitti che si sono rappresentati riceverebbero: i figli, «meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori»³⁴, si vedono negato un fondamentale diritto della persona (art. 2 Cost.), quello allo *status filiationis*.

Ma è proprio questa indiscutibile simmetria fra le topografie del conflitto che si sono esaminate a far ritenere che ad esse debba applicarsi il medesimo criterio solutivo, e che quanto statuito dalla sentenza 494/2002 per i figli incestuosi debba essere esteso anche ai nati da GPA³⁵. Anche per essi, dun-

³⁰ Corte cost., 494/2002, punto 6.1 del *considerato in diritto* (cors. nos.).

³¹ Corte cost., 494/2002, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

³² Corte cost., 272/2017, punto 4.2 del *considerato in diritto*.

³³ Corte cost., 33/2021, punto 5.5 del *considerato in diritto*.

³⁴ Corte cost., 494/2002, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

³⁵ In merito ad una tale estensione della sentenza 494/2002 ai bambini nati all'estero da GPA si è, invero, osservato (F. FERRARI, *op.cit.*, 15 ss.) che essa non terrebbe in adeguata considerazione alcuni elementi, i quali, se correttamente valorizzati, ridimensionerebbero la portata dei principi affermati dal giudice costituzionale. Innanzitutto – si è detto – non si darebbe adeguato rilievo alla circostanza che il caso concreto dal quale, alla fine, era scaturita la pronuncia in discussione aveva ad oggetto un'azione per la dichiarazione di paternità (art. 278, comma 1, c.c.) e non, invece, una richiesta di riconoscimento attivata dal genitore; e che, per di più, la stessa Corte costituzionale, in quell'occasione, aveva escluso che la sua decisione potesse coinvolgere anche l'art. 251 c.c. (riconoscimento dei figli incestuosi) che rimaneva, perciò, estraneo alla dichiarazione di incostituzionalità. Da ultimo – si è aggiunto – il reato d'incesto prevede ancora, come pena accessoria, la perdita della responsabilità genitoriale. A queste obiezioni può, forse, risponderci nei termini che seguono. In primo luogo, se è innegabile che la sentenza della Corte è "scaturita" da un'azione per la dichiarazione di paternità; è anche vero, però, che una tale contingenza non sembra, per ciò stesso, in grado di limitare la portata generale del principio che vi è affermato. Prova ne sarebbe la circostanza che lo stesso legislatore, all'atto di riformare la disciplina della filiazione (l. 219/2012), ha deciso di riscrivere anche l'art. 251 c.c., che vietava il riconoscimento dei figli incestuosi, ribaltandone il segno. Né la portata generale delle affermazioni contenute nella sentenza – e ben comprese dal legislatore – paiono ridimensionate dalla precisazione fatta

que, non può non valere il senso di quell'arresto e del principio che vi è affermato, e cioè che l'interesse del minore alla pienezza dello *status filiationis* non è bilanciabile con l'interesse della collettività a punire chi abbia trasgredito le sue regole: qualunque sia la colpa dei genitori, essa non può, in modo alcuno, arrivare ad intaccare la sfera giuridica del figlio.

Ed è proprio questo principio, che non può non valere allo stesso modo tanto per i figli incestuosi che per quelli nati da GPA, che toglie ogni possibile ostacolo alle virtualità regolative già insite nell'art. 9 della l. 40/2004.

L'art. 9 della l. 40/2004 e la sentenza 494/2002 conducono, così, alla formulazione della norma analogica idonea a risolvere il tipo di problema prospettato dai provvedimenti stranieri che attribuiscono al bambino surrogato lo *status* di figlio legittimo del genitore non biologico: tanto l'assenza di un legame genetico (con uno dei due genitori), che il modo illegale in cui sia avvenuta la filiazione non possono motivare la negazione dello *status legitimitatis* al nato da surrogazione.

Queste considerazioni, se corrette, sembrano evidenziare più di una criticità nel ragionare della Corte e nelle conclusioni cui essa, alla fine, perviene.

Innanzitutto verrebbe meno quello "spazio vuoto" suscettibile di accogliere qualsiasi determinazione della discrezionalità legislativa, e a partire dal quale si fonda l'inammissibilità della *quaestio* sollevata dal giudice *a quo*: in luogo del «ventaglio di opzioni possibili tutte compatibili con la Costituzione» viene, invero, configurandosi una lacuna ordinaria che si sarebbe potuto colmare ricorrendo all'*analogia juris*.

Ma vi è di più. Proprio questa diversa prospettazione del problema e la regola analogica cui si è approdati paiono mostrare ulteriori limiti che il "punto d'equilibrio" suggerito dal giudice costituzionale presenta.

La predisposizione di un procedimento adottivo *ad hoc* per i soli nati da surrogazione sembra, infatti, dar corpo ad un singolare e diverso trattamento giuridico, che, però, non pare possa trovare fondamento in alcun principio dell'ordinamento, qualunque sia il livello della gerarchia delle fonti al quale si decida di guardare: non nell'assenza di un legame genetico con il genitore d'intenzione³⁶, non nell'omosessualità della coppia³⁷, non nella natura penale della sanzione³⁸ che accompagna il divieto di surrogazione.

dalla Corte in merito ai confini del suo giudicato, e precisamente dall'espressa esclusione dell'art. 251 c.c. Una tale puntualizzazione può, infatti, considerarsi motivata dalla volontà del giudice costituzionale di rimanere coerente all'oggetto della *quaestio legitimitatis*, che – a causa della «tecnica di legiferazione e l'intreccio normativo che ne deriva» (Corte cost., 494/2002) – avrebbe potuto essere travisato. Né il carattere fondamentale del principio affermato dalla sentenza può ritenersi ridimensionato dalla circostanza che l'art. 564 c.p. ancora preveda, quale pena accessoria per il genitore incestuoso, la perdita della responsabilità genitoriale. Una tale sanzione, infatti, è destinata a colpire il solo genitore, ma lascia impregiudicato lo *status legitimitatis* del figlio: il bambino continua ad essere titolare di fondamentali diritti non soltanto verso le figure genitoriali, ma anche verso i suoi ascendenti e discendenti (nonni, fratelli, zii, ecc.). Non solo. Può anche sembrare che la stessa Corte costituzionale, con la sentenza 33/2021, abbia, addirittura, superato un tale limite, prevedendo che chi ha aggirato il divieto di surrogazione possa comunque divenire il genitore adottivo del figlio avuto tramite l'illecito ricorso alla GPA, acquisendo, perciò, nei suoi confronti una responsabilità genitoriale piena.

³⁶ Corte cost., 162/2014.

³⁷ Corte cost., 221/2019.

³⁸ Corte cost., 494/2002.

Si potrebbe, forse, dire che, se si dovesse dar seguito al suggerimento della Corte e predisporre un «procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato»³⁹, ci si troverebbe davanti ad una semplice distinzione e non ad una discriminazione: alla fine, pur se attraverso un percorso differente, i bambini surrogati si vedrebbero garantito uno *status* pressoché sovrapponibile a quello riconosciuto ai figli incestuosi ed ai nati da eterologa. Anche quest'osservazione e la minimizzazione del *vulnus* all'interesse del bambino che vi è implicita, però, non paiono esenti da possibili critiche.

In primo luogo – si potrebbe replicare – un'elementare logica giuridica avverte che non è molto sensato distinguere cose cui l'ordinamento riconnette, alla fine, i medesimi effetti giuridici. Non solo. Se così fosse, proprio questa distinzione esclusivamente “nominale”, che non sottende, cioè, un diverso regime giuridico, paleserebbe l'incontrovertibile volontà di “bollare” i nati da GPA, di marcarne lo *status* in modo indelebile, perché la loro stessa nascita offende in modo intollerabile la comunità di cui ambiscono a far parte.

Ma della natura solo simbolica della distinzione suggerita dal giudice costituzionale può, anche, dubitarsi.

La diversa via che i nati da surrogazione sarebbero chiamati a percorrere, sempre che il legislatore faccia seguito all'invito ed al suggerimento contenuti nella sentenza, potrebbe mettere in forse la stessa coerenza dell'ordinamento, perché situazioni analoghe sarebbero destinatarie di discipline anche significativamente diverse.

Sembra, invero, difficile non accorgersi che lo *status* del figlio incestuoso e quello del nato da surrogazione godrebbero di una tutela nettamente asimmetrica: solo il primo è reso impermeabile all'interesse della comunità statale di punire, sia pure indirettamente, le colpe del mondo adulto. Ed è un *discrimen*, quello che colpirebbe questi figli, reso, se possibile, più evidente dall'ulteriore confronto con la disciplina di cui i bambini concepiti grazie alla PMA eterologa sono destinatari. La protezione predisposta dall'art. 9 della l. 40/2004, infatti, non si limita a blindarne lo *status* nei confronti di chiunque intenda eccepire l'assenza di un legame biologico col genitore d'intenzione, ma si spinge ben oltre: li garantisce anche «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierli assumendone le relative responsabilità»⁴⁰. Ed è questa una forma di tutela dalla quale i figli nati da GPA sarebbero esclusi anche se il legislatore, in tempi ragionevoli, dovesse seguire la via indicatagli dal giudice costituzionale: nelle more del procedimento adottivo, lo *status* del bambino rimarrebbe esposto ad un eventuale ripensamento del genitore non biologico, che, rifiutando di dare il proprio consenso all'adozione, potrebbe privare il minore dei diritti che dalla condizione di adottato discendono.

4. L'ordine pubblico internazionale e la pietra filosofale: a mo' di postilla

Queste considerazioni sollecitano ulteriori riflessioni, che attengono, questa volta, al dispositivo dell'ordine pubblico internazionale e all'utilizzo che di esso si è fatto.

³⁹ Corte cost., 33/2021, punto 5.7 del *considerato in diritto*.

⁴⁰ Corte cost., 347/1998, punto 3 del *considerato in diritto*.

L'inappropriata prospettazione del problema posto dai provvedimenti stranieri che attestano il rapporto di filiazione fra nato da surrogazione e genitore non biologico e la soluzione che per essi si è prospettata possono, infatti, sembrare l'esito di un inadeguato impiego della barriera dell'ordine pubblico internazionale.

La sentenza delle Sezioni unite che costituisce l'oggetto dell'ordinanza di rimessione individuava così gli elementi chiamati a comporre questa barriera: essa «non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili»⁴¹.

Questa definizione dava corpo ad un ordine pubblico internazionale che si arricchiva delle determinazioni del legislatore democratico e dell'opera di sistematizzazione realizzata dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria:

«la compatibilità con l'ordine pubblico [...] – chiariscono le Sezioni unite⁴² – dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche nel modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché nell'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 della nozione di ordine pubblico».

Le Sezioni unite – si è giustamente osservato⁴³ – intendevano, in questo modo, rispondere, seppur “indirettamente”, alla sentenza 19599/2016 della I sezione della Corte di cassazione ed alla lettura innovativa che essa aveva dato del dispositivo dell'ordine pubblico internazionale. La I sezione della Corte di cassazione, infatti, aveva rappresentato questa barriera, funzionale a filtrare l'ingresso di atti e provvedimenti stranieri, come «il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico [...] ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria»; da essa, per ciò stesso, erano escluse le scelte del legislatore che «non sono costituzionalmente obbligate», che non sono, cioè, «espressione di un vincolo costituzionale dal punto di vista dei contenuti»⁴⁴. È, questa, una rappresentazione dell'ordine pubblico internazionale che – si è detto – ne avrebbe, inevitabilmente, determinato l'“assottigliamento”⁴⁵, rendendo l'ordinamento interno permeabile al diritto straniero ed ai suoi principi, anche se contrari – come nel caso del divieto di surrogazione – alle determinazioni, pur transeunti, del legislatore democratico. Ma ciò che più destava preoccupazione era la rideterminazione del rapporto fra giudice ordinario e legislatore che questa lettura dell'ordine pubblico internazionale implementava: essa svalutava il «ruolo

⁴¹ Corte cass., Sez. Un., 12193/2019.

⁴² Corte cass., Sez. Un., 12193/2019.

⁴³ F. FERRARI, *L'interesse del minore fra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 33/2021*, cit. 2, ma dello stesso Autore si legga anche, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni “passi indietro” della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in questa Rivista, 2, 2020, 169 ss. alla cui esaustiva bibliografia si rinvia.

⁴⁴ Corte cass., I sez. civ., 19599/2016

⁴⁵ C. TRIPODINA, *op. cit.*, 121 ss.; F. FERRARI, *L'interesse del minore fra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 33/2021*, cit. 3.

del legislatore, il cui dettato poteva e doveva essere direttamente aggirato in nome dei supremi principi costituzionali»⁴⁶ ed elevava il giudice a *dominus* assoluto⁴⁷ della barriera che avrebbe dovuto proteggere «il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale, conferendole una ben individuata e inconfondibile autonomia»⁴⁸.

I limiti di questa decisione – si è detto – sarebbero stati superati, appunto, dalla sentenza delle Sezioni unite 12193/2019, la quale, oltre a scongiurare il rischio di uno svuotamento della nozione di ordine pubblico internazionale, avrebbe, soprattutto, “riassetato”⁴⁹ il rapporto fra legislatore e giudice ordinario, restituendo centralità ai bilanciamenti realizzati dalle scelte legislative.

Ed è stato proprio in forza di tale operazione che il giudice di legittimità ha potuto indicare nel divieto di surrogazione e nell’istituto dell’adozione i principi che avrebbero sbarrato la strada ai certificati di nascita dei bambini nati da GPA rilasciati da uno stato straniero. Si sarebbe trattato, infatti, di principi posti dal legislatore a presidio di “beni fondamentali”: «vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l’istituto dell’adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto, perché soltanto a tale istituto [...] l’ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»⁵⁰.

Ora, a parte l’inspiegabile omissione della disciplina della PMA eterologa e della genitorialità priva di legami di sangue che essa rende legittima, non si può che concordare con questa definizione dell’ordine pubblico internazionale. Ciò che, semmai, desta più di una perplessità è il modo in cui un tale dispositivo, e le *rationes* di cui esso si compone, sono immaginati e impiegati.

L’ordine pubblico, infatti, è un «dispositivo, un congegno deputato [...] ad un’operazione ermeneutica volta a conservare estendendo»: esso «serve ad attingere le virtualità regolative ricomprese nel bacino dell’ordinamento giuridico ed a rilanciarle con più forza sì da spingerle là dove esse non riuscirebbero a giungere ordinariamente»⁵¹. Ma quest’operazione, l’esplicitazione della *vis* regolativa del sistema normativo che, così, si rende possibile, non può prescindere dalle confinazioni e gerarchizzazioni decise dal legislatore, non può, in altri termini, prescindere dal nesso, che questi istituisce, fra fattispecie normativa, tipo di problema e principio regolativo.

Le Sezioni Unite, al contrario, paiono concepire l’ordine pubblico internazionale alla stregua di un “arsenale” di principi non strutturati al quale attingere, pressoché liberamente, per impedire l’accesso ad atti e provvedimenti stranieri che potrebbero minare la “coerenza interna” dell’ordinamento giuridico.

Ciò che il giudice di legittimità sembra aver dimenticato, quindi, è che quella coerenza interna non può essere preservata soltanto attraverso l’inclusione delle determinazioni del legislatore ordinario

⁴⁶ F. FERRARI, *L’interesse del minore fra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 33/2021*, cit., 3. Dello stesso A. si leggano anche le riflessioni contenute in *Profili costituzionali dell’ordine pubblico internazionale. Su alcuni “passi indietro” della Corte di Cassazione in tema di PMA*, cit., 184 ss.

⁴⁷ C. TRIPODINA, *op. cit.*, 125.

⁴⁸ Corte cass., 27592/2006.

⁴⁹ F. FERRARI, *L’interesse del minore fra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 33/2021*, cit., 4.

⁵⁰ Corte cass., Sez. Un., 12193/2019

⁵¹ M. BARCELLONA, *Ordine pubblico*, in *Enciclopedia del diritto, I Tematici*, I, Milano, 2021, contratto, diretto da G. D’AMICO, Milano, 2021, 769.

nell'ordine pubblico internazionale, ma richiede che si rispettino anche le gerarchie ed i confinamenti attraverso i quali, proprio nelle trame stesse del sistema ordinario, è garantita la convivenza di principi costituzionali, e non, virtualmente assoluti e antinomici.

È, dunque, questo l'errore in cui sembrano essere inciampate le Sezioni unite, e del quale non pare si sia resa abbastanza conto la Corte costituzionale: aver applicato il divieto di surrogazione "fuori" dagli spazi entro i quali il legislatore ordinario lo aveva confinato e avere così superato il nesso su cui si fonda l'ordine positivo, che indissolubilmente lega la fattispecie normativa, il "tipo di problema" ed il principio regolativo. Confondere il divieto di surrogazione cui sono sottoposti gli adulti con la disciplina delle conseguenze che ricadono sul figlio è un errore che ripropone, anche in questo caso, un'alterazione nei rapporti fra *legislatio* e *jurisdictio*: il giudice ordinario può liberamente attingere all'arsenale di principi dell'ordine pubblico, accantonando le «gerarchizzazioni e complementarizzazioni di principi regolativi altrimenti antinomici»⁵² decise dal legislatore democratico. Cosicché, ancora una volta, è lui il *dominus* assoluto della barriera destinata a proteggere la coerenza interna dell'ordinamento, l'artefice di nuovi e inediti bilanciamenti, che finiscono con il ridisegnare, rendendole asimmetriche, le geometrie del sistema.

La coerenza interna dell'ordinamento rischia, così, di essere messa in crisi dall'inappropriato utilizzo di un dispositivo – l'ordine pubblico internazionale – cui il legislatore ha assegnato il compito di «espandere il suo ordine, di allargare la rete del suo sistema e di colonizzarne il relativo "ambiente"»⁵³. Sicché, se ciò che a questo dispositivo si chiede è di riaffermare un ordine, un insieme organizzato secondo gerarchizzazioni e confinamenti, allora prescindere dalla logica che presiede alla formazione di quest'ordine ed al modo in cui vi sono organizzate le sue parti significa disarticolargli l'essenziale struttura, significa sostituire il disordine all'ordine.

⁵² M. BARCELLONA, *op.cit.*, 777.

⁵³ M. BARCELLONA, *op. cit.*, 768.

Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore

Antonio D'Aloia*

PARENTING. BETWEEN LEGISLATIVE LIMITS AND THE (FUNDAMENTAL) INTERESTS OF THE CHILD

ABSTRACT: Judgments no. 32 and 33 of 2021 represent the last stage of a long process of judicial review of Law no. 40/2004. Compared to the past, in the most recent cases, the Italian Constitutional Court used a different decision-making model, declaring the issues of constitutionality to be inadmissible because of the plurality of possible regulatory solutions and the ethical and social complexity of the topics involved. At the same time, however, the Court called for an urgent and undeferrable intervention by the Parliament. This paper will analyse, on the one hand, the substantive aspects of the two decisions and, on the other hand, the formal aspects linked to the decision-making technique adopted by the Constitutional Court, as well as the possible follow-up of judgement no. 33/2021.

KEYWORDS: Parenting; assisted reproduction; surrogacy; best interest of the child; same-sex parenthood

SOMMARIO: 1. Le sentenze 32 e 33 del 2021 come ultima (per ora) tappa del processo di rielaborazione della legge 40/2004 – 2. Ancora il modello dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata con rinvio al legislatore per individuare le soluzioni "correttive" – 3. Un confronto tra le due sentenze (e i temi ad esse sottesi) – 4. Evoluzioni della Corte Costituzionale sulla genitorialità omosessuale – 5. È davvero discriminatorio il divieto di accesso delle coppie omosessuali alla PMA? – 6. Sul "seguito" della sent. 33/2021. Realizzare il best interest del minore senza rinunciare al divieto della GPA.

1. Le sentenze 32 e 33 del 2021 come ultima (per ora) tappa del processo di rielaborazione della legge 40/2004

Le decisioni 32 e 33 del 2021 investono in pieno quelle parti della legge 40 che ancora rimanevano indenni dalla profonda opera di riscrittura di questo testo operata dal Giudice costituzionale in questi anni.

Dopo la sentenza 96/2015, usai un gioco di parole – "l'(ex) 40" – per rappresentare efficacemente lo scenario di una legge 40 ormai completamente "sostituita" da un impianto normativo diverso, a cominciare dai valori di orientamento¹.

* Professore ordinario di diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Studi Politici e Internazionali, Università di Parma. Mail: antonio.daloia@unipr.it. Il presente contributo costituisce la trascrizione, con poche aggiunte bibliografiche, della Relazione tenuta al Convegno su "Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Lo stato dell'arte" (Verona, 20 maggio 2021). Contributo sottoposto a referaggio.

¹ A. D'ALOIA, L'(ex) 40, in *Quad. Cost.*, 4, 2015.

Sono ampiamente conosciute le tappe di questa operazione di ridefinizione “sostitutiva” della legge del 2004 sulla PMA. Non è il caso qui di ripercorrerle, se non con un semplice riferimento alle tre sentenze con cui la Corte, un pezzo alla volta, ha: in primo luogo, aperto sostanzialmente alla produzione di embrioni soprannumerari (sent. 151/2009); successivamente, ha cancellato la preclusione assoluta del ricorso alla fecondazione eterologa (sent. 162/2014); infine, con la sent. 96/2015, ha eliminato (a certe condizioni) il divieto di diagnosi genetica pre-impianto, consentendo l'accesso alla PMA, con possibilità di diagnosi genetica e selezione degli embrioni impiantabili, a coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche gravi trasmissibili attraverso la generazione.

Le dinamiche di “vita” della l. 40 appaiono effettivamente emblematiche di un certo modo di strutturarsi dei rapporti tra legislatore e giudici nella disciplina dei diritti fondamentali di ultima generazione: quei diritti, cioè, sui quali la Costituzione non dice (o almeno non dice in modo univoco²), e che nascono dalle nuove possibilità aperte dagli sviluppi della scienza e delle applicazioni biotecnologiche.

Sul tema della PMA, la legge e il giudice si sono scambiati i ruoli, in un gioco di assestamenti abbastanza caotico.

La legge 40 ha rappresentato il punto di arrivo di una fase in cui il diritto relativo alla procreazione con metodi non naturali era stato quasi esclusivamente giurisprudenziale, se si escludono alcune circolari e ordinanze del Ministero della Sanità, e le indicazioni contenute nel Codice deontologico dei medici.

Così la legge si è presa tutto lo spazio, o almeno ha preteso di farlo, ribaltando espressamente molte situazioni accettate o, almeno, non sempre o radicalmente escluse dalla pratica medica e giudiziaria: penso alle ipotesi della fecondazione eterologa, della fecondazione *post mortem*, della maternità surrogata. Non è stata una legge “mite” la legge 40, e d'altronde i conflitti che possono riprodursi nell'ambito della PMA sono spesso aspri e difficili da “arbitrare”.

Richiedono scelte nette, opzioni di valore che non sempre possono trovare un bilanciamento che metta a posto tutti gli interessi coinvolti.

Un attimo dopo l'approvazione della legge, lo scenario si è ribaltato: il giudice ha riaperto la partita su altre basi, quelle della Costituzione, della tutela “multilivello” dei diritti, dell'irragionevolezza della legge rispetto ai presupposti scientifici, e persino rispetto alle sue stesse finalità.

2. Ancora il modello dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata con rinvio al legislatore per individuare le soluzioni “correttive”

Come si è visto, con le sentenze prima richiamate, la Corte è intervenuta direttamente su alcuni profili “cruciali” della legge 40, giudicandoli incostituzionali, irragionevoli, e modificando in questo modo il “verso” sostanziale delle scelte legislative. Con le ultime sentenze, oggetto di questo contributo, il Giudice costituzionale usa un modello diverso, optando per una inammissibilità della questione legata essenzialmente alla pluralità di soluzioni regolatorie e alla complessità etico-sociale dei temi implicati, che tuttavia contiene una netta e inequivoca censura delle conseguenze pratiche derivanti dalle

² C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, 130-131.



disposizioni impugnate, con la richiesta di un intervento urgente e non differibile da parte del legislatore.

In sostanza, siamo di fronte ad una incostituzionalità semplicemente differita, in cui il monito rivolto al legislatore è secco, senza molti margini di manovra; e soprattutto, con una prospettiva temporale che è, almeno implicitamente, molto ravvicinata.

Qualcosa di simile al modello “Cappato” (ricavabile dalla sequenza dell’ord. 207/2018 e della sent. 242/2019), almeno nel senso che la Corte preferisce che, in prima battuta, sia il legislatore a farsi carico delle difficili mediazioni etico-sociali che la materia biogiuridica solleva.

In sé, è un modello corretto. I diritti sono o dovrebbero essere innanzitutto il frutto di scelte del legislatore rappresentativo. È il legislatore che deve effettuare il bilanciamento “dei valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale” (sent. 84/2016)³; mentre la Corte e i giudici dovrebbero controllare le modalità di questa sintesi, la sua ragionevolezza e/o la sua coerenza rispetto ai principi costituzionali.

Il problema semmai è che il modello sta funzionando male. I moniti della Corte, o gli assestamenti della giurisprudenza comune spesso restano inascoltati, o semplicemente dimenticati dal legislatore. Ci sono voluti 10 anni per vedere una legge (appunto la n. 219/2017) che traducesse in disposizioni chiare l’evoluzione interpretativa sui confini del rifiuto delle cure maturata con la sentenza della Cassazione sul caso “Englaro” del 2007. E il rinvio al legislatore dell’ord. 207 è rimasto lettera morta costringendo la Corte a formalizzare l’incostituzionalità del divieto assoluto di suicidio medicalmente assistito con la sent. 242/2019.

Ad ogni modo, tornando al confronto tra il caso Cappato, e i temi affrontati dalla due sentenze del 2021, le differenze tra le due situazioni, per come sono stati trattate dal Giudice costituzionale, restano comunque evidenti.

Del resto, è molto diverso anche il contesto legislativo di riferimento.

Sul suicidio medicalmente assistito, la Corte ha potuto lavorare su un tessuto legislativo che era arrivato “ad un passo” (potremmo dire) dall’ammettere – in determinate condizioni (che sono quelle indicate dall’ordinanza 207/2018) – la richiesta di aiuto a morire. Almeno questo è ciò che sostiene la Corte usando la l. 219/2017 (adesso non è il caso di dire se e quanto una tale prospettiva sia corretta) come una sorta di “assist” per andare oltre e procedere verso la legittimazione del suicidio medicalmente assistito.

Viceversa, sulle questioni poste dalle sentenze 32 e 33 del 2021, la scelta legislativa (piaccia o no) è stata netta ponendo la Corte di fronte a due limiti che sono appunto “quel che resta” dell’originario impianto della legge 40: il divieto di ricorso alla surrogazione di maternità, e la riserva alle coppie eterosessuali dell’accesso alla PMA.

3. Un confronto tra le due sentenze (e i temi ad esse sottesi)

Ma veniamo ai temi di queste due sentenze.

³ Vedi anche N. ZANON, *I rapporti tra la Corte Costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 27 gennaio 2021, 9.

Essere genitori: fino a che punto è un diritto posto che certamente lo è, addirittura incoercibile come ebbe a dire la Corte Costituzionale nella sent. 162/2014?

Rovesciando la domanda, fino a che punto – e sulla base di quali ragioni – il legislatore può porre limiti al desiderio (diritto) di diventare genitori?

Nelle due sentenze qui esaminate, come si è detto, l'aspirazione alla genitorialità tocca i due limiti ancora rimasti dell'assetto iniziale della l. 40.

Peraltro, i due temi, la genitorialità omosessuale e la maternità surrogata, sono collegati almeno in parte. Per le coppie omosessuali maschili, infatti, il ricorso alla surrogazione di maternità è l'unica tecnica che può consentire di realizzare il diritto ad essere genitori.

Il collegamento è solo parziale. E in effetti anche la Corte Costituzionale, nelle due sentenze "gemelle", sembra mantenere una lettura distintiva dei due fenomeni, che si riflette poi sul dispositivo finale e su alcuni passaggi della motivazione.

Anche la legge 40 del resto, sottopone la violazione dei due limiti ad un diverso regime sanzionatorio: una sanzione amministrativa pecuniaria (da 200.000 a 400.000 euro) per chi applica tecniche di PMA «a coppie composte da soggetti dello stesso sesso», rafforzata dalla previsione in forza della quale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui allo stesso art. 12 (e, dunque, anche per quello di cui al comma 2) è «disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale»⁴; invece una sanzione penale, anche particolarmente severa (reclusione da 3 mesi a due anni, e multa da 600.000 a un milione di euro) per «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità».

Ma torniamo alle differenze tra le due decisioni.

Nella sent. 32, relativa ad un caso di genitorialità omosessuale senza ricorso alla surrogazione di maternità, il monito finale sembra più diretto. Possono sembrare sfumature linguistiche, ma in realtà sullo sfondo ci sono differenze sostanziali nella considerazione dei problemi implicati.

All'esito di un ragionamento che, come vedremo, è tutto imperniato sul *best interest* del minore, la Corte conclude nel senso che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia.

Nell'altra sentenza (n. 33), dopo aver sottolineato il «vantaggio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica», e aver rimesso il pallino anche qui nelle mani del legislatore, la Corte parla di una «ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore».

È diversa anche la considerazione del "peso" degli interessi che giustificano il limite legislativo, e correlativamente, della gravità della sua elusione.

Per la Corte, l'elusione del limite stabilito dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004 (vale a dire il divieto di accesso delle coppie omosessuali alla PMA), «non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali».

⁴ Inoltre, il comma 10 prevede la sospensione dell'autorizzazione alla realizzazione delle pratiche di PMA concessa alla struttura nel cui interno è eseguita la pratica vietata, con possibilità di revoca dell'autorizzazione stessa nell'ipotesi di violazione di più divieti o di recidiva.



È un tema costituzionalmente “aperto” a più soluzioni. Se da un lato il paradigma eterosessuale della genitorialità mantiene una sua ragionevolezza (o una sua “non irragionevolezza”, come la Corte aveva già affermato nella sent. 221/2019), al tempo stesso «non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina»; dall’altro, «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l’inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore» (v. ancora il richiamo della sent. n. 221 del 2019).

Anche nella giurisprudenza della Cassazione, viene ribadito in diverse pronunce che la previsione della diversità di sesso per i componenti delle coppie e, dunque, il divieto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita per quelle omosessuali – al contrario del divieto di maternità surrogata posto sempre dalla legge n. 40 – non assurge a principio di ordine pubblico, come avvalorato anche dalla previsione di una mera sanzione amministrativa pecuniaria. Nel medesimo senso e forse ancora più esplicitamente, con la sentenza n. 14878 del 2017 la Corte di cassazione ha ribadito che la trascrizione di un atto di nascita formato all’estero, a seguito di ricorso da parte di una coppia omosessuale femminile alla fecondazione eterologa (con utilizzo del gamete femminile che non appartiene alla componente che poi partorisce il figlio, unitamente al gamete maschile di un donatore esterno) non è contrario all’ordine pubblico internazionale proprio perché non si tratta di un’ipotesi di maternità surrogata. Nella sentenza n. 19599 del 2016, invece, la Corte di cassazione si sofferma sulla “tipologia” di famiglia, quella omosessuale, e sulla «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», ritenendo che la scelta manifestata dalla legge n. 40 del 2004 («ispirata all’idea di fondo che l’unica comunità nella quale sarebbe possibile generare figli sia quella formata da persone di sesso diverso») «non esprime una opzione costituzionalmente obbligata».

Dunque, la Corte non mette in discussione, per il momento, il principio, ma prende atto e accerta che nella specifica situazione evocata nel giudizio, viene a determinarsi «una preoccupante lacuna dell’ordinamento nel garantire tutela ai minori e ai loro migliori interessi», tra cui fondamentalmente l’interesse alla «necessaria permanenza dei legami affettivi e familiari, anche se non biologici, e (al) riconoscimento giuridico degli stessi, al fine di conferire certezza nella costruzione dell’identità personale».

Più complicato è il bilanciamento nella sent. 33.

L’interesse certamente fondamentale del bambino si confronta con altri interessi più solidi e meno esposti ai cambiamenti culturali (e giuridici) che hanno contrassegnato l’evoluzione della questione omosessuale.

Quando la Corte mette sull’altro piatto del bilanciamento «la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l’ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale», non fa riferimento a qualcosa di impersonale o sfuggente; oppure ad un generico interesse pubblico.

Dietro il divieto (peraltro ampiamente diffuso sul piano comparato, sebbene in un quadro in cui sono non meno numerosi i Paesi che riconoscono la possibilità di utilizzare la GPA, anche a carattere one-

roso⁵) della maternità surrogata ci sono fondamentali interessi costituzionali che riguardano la dignità delle donne, l'interesse dei minori come categoria generale fuori dal caso concreto, l'interesse dei bambini e delle donne che in futuro potrebbero essere coinvolti in procedure di questo tipo⁶, il valore della gravidanza come identificazione della maternità. E forse, come sottolinea con riflessioni coraggiose C. Tripodina, bisognerebbe anche chiedersi «se corrisponda al miglior interesse del minore l'interruzione, immediatamente dopo il parto, del profondissimo legame simbiotico che si instaura tra lui e la madre biologica nell'arco dei nove mesi della gestazione, il fatto di non potere mai più avere con lei relazioni, di non potere neppure sapere chi sia»⁷.

Ecco perché la Corte stessa sente il bisogno di riconoscere che

«l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco. La frequente sottolineatura della "preminenza" di tale interesse ne segnala bensì l'importanza, e lo speciale "peso" in qualsiasi bilanciamento; ma anche rispetto all'interesse del minore non può non rammentarsi che "[t]utti 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 [...]».

Di questa complessità etica e giuridica si è, del resto, fatta carico anche la giurisprudenza della Corte EDU (anche nella recentissima sentenza *Fjólnisdóttir c. Islanda* del 18 maggio 2021), affermando che ciascun ordinamento gode, in linea di principio, di un certo margine di apprezzamento in materia; e che, ferma restando la rammentata necessità di riconoscimento del «legame di filiazione» con entrambi i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura, e che ciascun ordinamento garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il "genitore d'intenzione", al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati (Corte EDU, decisione 12 dicembre 2019, *C. contro Francia* ed *E. contro Francia*, paragrafo 42; sentenza *D. contro Francia*, paragrafo 67), resta affidata alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, tra i quali si annovera anche il ricorso all'adozione del minore.

In particolare, secondo la Corte europea,

«gli Stati parte possano non consentire la trascrizione di atti di stato civile stranieri, o di provvedimenti giudiziari, che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo status di padre o di madre al "genitore d'intenzione"; e ciò proprio allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato ben può considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi».

Colpisce, in entrambe le decisioni commentate, il richiamo al "difficile" precedente sui nati da rapporti incestuosi (sent. 494/2002). Invero, la Corte sottolinea che la condizione dei minori nell'ambito

⁵ Per una rassegna accurata, v. da ultimo, E. GRASSO, E. MOSTACCI, *Aborto e maternità surrogata: il diritto di fronte al divorzio tra sessualità e riproduzione*, in *Pol. Dir.*, 2, 2021, 149 ss. Secondo questa ricerca, l'ultimo Stato in ordine di tempo ad aver regolato la materia ammettendo la GPA a titolo oneroso è lo Stato di New York, con il *Child-Parent Security Act* (CPSA), entrato in vigore il 15 febbraio di quest'anno.

⁶ 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 telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 135-13

⁷ U.o.c., 130.

del giudizio esaminato «rivela caratteri solo in parte assimilabili a un'altra categoria di nati cui, per molti anni, è stato precluso il riconoscimento dello status di figli (i cosiddetti figli incestuosi), destinatari di limitate forme di tutela, a causa della condotta dei genitori».

E in effetti, in quella lontana decisione, la Corte precisò che il diritto di azione «è riconosciuto a lui solo» (cioè soltanto al nato, e in caso di morte, ai suoi discendenti), e non può tradursi in una generale apertura all'accertamento e al riconoscimento di tali rapporti di filiazione anche da parte di altri soggetti.

Le differenze tra la sent. 32 e la sent. 33, e le rispettive questioni, si riflettono infine anche sui contenuti del mandato al legislatore: mentre nella prima decisione si ipotizza una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, nella sent. 33 l'obiettivo sembra essere (almeno nella mia valutazione, poi so bene che ci sono interpretazioni diverse) più ridotto, muovendo verso un adattamento dell'istituto dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 della l. 184/83. Ma su questo tornerò più avanti.

4. Evoluzioni della Corte Costituzionale sulla genitorialità omosessuale

Dopo questa prima lettura in parallelo delle due sentenze, proviamo ad esaminare separatamente i due temi che, appunto, si intrecciano ma hanno profili non completamente sovrapponibili.

Nel primo giudizio (deciso con la sent. n. 32) ritroviamo, nel quadro di una vicenda con caratteristiche molto peculiari, quella che possiamo considerare l'ultima linea, la più tormentata e divisiva, della questione omosessuale: il tema della genitorialità.

Sempre la Corte Costituzionale, nella sent. 230/2020, nel dire che «Resiste, dunque, a censura l'affermazione, assunta in premessa dal Tribunale pisano, che "allo stato", nel nostro ordinamento, è "escluso che genitori di un figlio possano essere due persone dello stesso sesso"», ha sottolineato che anche

«la legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), pur riconoscendo la dignità sociale e giuridica delle coppie formate da persone dello stesso sesso, non consente, comunque, la filiazione, sia adottiva che per fecondazione assistita, in loro favore. Dal rinvio che il comma 20 dell'art. 1 di detta legge opera alle disposizioni sul matrimonio (cosiddetta clausola di salvaguardia) restano, infatti, escluse, perché non richiamate, quelle, appunto, che regolano la paternità, la maternità e l'adozione legittimante».

Un anno prima, nella sent. 221/2019, ci sono state affermazioni apparentemente più nette. Dice la Corte che

«[...] Contrariamente a quanto mostrano di ritenere i giudici a quibus, l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale».

Il passaggio centrale della sentenza del 2019 è probabilmente il seguente:

«l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia ad *instar naturae* – due genitori di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata [...] di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali».

Poco dopo, il riferimento al modello “naturale” della genitorialità viene spiegato e rafforzato attraverso il richiamo al «grado di accettazione sociale del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità” nell'ambito della comunità sociale».

Già dopo questa decisione, appariva evidente come la linea della persistente (attuale) ragionevolezza del paradigma eterosessuale della genitorialità si fosse fatta più sottile. La coppia eterosessuale è il luogo “più idoneo” (ma non l'unico idoneo) allo svolgimento della funzione genitoriale; la ragionevolezza di questo modello è, in realtà, una “non irragionevolezza”, una “non arbitrarietà”. Sfumature di linguaggio, che tuttavia non sembrano del tutto prive di significato.

La sensazione, come ho detto prima, è che ci muoviamo su un terreno instabile, che potrebbe portare a cambi di prospettiva: infatti, la stessa Corte, nel ribadire che la scelta del legislatore non è «eccedente il margine di discrezionalità», ammette che tale opzione resta «aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»⁸.

Infatti, già nella 230/2020, l'obiettivo dell'accesso delle coppie omosessuali alla genitorialità attraverso i metodi non naturali, pur ragionevolmente (ancora) precluso dal legislatore, viene ritenuto

«perseguibile per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, ma propriamente “attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre [...] il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale”».

Come scrive Zanon⁹, «la scelta per il diritto all'omogenitorialità non è contenuta nella Costituzione; quest'ultima non vi si oppone, [...], ma certo nemmeno la impone».

Il terzo atto è appunto quello che si è chiuso con la sent. 32/2021, a dimostrazione che il tema è estremamente fluido, tutt'altro che assestato.

Nella prospettazione delle ricorrenti, il divieto di accesso alla PMA da parte di persone dello stesso sesso costituirebbe una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, lesiva della dignità della persona umana. Esso implicherebbe una negazione del diritto alla genitorialità sproporzionata e irragionevole, come tale lesiva anche dell'art. 31, secondo comma, Cost., in forza del quale la Repubblica «protegge la maternità».

Da un diverso punto di vista, viene sottolineato come costituisca un dato ormai acquisito – anche alla luce della giurisprudenza delle Corti europee – che la coppia omosessuale, tanto unita civilmente

⁸ Per A. RUGGERI, *Mutamenti*, cit., 152, “ancora una volta l'ombra lunga di Pilato si proietta alla Consulta; e la Corte giudica non irragionevole il divieto della legge, premurandosi di precisare che anche la soluzione opposta, eventualmente adottata, parimenti non risulterebbe affetta dal vizio in parola”.

⁹ N. ZANON, *I rapporti*, cit., 11, aggiungendo che “lo spazio nel quale ci si muove è in tal caso uno spazio vuoto in termini di diritto costituzionale. La scelta appartiene soltanto alla discrezionalità del legislatore, appunto in corrispondenza ai mutamenti della coscienza sociale, che il legislatore, se ritiene, può intercettare e riflettere in atti normativi”.

(come le ricorrenti), quanto «in libera unione», costituisca una famiglia e goda, quindi, del diritto al rispetto della propria vita familiare.

Si legge nelle memorie depositate nel giudizio che

«Se la coppia omosessuale costituisce una formazione sociale tutelata dall'art. 2 Cost., come ha statuito il Giudice costituzionale fin dalla sent. 138/2010 e se la determinazione di avere un figlio rappresenta un diritto inviolabile della coppia, anche in assenza di legame genetico, il divieto di accesso alla procreazione assistita posto dalla legge n. 40 del 2004 nei confronti delle coppie formate da due donne – in difetto di interessi contrari di pari rango – colliderebbe inevitabilmente con il citato parametro costituzionale».

Le disposizioni censurate violerebbero, altresì, l'art. 3 Cost., sia sotto il profilo dell'eguaglianza, sia sotto quello della ragionevolezza, ad esempio nel raffronto «tra una coppia di donne con patologie riproduttive e una coppia eterosessuale con la donna affetta dalla medesima patologia. La donna in coppia con un uomo potrebbe, infatti, fruire della PMA, mentre la donna in coppia con un'altra donna non vi ha accesso».

Era solo una riproduzione molto rapida delle censure proposte.

La “dichiarazione di apertura” della Corte contiene già lo sviluppo della motivazione: per il Giudice delle leggi,

«la materia tocca, al tempo stesso, “temi eticamente sensibili” (sentenza n. 162 del 2014), in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene “primariamente alla valutazione del legislatore” (sentenza n. 347 del 1998). Ciò ferma restando la sindacabilità delle scelte operate, al fine di verificare se con esse sia stato realizzato un bilanciamento non irragionevole (sentenza n. 162 del 2014)».

Nello scenario così delineato, il diritto di procreare non è senza limiti. L'affermazione contenuta nella sent. 162/2014, laddove la Corte definisce come “incoercibile” il diritto di procreare, ovvero il diritto di diventare genitori, è stata corretta già in quella sentenza dall'affermazione per cui tale diritto non deve vulnerare altri valori costituzionali e che incontra in ogni caso dei limiti. Successivamente, il giudice costituzionale ha più chiaramente affermato che

«[l]a tutela costituzionale della “salute” non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale, così da rendere incompatibile con l'evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione. La contraria affermazione che pure si rinviene nella sentenza n. 162 del 2014 – richiamata dal rimettente – deve intendersi calibrata sulla specifica fattispecie alla quale la pronuncia si riferisce (la coppia eterosessuale cui sia stata diagnosticata una patologia produttiva di infertilità o sterilità assolute e irreversibili)» (sent. 272/2017)¹⁰.

¹⁰ Vedi E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2021, 147, secondo cui, «[...]se non ogni aspirazione soggettiva dei genitori intenzionali può essere soddisfatta attraverso un'incontenibile estensione del diritto alla salute, allo stesso modo non può esserlo in ragione di strumentali concezioni antidiscriminatorie del diritto alla (bi)genitorialità, alla procreazione o del diritto al rispetto della vita privata e familiare».

Tra le limitazioni di ordine soggettivo all'accesso alla PMA continua ad esserci quella che riguarda le coppie omosessuali. Nondimeno, lo slittamento – già individuato nel confronto tra la 221/2019 e la 230/2020 – si fa più visibile, diventa quasi un ribaltamento.

La Corte ribadisce che «non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina»; e aggiunge, rispetto al precedente del 2019, che l'elusione del limite stabilito dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, «non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali».

In altre parole, la Costituzione colloca l'omogenitorialità in una zona aperta a soluzioni differenti sul piano legislativo, all'ascolto e all'interpretazione di ciò che emerge dai processi sociali e culturali nella valutazione di questi nuovi modelli di vita familiare.

Si tratta di una situazione non vietata ma nemmeno imposta in termini costituzionali. Però, di fronte ad un caso come quello “raccontato” dal giudizio a quo, l'insufficienza riscontrata degli strumenti attuali di riconoscimento giuridico e di mantenimento dei legami affettivi e familiari che sono fondamentali per l'identità personale, e dunque «il vuoto di tutela del preminente interesse del minore», rendono «non [...] più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa», e quindi, come ha concluso la Corte (in via esemplificativa) «una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero (l') introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione».

Dunque, serve una disciplina organica della condizione dei nati da coppie dello stesso sesso. Ma non è chiaro a questo punto cosa rimarrebbe del limite dell'art. 5 della l. 40.

5. È davvero discriminatorio il divieto di accesso delle coppie omosessuali alla PMA?

È difficile orientarsi tra argomenti che hanno evidentemente una rilevanza pre-giuridica.

La sensazione, come ho detto prima, è che ci muoviamo su un terreno “accidentato”, che potrebbe portare a cambi di prospettiva: infatti, la stessa Corte, nel ribadire che la scelta del legislatore non è «eccedente il margine di discrezionalità», ammette che tale opzione resta «aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»¹¹. Tra natura e ragionevolezza giuridica e sociale, può giocare una partita non irrilevante anche il profilo scientifico.

Fino a quando sul piano scientifico reggerà l'idea che la coppia eterosessuale sia il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato? È ancora un'idea largamente o maggiormente condivisa sul piano scientifico?¹²

Fermo restando (e questo lo dice anche la Corte Costituzionale) che non è evidentemente in discussione la capacità educativa, la sensibilità che le coppie omosessuali o i soggetti omosessuali hanno, o possono avere in misura simile o dissimile, rispetto a un soggetto o a una coppia eterosessuale, la

¹¹ Per A. RUGGERI, *Mutamenti*, cit., 152, «ancora una volta l'ombra lunga di Pilato si proietta alla Consulta; e la Corte giudica non irragionevole il divieto della legge, premurandosi di precisare che anche la soluzione opposta, eventualmente adottata, parimenti non risulterebbe affetta dal vizio in parola».

¹² Per considerazioni critiche sulla sent. 221/2019, v. M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2020, 835 ss.

realtà è che non ci sono posizioni nette sulla idoneità di uno schema genitoriale di tipo omosessuale, in rapporto al processo di formazione della personalità del minore¹³.

La Corte riconosce che c'è una larga giurisprudenza ("predominante") che ammette l'adozione non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184/1983. Inoltre in diverse decisioni della Corte EDU (e della Corte di Cassazione italiana) viene ("progressivamente") affermato che l'orientamento omosessuale non è e non può essere un impedimento giuridico alla genitorialità.

Ma appunto, almeno finora, si è trattato di casi in cui il minore era già figlio di uno dei *partners same-sex*, anche se, a dire il vero, le motivazioni del Giudice europeo in alcuni giudizi (penso alla decisione *X e altri c. Austria* del 19 febbraio 2013) sembrano andare oltre la vicenda specifica, negando – in linea generale – che ci possano essere differenziazioni legittime di trattamento tra coppie "non sposate", non importa se "etero" o gay.

Nei casi di adozione, però, come nota efficacemente il Giudice costituzionale (almeno a mio avviso), la deviazione rispetto al paradigma della genitorialità eterosessuale può trovare un suo elemento di giustificazione nell'interesse del minore ("già nato" e quindi in una condizione non paragonabile a quella del figlio non ancora venuto ad esistenza) a mantenere e consolidare un legame affettivo.

Nel contesto della PMA, invece, a parte il problema di inammissibilità legato al fatto che la genitorialità omosessuale maschile potrebbe realizzarsi solo attraverso una violazione del divieto di maternità surrogata, il principio finalistico è essenzialmente la realizzazione di aspirazioni genitoriali; per questo, «non è irragionevole» – dice la Corte – che il legislatore abbia fatto una valutazione, anche «alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale», orientata alla maggiore idoneità dei contesti basati sulla duplicità della figura sessuale rispetto all'interesse del bambino.

Ora, la Corte dice che non è una questione costituzionale che presenta una soluzione obbligatoria o univoca. È materia di discrezionalità legislativa, e il legislatore può ragionevolmente confermare (almeno finora è stato così) la riserva della PMA alle sole coppie eterosessuali.

Devo dire che personalmente ho condiviso queste posizioni della Corte. Trovo formalistica o eccessiva l'idea secondo cui questa limitazione comporterebbe una discriminazione lesiva del principio di eguaglianza.

Un diritto ad avere o poter fare qualcosa non può essere affermato al di fuori di una individuazione dell'oggetto di questo diritto. Dire che negare il matrimonio agli omosessuali (fermo restando ovviamente la necessità costituzionale di garantire uno statuto giuridico alle coppie omosessuali, come è adesso in Italia nelle forme dell'unione civile) o la genitorialità significa introdurre una discriminazione basata sulle condizioni personali (sull'orientamento sessuale), appare un'affermazione autoreferenziale, che parte da una premessa che dovrebbe essere invece il punto di arrivo di un ragionamento giuridico, e cioè che la genitorialità sia un istituto liberamente conformabile alla stregua dell'evoluzione del costume sociale e delle spinte culturali; che sia, cioè, una sorta di guscio "vuoto", indefinito, e perciò aperto ad ogni possibile ri-costruzione.

¹³ In un documento del 20 marzo 2013, l'American Academy of Pediatrics ha concluso nel senso che 30 anni di ricerche documentano che l'essere cresciuti da genitori gay o lesbiche non danneggia la salute psicologica dei figli, e che il benessere dei bambini è influenzato dalla qualità delle relazioni con i genitori, dal senso di sicurezza e competenza di questi, e dalla presenza di un sostegno sociale ed economico alle famiglie.

Quello che voglio dire è che se parliamo solo di diritti ed eguaglianza, senza porci il problema di quello che rivendichiamo come diritto, o come elemento di una pretesa egualitaria e antidiscriminatoria, delle sue caratteristiche intrinseche, rischiamo di fare un'operazione "parziale", che guarda solo un lato del problema, un po' come costruire una scala gradino dopo gradino senza sapere o vedere dove la scala deve poi essere appoggiata

La questione del bilanciamento del diritto di diventare genitori con l'interesse (diritto fondamentale) del minore a una crescita equilibrata, e della rilevanza su questo aspetto della duplicità della figura sessuale, appare tuttora esposto ad elementi di valutazione molto complessi e privi di riferimenti condivisi sul piano culturale, sociale, psicologico.

Come ho scritto in altre sedi, questa scelta della legge di ancorare l'accesso alle tecniche di PMA al presupposto della duplicità della figura sessuale appare (ancora, nel senso che inevitabilmente questo tipo di giudizio può risentire dell'evoluzione degli orientamenti culturali e della loro sedimentazione sociale) ragionevole, rappresentando un bilanciamento non sproporzionato tra interessi del nascituro e diritto di procreare.

Come ho sostenuto anche in altre occasioni, non sono in discussione la sensibilità, la capacità educativa e affettiva che i soggetti o le coppie omosessuali possono avere e hanno in misura non dissimile o minore rispetto a un soggetto o una coppia eterosessuale. Il problema è complessivo, riguarda la idoneità di uno schema genitoriale di questo tipo (anche alla luce del contesto sociale e culturale) in rapporto al processo di formazione della personalità del minore, e su questo le perplessità e le incertezze restano forti e non completamente risolte, come emerge dall'analisi della (invero non priva di contrasti) letteratura scientifica psico-pedagogica.

Non ogni ineguaglianza o diseguaglianza è discriminatoria; se la procreazione come fenomeno naturale, come possibilità naturale, richiede la duplicità sessuale, se la genitorialità è collegata a questo fenomeno, questo certamente può non escludere deviazioni rispetto a questa realtà fenomenica, a mano a mano che mutamenti culturali, evoluzioni sociali, portano a colmare questa distanza tra naturalità e socialità di un fenomeno complesso come la genitorialità. Ma pretendere *tout court* questi mutamenti come contenuti del principio di eguaglianza trasmette un'idea simmetrica, troppo rigida di eguaglianza, quando invece proprio il principio di eguaglianza postula e accetta le diseguaglianze naturali.

L'eguaglianza è una dimensione complessa, articolata, diversificata anche in relazione ad una singola prospettiva di rivendicazione, come può essere proprio quella della omogenitorialità.

Dovremmo chiederci ad esempio se è del tutto ingiustificata o discriminatoria una distinzione tra coppie omosessuali femminili o maschili¹⁴. Solo le prime infatti potrebbero accedere alla PMA senza surrogazione di maternità; addirittura potremmo immaginare situazioni (come quella effettivamente esaminata dalla Cassazione qualche anno fa¹⁵) in cui una delle due donne presta l'ovulo e l'altra porta avanti la gestazione: due differenti e complementari livelli di genitorialità biologica.

¹⁴ Come sembra ritenere E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in *Diritti fondamentali.it*, 1, 2021, 378-379

¹⁵ Ne parla B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 5, 2019, 204-205.

Non è un caso che, nella sua ultima revisione (del 29 giugno 2021), la Loi de Bioéthique francese ammette solo le coppie lesbiche e le donne single alla PMA¹⁶.

Su questo tema della genitorialità omosessuale ho la sensazione che venga messa in campo una visione olistica, totalizzante dell'eguaglianza, in cui il senso peculiare e irriducibile della maternità, e il rilievo della differenza sessuale (e della differenza femminile¹⁷) nella procreazione vengono assorbiti in una costruzione neutra ed esclusivamente "socio-culturale" della genitorialità.

Eppure siamo un Paese in cui la cultura giuridica ha espresso con grande profondità il discorso della ragionevolezza, l'adattamento del diritto alla diversità dei contesti umani e sociali.

Qualche anno fa, nella complicatissima e drammatica (sul piano etico e giuridico) vicenda dello scambio di embrioni, due giudici affermarono chiaramente che il concetto di maternità non può non configurarsi attorno alla gestazione («[...] la letteratura scientifica è unanime nell'indicare come sia proprio nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la madre»).

Per parlare di eguaglianza nell'essere genitori anche nell'ambito delle coppie omosessuali, noi dobbiamo amputare completamente ogni elemento naturale della genitorialità, farla diventare solo un costruito sociale.

Silvia Nicolai ha criticato con riflessioni forti e condivisibili l'aggancio al discorso antidiscriminatorio (e alla logica paritaria e neutra che lo contraddistingue) della rivendicazione ad una indistinta genitorialità omosessuale, contestando soprattutto la tendenza a fare della maternità una cosa analoga alla paternità (fondendole così entrambe nella "genitorialità", appunto), e, precisamente, a fare della maternità un fatto sociale, analogamente a come è sempre stata la paternità (secondo millenarie tradizioni la madre è colei che partorisce, fatto "naturale", il padre è il "marito della madre" o colui che con gesti e atti congruenti si assume la paternità: fatto sociale [...])¹⁸.

Va detto che questa dottrina non chiude del tutto alla genitorialità per le coppie omosessuali maschili, ammettendola solo attraverso il ricorso di entrambi i partners allo schema giuridico dell'adozione nelle sue diverse forme.

Tornando alla vicenda concreta su cui si è pronunciata la Corte nella sent. 32 del 2021, non si può non condividere l'opinione secondo cui le questioni sollevate in giudizio «rivelano in maniera tangibile l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, per come attualmente regolato, tant'è che

¹⁶ Il Code de la santé publique è così modificato: «Art. L. 2141-2. – L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation après les entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire effectués selon les modalités prévues à l'article L. 2141-10».

¹⁷ Sul carattere "originario", "costitutivo", della differenza sessuale e della differenza femminile, v. S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuale alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, 3.

¹⁸ S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone*, cit., 8, secondo cui le posizioni "eguaglianti" «disegnano una grande egida universalizzante che neutralizza, rendendola irrilevante, la differenza sessuale, e attraverso la quale riemerge corposamente una aspirazione che non si saprebbe altrimenti chiamare se non come di tipo patriarcale. Al cuore di questa dinamica si colloca, a mio giudizio, un conflitto sul materno, fatto dell'aggressione, da parte degli uomini, e della rinuncia, da parte delle donne (meglio: di alcuni e di alcune che parlano per essi e per esse), nei confronti del materno, per ciò che esso addita e rende possibile pensare, e cioè che l'esperienza (e la libertà) umana precede l'ambito normativo e sociale e non ne è interamente creata, istituita, definita e manipolata, ed esiste, invece, come potenzialità di trasformare l'esistente».

nello specifico è resa impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali [...] la crisi della coppia e la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale», che la legge invece considera alla stregua di un requisito necessario.

In sostanza, la possibilità di escludere la madre "intenzionale" dal rapporto genitoriale crea una ferita che si riversa direttamente sul diritto del minore a mantenere i legami affettivi e familiari costruiti nel tempo, e costitutivi della sua identità personale.

Questo "sbrego" nella disciplina, che sacrifica radicalmente il profilo volontaristico della genitorialità a quello biologico/legale, non può essere ovviamente accettato. Di qui la constatazione dell'insufficienza della normativa denunciata.

Nondimeno, la Corte non attraverso direttamente la soglia dell'incostituzionalità. Chiama in causa il legislatore, e gli chiede di trovare, «su questa materia eticamente sensibile», «un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti».

Ora, al di là della formula che richiama altri contesti e che potrebbe apparire quasi di stile, credo che la Corte abbia voluto sottolineare che la necessità di riparare il "bug" della normativa evidenziato dalla vicenda in esame, non trascina inevitabilmente con sé il definitivo accantonamento del paradigma eterosessuale nell'accesso alla PMA.

In altre parole, il legislatore potrà confermare il limite soggettivo ex art. 5 della l. 40, intervenendo essenzialmente sulla disciplina dell'adozione in casi particolari, magari non semplicemente per risolvere lo specifico problema sollevato davanti alla Corte ma per definire organicamente una nuova tipologia di adozione che attribuisca (dice la Corte «con una procedura tempestiva ed efficace») in modo pieno i diritti connessi alla filiazione ai nati da coppie dello stesso sesso.

Dunque, c'è un obiettivo (o un "fine", secondo la Corte) costituzionalmente necessario che deve essere garantito, e che è appunto il superiore interesse del minore a mantenere nel tempo i legami affettivi stabili nelle situazioni di crisi della coppia genitoriale omosessuale in cui uno solo dei genitori ha un legame biologico/legale con il nato.

Per garantirlo, il legislatore ha davanti a sé un *range* sufficiente ampio di soluzioni. Potrebbe aprire completamente la strada alla genitorialità omosessuale (perché, secondo la Corte, il superamento del limite stabilito dall'art. 5 della legge n. 40 «non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali»); ovvero potrebbe limitarsi a costruire uno schema normativo (riferito alle previsioni in materia di riconoscimento o all'introduzione di una nuova tipologia di adozione) applicabile in quei casi in cui la coppia omosessuale ha ottenuto all'estero l'accesso ad una procedura di PMA, mantenendo tuttavia la disciplina interna.

D'altronde, come ha chiarito il Giudice costituzionale nella sent. 221/2019, l'argomento dell'asimmetria normativa e del "turismo procreativo" non può essere determinante:

«il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione. La circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia».

6. Sul “seguito” della sent. 33/2021. Realizzare il best interest del minore senza rinunciare al divieto della GPA

Questa difesa delle scelte della legge 40 (almeno di queste scelte) vale ancora di più, a mio avviso, per la questione della maternità surrogata, oggetto della sent. 33 del 2021.

Infatti, la stessa Corte sembra indirizzare il legislatore in modo più diretto verso la correzione del modello dell'adozione in casi particolari, in modo da rendere la disciplina «più aderente alle peculiarità della situazione in esame», aggiungendo altresì che ad esso «deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco».

Il divieto della maternità surrogata non è come il limite di accesso per le coppie omosessuali. Sul punto la Costituzione non è “neutra”, e la finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della surrogazione di maternità, che rappresenta il termine di bilanciamento degli interessi dei bambini nati da questa tecnica, è “legittima” proprio perché corrispondente ad una serie di valori costituzionali anche impliciti che riguardano le donne, gli stessi bambini (quelli di oggi e di domani e il loro interesse fondamentale a non vedere la relazione con la donna – che è la loro madre – condizionata da decisioni contrattuali, non imposta se onerose o gratuite)¹⁹.

Su questo tema deve essere ancora più chiaro che l'esigenza di tutelare il «superiore interesse del minore», non è uno scopo che non ammette limiti o punti di confronto.

Fa parte di un mosaico nel quale ci sono altri diritti e interessi, che a loro volta sostengono e promuovono scelte limitative o impeditive da parte dell'ordinamento, come per il ricorso alla surrogazione di maternità.

Scriva Giuseppina Barcellona, con molta sensibilità ed efficacia, che non è giusto sorvegliare gli adulti punendo i bambini. Giustissimo!

Bisogna stare attenti però anche al rovescio di questa posizione. I legittimi e preminenti interessi dei bambini (“Prima i bambini”, è il titolo di un bel libro di Elisabetta Lamarque²⁰) non possono diventare una sorta di argomento riflesso per affermare in via generale diritti di genitorialità degli adulti anche fuori da (e contro) precise scelte legislative.

Il divieto di GPA è probabilmente quello più presidiato dalla legge 40; e questo evidentemente esprime il disvalore etico e giuridico assegnato a questa pratica, e, in ogni caso, la sua elevata complessità²¹.

Basti pensare che la legge non prevede nessuna tutela a garanzia del nato da GPA, a differenza di quanto stabilito dall'originario divieto di fecondazione eterologa, esponendolo a conseguenze

¹⁹ Sul punto, v. ancora le profonde riflessioni di S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone*, cit., 38, secondo cui «se, [...], maternità e paternità si fondono in un doing, in un agire, in un set di comportamenti, se dunque il fare, il piano materiale, è così importante per determinare la genitorialità, come si può ammettere che una donna che per nove mesi porta il pancione non sia madre? nel diritto del bambino alla conoscenza delle proprie origini rientra in modo del tutto piano quello a non vedere la relazione con la propria madre condizionata, e precisamente: esclusa, da decisioni contrattuali di terzi. Vi sono poche cose di più sociali, visibili e condizionanti il proprio essere, di una gravidanza. Il “fare” del parto non fa “la madre” mentre lo “fa” il mettere il ciucchetto e cambiare i pannolini?».

²⁰ E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, Milano, 2016.

²¹ M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 353 e 362.

drammatiche (che sono arrivate fino all'allontanamento dalla coppia committente, almeno quando manca un legame genetico con uno dei componenti della coppia stessa²²).

Non posso soffermarmi su questo profilo, che ha dato luogo ad una giurisprudenza tormentata, sia sul piano delle conseguenze penali per la coppia committente, sia sul piano della possibilità di allontanare il minore dal contesto familiare che è venuto a crearsi per effetto della GPA.

Voglio invece tornare alle motivazioni che a mio avviso rendono pienamente legittima la conferma del divieto di GPA, pur nella necessità ora di trovare una soluzione ai problemi emersi nel giudizio che si è chiuso con la sent. 33/2021.

Abbiamo detto tante volte che la gravidanza, il parto, sono la parte più “visibile” della naturalità che connota la procreazione e la genitorialità. L'art. 269, comma 3, c.c. è perentorio nello stabilire che «La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre».

Insomma, il parto è il momento incontrovertibile di identificazione della maternità. Ci possono essere declinazioni ulteriori e complementari della maternità (la madre biologico-genetica, che mette a disposizione gli ovuli, quella legale-sociale, che chiede di accedere ad una procedura di PMA), ma non possono contestare la prima, semplice, modalità di identificazione²³.

La gestazione per altri rompe questa connessione intima, “naturale”, tra gravidanza e genitorialità²⁴; ed è il motivo per cui il legislatore italiano sceglie di vietare complessivamente la maternità surrogata, indipendentemente dal fatto che la surrogazione si fondi su una “contrattualizzazione” della gestante (il che evidentemente “snatura” ancora di più il significato di questo momento così essenziale anche per il nato), ovvero su una scelta di tipo solidaristico, che secondo alcuni autori potrebbe valere invece come estrema linea di tollerabilità della surrogazione di maternità, almeno laddove sia possibile escludere motivazioni di tipo economico o utilitaristico.

In sostanza, se per un verso l'intero spettro delle tecniche di PMA configura un allontanamento dalla naturalità della sequenza sessualità-procreazione-genitorialità, nel caso della maternità surrogata questa deviazione supera la soglia di accettabilità, perché va a travolgere l'essenza stessa della ma-

²² È sufficiente ricordare qui il cambio di prospettiva e di decisione della Corte EDU, nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (2017), quando questa vicenda approda alla Grande Camera. La Corte ribalta il proprio precedente, ritenendo l'insussistenza di profili di violazione dell'art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) CEDU. Quello stesso arco di tempo di sei mesi, prima ritenuto idoneo a configurare una situazione familiare quantomeno di fatto, viene in questa occasione ritenuto insufficiente al medesimo fine, unitamente alla mancanza di ogni legame genetico con i componenti della coppia committente. Di conseguenza, la scelta di allontanare il minore non risulta illegittima, poiché con essa si è inteso garantire in concreto la tutela del suo preminente interesse.

²³ In tema, v. A. D'ALOIA, M. ERRIGO, *Scambio di embrioni, fra etica e diritti*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *Trattato*, 435 ss.

²⁴ Come scrive B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 195, «resta l'esperienza relazionale irriducibile della gravidanza, che non può essere messa in ombra né recisa neppure dalla eventuale alterità dei gameti al corpo della madre gestante: il corpo gravido per nove mesi è una donna che intesse una relazione ed in quanto tale si tratta di una esperienza che non può essere rimossa o sottovalutata».

ternità, il legame che si instaura tra il nato e chi ha portato avanti la gravidanza tendendo possibile la nascita²⁵.

Dal mio punto di vista, è un divieto condivisibile, costruito su una equilibrata e ragionevole considerazione dell'argomento "naturale" e della sua connessione con la dignità del corpo femminile²⁶.

La Corte Costituzionale ha confermato due volte, recentemente, il divieto di maternità surrogata (con le sentenze nn. 272/2017 e 221/2019)²⁷.

Nella prima sentenza, in maniera molto secca, ribadisce che la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

Chiara Tripodina usa una metafora che trovo particolarmente adatta a descrivere la confusione di piani che talvolta si fa tra situazioni specifiche (persino eccentriche) e la rilevanza generale di alcuni interessi e principi: il microscopio del caso concreto e il telescopio degli interessi generali, che fa guardare lontano, ai diritti di tutti i bambini e di tutte le donne (non solo di quelli coinvolti nella particolare vicenda di GPA)²⁸.

Tra questi diritti la Tripodina ci invita a considerare il diritto di non essere oggetto di pretese altrui, e questo vale sia per il bambino che per la madre surrogante, ed è un problema che si ripropone anche in una GPA che fosse mossa da ragioni altruistiche o solidali²⁹.

²⁵ Come sottolinea con parole di grande profondità C. TRIPODINA, *C'era una volta*, cit., 137-138, «C'è assoluta certezza che il nato da maternità surrogata, onerosa o gratuita che sia, non abbia a soffrire alcun danno dalla rottura improvvisa e irrimediabile del suo legame simbiotico con la madre biologica (talvolta anche madre genetica)? O dalla frantumazione e destrutturazione delle figure genitoriali di riferimento, in termini di costruzione della sua identità (biologica, genetica, sociale, giuridica)? Problemi analoghi, naturalmente, si possono porre anche per le persone adottate, con l'importante differenza però che, "mentre l'adozione risponde e dà una soluzione ad una situazione di abbandono già esistente" la maternità surrogata "provoca volontariamente una difficoltà che prima non esisteva"». In termini, v. anche E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, cit., 20. Per Corte Cost., sent. 272/2017, «la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'identità personale del minore, la quale concorre, insieme ad altre componenti, a definirne il contenuto».

²⁶ Per considerazioni analoghe, v. I. CARLOTTO, *La ricerca delle proprie origini nel bilanciamento dei diritti*, Napoli, 2020, 170, 175.

²⁷ E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, 21.

²⁸ Cfr. ancora C. TRIPODINA, o.u.c., 130-131, secondo cui «Accanto al migliore interesse del minore, inoltre, dovrebbe essere tenuto in adeguata considerazione anche il miglior interesse dei minori, intesi come categoria universale e astratta. Lo impone il dovere inderogabile di solidarietà sociale prescritto all'art. 2 Cost.: decidere "secondo giustizia", nel "superiore interesse del minore", un singolo caso di maternità surrogata in eccezione all'ordine pubblico o al principio di legalità può significare, infatti, andare contro l'interesse dei "minori in generale", che la legge cerca di proteggere dal rischio di essere oggetto di accordi prima della loro nascita e di scambio immediatamente dopo». In senso analogo, v. anche E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, cit., 22.

²⁹ In realtà, come rileva acutamente C. TRIPODINA, *C'era una volta*, cit., 137-138, c'è un oggetto del dono, e il bambino ha diritto di non essere oggetto di pretese o scambi altrui neppure a titolo gratuito. «In definitiva, anche la maternità surrogata altruistica non è esente dal rischio di compromettere i diritti dei soggetti coinvolti, e particolarmente dei nati attraverso la sua pratica». Per considerazioni adesive a questa impostazione, v. ancora E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, cit., 23-24, che afferma: «se fosse realmente in questione un dono, ci troveremmo di fronte a un dono singolare: esso ha come oggetto un altro essere umano e, al di fuori delle ipotesi non normate di maternità solidale tra donne, il suo buon esito viene in ultima analisi rimesso alla forza della legge». Per I. CARLOTTO, *La ricerca*, cit., 167, «si può dunque convenire sul fatto che i

Se pensiamo poi alla GPA (normalmente) onerosa, essa travolge completamente il principio dell'art. 3 CFDUE, secondo cui «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto». Non può convincere il parallelo con l'adozione internazionale, dove pure sono presenti inevitabilmente interessi economici più o meno diretti. In questo caso abbiamo già, ed è concreto e attuale, l'interesse di un minore abbandonato a trovare un ambiente familiare idoneo che possa occuparsi di lui.

A questa stregua, trovo ragionevole la costruzione del divieto di maternità surrogata come un «principio generale, ordinatore dell'ambito della filiazione, che protegge il valore della relazione materna, la genealogia femminile e la libertà delle scelte in materia procreativa, [...] da riguardare come un bene, di origine femminile, della persona e della collettività»³⁰.

Cosa attendersi ora dopo la sent. 33/2021? Il rinvio al legislatore è – come si è visto – rinforzato da un giudizio di indifferibilità del compito di individuare «soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore».

Credo (o forse auspico) però che la Corte non intenda mettere in discussione la legittimità del divieto di GPA³¹. Nello specifico, non penso che il legislatore debba o possa seguire *tout court* la strada tracciata ad esempio dalla Corte d'Appello di Trento, che ha riconosciuto efficacia all'atto di nascita formato all'estero di un bambino nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità da parte di una coppia omosessuale maschile³².

Deve essere trovato un punto di equilibrio tra l'interesse generale e astratto dei minori a non nascere da una maternità surrogata (e delle donne a non essere coinvolte in tali procedimenti come madri surrogate) e l'interesse particolare e concreto del bambino nato, malgrado il divieto, da maternità surrogata, a non essere discriminato rispetto agli altri bambini nel godimento dei propri diritti fondamentali, e segnatamente del diritto a mantenere i legami affettivi e sostanzialmente "familiari" sviluppati nel contesto della genitorialità intenzionale, a causa della violazione delle norme sul divieto di GPA.

Ed è necessario che questo equilibrio venga configurato in modo organico dal legislatore, e non lasciato alla rilevazione caso per caso di un *best interest* del minore.

Su questa linea, della ricerca di un "ordine pubblico differenziato" – in rapporto da un lato, ai diritti e allo status del nato, e dall'altro, alla posizione della coppia che ha fatto ricorso alla maternità surrogata – resto convinto che l'istituto dell'adozione in casi particolari, ovviamente corretto in quei profili

genitori che ricorrono alla maternità surrogata finiscono con il caricare il figlio di una storia personale molto pesante da elaborare, con ogni possibile conseguenza sulla ricostruzione dell'identità personale».

³⁰ S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone*, cit., 50.

³¹ Certo, secondo alcuni autori (E. MALFATTI, *La gestazione per altri*, cit., 398), «dalla sent. n. 272/2017 sembrano trascorse non poche stagioni ma veri e propri anni luce, i (pre)giudizi di valore avendo ceduto il passo ad un soddisfacente esercizio di metodo sul terreno dei principi irrinunciabili, e ad argomenti tra loro collimanti, aventi un proprio indiscutibile spessore tecnico giuridico».

³² Al contrario, la Corte d'Appello di Trento, con l'ordinanza oggetto di ricorso, aveva ritenuto che il divieto posto dalla legge n. 40 non ne impedisse affatto il riconoscimento nel nostro ordinamento, valorizzando sia l'interesse del minore a mantenere lo status di figlio formato all'estero, sia l'intenzione di prendersene cura da parte del genitore non biologico, considerando inoltre che il nostro ordinamento riconosce anche un modello di genitorialità non fondato sul legame biologico. In riferimento a tale pronuncia, parla di «preoccupante meccanismo di fuga in avanti di alcuni giudici [...]», E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, 3.

che hanno determinato la controversia oggetto del giudizio costituzionale (penso appunto alla necessità dell'assenso all'adozione da parte del genitore non biologico, o ai limiti di tale istituto rispetto alla creazione di legami parentali con i congiunti dell'adottante, o ai diritti di successione nei loro confronti) , possa essere ancora una valida sintesi delle diverse esigenze in gioco³³.

Focus on

³³ Come rileva E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, cit., 19, «se la creazione di un legame giuridico con i committenti può rispondere all'interesse del minore, previa verifica nei singoli e concreti casi, ciò non implica affatto che tale legame debba assumere sic et simpliciter la forma del riconoscimento del minore come figlio naturale (con conseguente cancellazione della verità del concepimento e del parto)».



L'ordine pubblico internazionale e la Costituzione.

Prime note

*Michela Manetti**

INTERNATIONAL PUBLIC ORDER AND THE CONSTITUTION. FIRST REMARKS

ABSTRACT: The essay analyzes the transformations of the so called international public order, as it is applied by Italian tribunals in matters relating to artificial human fertilization. It recalls the constitutional sentence that forty years ago established the supremacy of constitutional ethic upon the catholic Church's ethic, notwithstanding the special protection that the Constitution itself affords to it.

KEYWORDS: Artificial human fertilization; international public order; constitutional values; womens' fundamental rights; childrens' fundamental rights

SOMMARIO: 1. La prima trasformazione – 2. La seconda trasformazione – 3. I vizi che inficiano la versione universalistica – 4. Il conflitto tra etica cattolica ed etica costituzionale nella sentenza n. 18 del 1982 – 5. Prime conclusioni.

1. La prima trasformazione

Nel rileggere la storia di un concetto che è sempre stato molto discusso, si viene colpiti dalle trasformazioni che esso ha subito nel tempo – così come le ha subite il concetto di ordine pubblico (interno o senza aggettivi), a cui viene regolarmente giustapposto – ¹. Ma mentre quest'ultimo ha trovato alla fine un proprio assetto, lo stesso non può dirsi per il primo. Dopo l'entrata in vigore della Costituzione l'ordine pubblico *tout court*, dapprima recepito senza eccessivi scrupoli dalla stessa giurisprudenza costituzionale, è stato soggetto ad un profondo ripensamento, in vista della necessità di conciliarlo con la tutela delle libertà e dei diritti inviolabili. All'esito di questo processo sono emerse in sostanza due posizioni: l'una che dà la prevalenza (anche se non l'esclusiva) all'ordine pubblico in senso materiale, l'altra che ritiene altresì vigente un ordine pubblico di natura ideale, sia pure rivisto e corretto alla luce dei principi costituzionali (che la Corte ha chiamato ordine pubblico costituzionale, e che ha ritenuto indispensabile per la sopravvivenza della forma di stato democratica).

* Professore ordinario di Diritto costituzionale Università di Siena, attualmente in convezione con Roma Tre. Mail: michela.manetti@uniroma3.it. Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Sul tema, da diverse prospettive disciplinari, v. A. VIVIANI, *Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 4, 1999, 847 ss.; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005; F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007.

Esiste dunque un inquadramento comune che ha consentito e consente alla dottrina (e alla giurisprudenza) di confrontarsi, pur rimanendo divisa².

Anche l'ordine pubblico internazionale, com'era inevitabile, ha dovuto fare i conti con il radicale cambiamento rappresentato dalla Costituzione repubblicana, ma le strade seguite sono state diverse e non sempre comunicanti.

Mentre alcuni hanno ritenuto che l'ordine pubblico internazionale, come argine all'ingresso di norme o di provvedimenti stranieri, dovesse essere svuotato dai contenuti caratteristici del fascismo, per ospitare i nuovi principi di civiltà accolti nella Costituzione³, altri hanno inteso contestare, più radicalmente, il riferimento ai principi dell'ordinamento statale (poco importa se democratico anziché autoritario), per sostituirli con i principi emergenti «dalla coscienza della comunità»⁴.

In quest'ultima tesi, la reazione alla chiusura che l'ordinamento fascista manifestava verso tutto quanto fosse straniero o estraneo si traduceva in un'apertura incondizionata alle convinzioni radicate nella comune civiltà giuridica europea, delle quali avrebbero dovuto farsi interpreti i tribunali. L'approccio anti-statalistico abbracciava così tanto le fonti dell'ordine pubblico internazionale, che si rintracciavano esclusivamente nella società, quanto il ruolo della giurisdizione, che si sottraeva al rispetto della legge per dare voce al diritto sorto in via non istituzionalizzata⁵.

Se non si può negare l'influenza della Costituzione in un approccio che può definirsi tanto aperto al dialogo con gli altri ordinamenti, quanto orientato allo Stato-comunità, neppure può mettersi in dubbio che esso vada molto al di là, rinnegando l'«illuministica ambizione» ordinante che la Carta esprime verso la società e anche verso l'assetto del diritto internazionale⁶.

Questa idea germina, oltre tutto, in un periodo nel quale tale ambizione è ancora pienamente riconosciuta: sembrano anzi decisamente pionieristiche, per l'epoca, l'impostazione integralmente anti-positivistica e la finalità di favorire in tal modo le esigenze del commercio internazionale, quasi un preludio alla rivincita del diritto di formazione "spontanea" e della *lex mercatorum* come sua precipua manifestazione⁷.

La tesi in esame si mostrava tuttavia ben consapevole dei rischi cui l'intrinseca creatività dell'autonomia privata può condurre, sottolineando la necessità di evitare che le norme basilari della

² Basti citare le opposte ordinanze emesse dal Tribunale di Roma in data 12 dicembre 2019 e in data 23 febbraio 2020 nei confronti rispettivamente di Casapound e di Forza Nuova, con riguardo alla cancellazione dell'account che Facebook aveva imposto ad entrambe.

³ V. al riguardo N. PALAIA, *L'ordine pubblico "internazionale"*, Padova, 1974.

⁴ G. BARILE, *Ordine pubblico: d) diritto internazionale privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, 1106 ss. Ma v. *amplius* ID., *I principi fondamentali della comunità statale (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969.

⁵ L'incoraggiamento rivolto ai tribunali a non tenere conto del "sistema formale del diritto interno statale italiano" traspare chiaramente in G. BARILE, *Ordine pubblico*, cit., 1111 ss.

⁶ Cfr. M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1, 2013, 2.

⁷ Così G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale (l'ordine pubblico internazionale)*, cit., 69 ss. che invoca i «principi del diritto spontaneo della comunità» richiamando l'esperienza del mondo giuridico cristiano medioevale e i valori universali che esso riconosceva. Questi ultimi hanno notoriamente trovato il loro più raffinato interprete nelle opere di P. GROSSI, a partire da *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

convivenza vengano eluse attraverso l'artificiale predisposizione di collegamenti con ordinamenti stranieri⁸.

2. La seconda trasformazione

La contesa in ordine al significato dell'ordine pubblico internazionale continua oggi in termini diversi, che pure riecheggiano le contrapposizioni del passato.

Decisivo rilievo assume, al riguardo, l'imponente fenomeno di armonizzazione cui ha dato vita l'ordinamento dell'Unione europea, tramite gli atti normativi che toccano – in forme più o meno generali – la disciplina del diritto internazionale privato contenuta nella legge n. 218 del 1995.

Tale fenomeno non ha comportato tuttavia il venir meno dell'ordine pubblico internazionale, richiamato da detta legge in continuità con quanto già previsto dall'art. 31 disp. prel. cod. civ. Come osservato in dottrina, per quanto si potesse ipotizzare che le disposizioni euro-unitarie di conflitto avrebbero condotto ad un superamento della necessità della previsione del limite dell'ordine pubblico, «non più necessaria in un ambito giuridico fortemente integrato», le discipline in esame non hanno potuto non ribadire la vigenza di tale limite, quale esso è concepito e applicato da parte di ciascuno Stato membro, pur riallineandolo ai principi del diritto euro-unitario, quando si entri nel campo di applicazione di quest'ultimo⁹. In quest'ambito viene attribuita particolare importanza al rispetto dei diritti che sono affidati alla tutela della Corte di Giustizia, ritenuti vincolanti anche a prescindere dal loro concreto riconoscimento nell'ordinamento dello Stato membro interessato¹⁰.

Da questo punto di vista, la «comunitarizzazione» del diritto internazionale privato non sembra giunta in definitiva a rovesciare il regime dei rapporti tra diritto interno e diritto straniero¹¹, ma ha piuttosto messo in luce la nozione di «ordine pubblico europeo», come sintesi dei principi caratterizzanti l'ordinamento sovranazionale.

La tesi in esame può essere rappresentata come il frutto dell'ulteriore trasformazione indotta nel nostro ordinamento dall'integrazione euro-unitaria, grazie alla quale l'ordine pubblico internazionale (senza mutare la propria natura difensiva e/o identitaria) si arricchisce del riferimento ai principi e diritti che essa promuove – e li promuove in quanto sono già stati, nelle apposite sedi, ritenuti coerenti con l'assetto dei beni e valori costituzionali di ciascuno Stato membro.

Ben diverso, e a ben vedere opposto, è il punto di vista che si basa invece sulla natura universale dell'ordine pubblico internazionale, visto come l'espressione di «principi di giustizia» dotati di valore assoluto, quali sarebbero in particolare manifestati nelle dichiarazioni o convenzioni internazionali poste a tutela dei diritti fondamentali.

Questa idea riprende il tentativo di sganciare completamente la nozione di ordine pubblico internazionale dal riferimento al diritto positivo dello Stato (o dell'ordinamento sovranazionale cui lo Stato aderisca), per proiettarla in una dimensione definita dall'*overlapping consensus* delle nazioni civili.

⁸ G. BARILE, *Ordine pubblico*, cit., 1120 ss.

⁹ Cfr. L. FUMAGALLI, *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Milano, 2011, 479 s., ove si ricordano gli altri casi nei quali l'integrazione comunitaria può subire deroghe per i «motivi di ordine pubblico» invocabili dagli Stati membri.

¹⁰ *Ivi*, 484 s.

¹¹ *Ivi*, 489.

Grazie all'ancoramento alle Carte dei diritti, essa appare meno sfuggente rispetto alla dottrina più sopra ricordata, che si richiamava ai principi del diritto posti spontaneamente dalla comunità: ma potrebbe trattarsi di un'apparenza ingannevole.

Deve ricordarsi infatti che le Carte dei diritti, specialmente se richiamate nel loro insieme, offrono una identificazione dei diritti assolutamente generale e generica, cui possono apporsi i limiti più vari, a loro volta eventualmente contrastanti con le tutele offerte dalle Costituzioni nazionali¹². Su questa strada è fatale scivolare nel rinvio al diritto naturale: tipica in tal senso la giurisprudenza della Cassazione che fa appello ai "diritti inviolabili" come se questi fossero dotati di una natura normativa auto-evidente, e come se non confliggesse mai tra di loro (o con altri principi e valori).

Se si considerano le distinte versioni che del diritto naturale offrono lo spirito laico e quello religioso, bisogna ammettere che l'affidamento nelle virtù maieutiche della giurisprudenza sia in questa versione ancora più ampio di quanto lo fosse nella precedente. Alla magistratura non è invero affidato il compito, che le è sempre stato congeniale, di manifestare le convinzioni prevalenti nella società, bensì quello di delineare – anche in contrasto con queste ultime – i diritti dei singoli o dei gruppi che corrispondano a principi universali di giustizia. Un compito dagli esiti imprevedibili, che potrebbero essere resi coerenti ed equilibrati soltanto *a posteriori*, grazie al susseguirsi delle decisioni delle diverse giurisdizioni in continuo dialogo tra loro.

Non è un mistero del resto che in una ideologia pregiudizialmente ostile all'intervento del legislatore democratico, come soggetto incapace di promuovere l'ottimizzazione dei principi costituzionali, è il confronto tra le giurisdizioni e tra le voci dottrinali a rappresentare l'unica forma di controllo e bilanciamento praticabile.

3. I vizi che inficiano la versione universalistica

In definitiva la tesi or ora esaminata rispecchia l'ottica, e ripropone i problemi, che caratterizzano attualmente l'approccio ai diritti di natura antipositivista o neocostituzionalistica¹³.

Per il tema che ci occupa è necessario tuttavia considerare altre specifiche contro-indicazioni, che emergono dal paragone con la dottrina fondata sull'origine sociale dell'ordine pubblico internazionale. Quest'ultima, come si è visto, muoveva dalle esigenze del commercio internazionale, che non considerava tuttavia idonee a giustificare l'elusione della legge nazionale.

Riguardo alle prime, si può notare come un tempo esse non potevano venire in considerazione con riguardo alle questioni di *status* e di filiazione, che ricadevano in uno degli ambiti più gelosamente custoditi del diritto pubblico. Ma lo statalismo autoritario, combattuto dapprima con la ricerca di spazi di libertà e di eguaglianza costituzionalmente protetti nell'ambito dei rapporti familiari, è stato in seguito surclassato dalle istanze di privatizzazione, basate sul riconoscimento della piena disponibilità delle parti nei confronti di tali rapporti¹⁴.

¹² V. i punti di vista diversi, ma convergenti, espressi al riguardo da M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2006, 1643 ss., e da R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

¹³ Per una articolata e raffinata critica del giuspositivismo v. da ultimo M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso*, Firenze, 2020.

¹⁴ V. per tutti S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

Ed è palese il rischio che le scelte individuali si pongano inevitabilmente in sintonia con quello che oggi è considerato l'unico parametro davvero universale, rappresentato dalla logica del mercato.

Quanto al problema dell'elusione della legge nazionale, esso perde evidentemente di importanza apetto di principi di giustizia concepiti come assoluti. E tuttavia è ben noto come l'universalità di questi ultimi possa essere facilmente contestata, come ci ha mostrato e ci mostra l'esperienza dei fenomeni migratori. Si è dubitato infatti se di fronte alle richieste di ricongiungimento avanzate dalle mogli di un matrimonio poligamico si debba dare precedenza al principio universale di eguaglianza dei coniugi (ammettendo al ricongiungimento soltanto la prima moglie, o quella che fortuitamente lo richiede per prima in ordine di tempo), o all'altrettanto universale principio di tutela della donna come soggetto debole, e tramite quest'ultima del principio di tutela dei figli minori, se ve ne sono.

Ora, a ben vedere tutte le contro-indicazioni qui analizzate possono ricondursi ad un'identica lacuna, che inficia la versione universalistica dell'ordine pubblico internazionale. Si tratta della scomparsa delle concezioni morali o etiche cui si ispira l'ordinamento in un dato momento storico, che pure hanno sempre costituito parte integrante della nozione in esame¹⁵.

È tradizionale invero il parallelo istituito tra i limiti che vengono opposti tanto all'autonomia privata che si esercita all'interno dell'ordinamento, quanto alle sue manifestazioni consacrate da leggi o da provvedimenti giurisdizionali di altri ordinamenti: l'ordine pubblico e il buon costume, rispettivamente ex art. 1343 cod. civ. ed ex art. 31 disp. prel. cod. civ.

Ora, l'abolizione dell'espresso riferimento al buon costume, da parte della legge n. 218 del 1995, fa pensare che il riferimento a quelle concezioni morali sia venuto meno, con l'effetto non tanto di restringere quanto di mutare sensibilmente il significato della clausola dell'ordine pubblico internazionale rispetto a quella previgente. Anche da qui si alimenta, verosimilmente, la criticata tendenza a far valere principi etici universali, ritenendo ormai irrilevante ciò che l'ordinamento nazionale abbia da dire al riguardo.

A ben vedere, tuttavia, il cambiamento è di tutt'altra natura, ed è stato determinato anche in questo caso dall'entrata in vigore della Costituzione. Quest'ultima, lungi dall'assorbire passivamente le concezioni morali dominanti nella società, ha ripensato completamente, alla luce dei principi democratico e personalistico, i valori da porre a modello nello svolgimento della vita collettiva.

La Carta appare così portatrice di una propria etica che, pur non imponendosi alle coscienze individuali, indirizza e circoscrive le forme di riconoscimento che i comportamenti dei privati possono ottenere da parte dell'ordinamento¹⁶. In tal senso essa individua un modello che si distingue bensì dall'asfittica autoreferenzialità dello statalismo ottocentesco e poi del nazionalismo fascista, ma che non si spinge sino a postulare il dissolvimento dei valori costituzionali nell'indistinto mare di principi di giustizia universalmente validi (sia pure argomentabili attraverso il dibattito e il confronto tra le diverse visioni del mondo oggi accettate).

A questo punto, la domanda cui si tratta di rispondere è se l'interprete (il giudice) sia autorizzato a sostituire l'etica positivizzata nella Costituzione con un'etica dei diritti che sta fuori della Costituzio-

¹⁵ Così G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, XII, Napoli, 1986, 83 ss.

¹⁶ Sia consentito rinviare sul punto a M. MANETTI, *Il buon costume*, sub art. 21, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), Bologna, 2006, 204 ss.

ne; un'etica che – se non è personalista ed egualitaria, come la Costituzione esige – non può non essere, secondo lo spirito dei tempi, individualistica ed orientata dai valori del mercato.

Il postulato antipositivistico e l'esaltazione della creatività giurisprudenziale che caratterizzano le ideologie neocostituzionalistiche, pur essendo tesi a realizzare la "migliore tutela" dei diritti fondamentali, contribuiscono invero ad ampliare il varco attraverso il quale si afferma, quotidianamente e globalmente, l'ideologia del mercato.

4. Il conflitto tra etica cattolica ed etica costituzionale nella sentenza n. 18 del 1982

Nella babele delle opinioni, può costituire un punto fermo l'esperienza vissuta dal nostro ordinamento riguardo alla trascrizione nei registri dello stato civile delle sentenze dei tribunali ecclesiastici che pronunziano la nullità di matrimoni c.d. concordatari.

Si tratta di una tipica questione di diritto internazionale privato, retta però dalla speciale regola che ai sensi dell'art. 7 Cost. assicura una protezione rafforzata alle decisioni della Chiesa e dei suoi organi nelle materie concordatarie: la Corte costituzionale fu chiamata a stabilire se tale protezione implicasse l'automaticità della trascrizione, e più precisamente l'obbligo del giudice italiano di delibare positivamente le sentenze di nullità in discorso, quand'anche risultasse che esse erano state adottate a seguito di un procedimento nel quale le garanzie della difesa (del coniuge contrario alla dichiarazione di nullità) erano state totalmente pretermesse.

Com'è ben noto, la Corte – sotto la guida del più autorevole costituzionalista cattolico – adottò una pronuncia storica (che avrebbe condotto poi alla conforme modifica della disciplina concordataria) ritenendo che il diritto di difesa, nel suo nucleo essenziale, rappresenti un principio supremo dell'ordinamento, tale da non poter essere derogato neppure dagli atti della Chiesa cattolica che godono della speciale protezione assicurata dall'art. 7 Cost.

Sotto queste spoglie la sentenza n. 18 del 1982 ha anche affrontato, e risolto, un conflitto tra due concezioni etiche: quella cattolica, che basa il matrimonio sulla sincerità del consenso prestato al momento della celebrazione, affidando la verifica di questa circostanza a tribunali che ritiene illuminati dallo Spirito Santo, e quella costituzionale, ispirata alle esigenze di stabilità del legame matrimoniale, che ritiene gli interessi del coniuge che vi fa affidamento (e dei figli, se ve ne sono) non sacrificabili senza l'instaurazione di un minimo di contraddittorio.

Per risolvere tale conflitto la Corte si è fondata sul principio di sovranità dello Stato, ritenendolo applicabile anche verso la Chiesa ex artt. 1 e 7 Cost., e ha individuato nell'ordine pubblico il dispositivo posto a presidio di tale principio nei confronti degli atti provenienti da altri ordinamenti.

Ciò che più importa, la Corte ha precisato che l'ordine pubblico consiste nelle «regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società»¹⁷.

In tempi non sospetti il giudice costituzionale ha, in definitiva, validato come argini all'ingresso del diritto straniero (e sia pure particolarmente pregiato, come quello canonico) i principi ispiratori

¹⁷ Corte cost., sent. n. 18 del 1982.

dell'etica costituzionale, così come sono interpretati ed attuati nei diversi momenti storici ad opera del legislatore¹⁸.

5. Prime conclusioni

Tornando all'oggi, è facile vedere il conflitto tra diverse etiche familiari che le tecniche di procreazione assistita, nel loro complesso, hanno rinfocolato, e che il legislatore ha inteso affrontare tramite la disciplina contenuta nella legge n. 40 del 2004.

Al riguardo la giurisprudenza costituzionale ha com'è noto adottato numerose pronunce di incostituzionalità. Quando però le questioni di legittimità costituzionale si sono avvicinate ai temi più controversi, rappresentati per un verso dalla genitorialità delle coppie omoaffettive e per l'altro dalla tendenza degli aspiranti genitori a recarsi all'estero onde aggirare i divieti previsti dalla legge italiana, la Corte non ha proseguito, come molti avevano previsto, nella sua opera di smantellamento della legge n. 40¹⁹.

Essa ha anzi colto l'occasione offerta dalla sent. n. 272 del 2017 per esprimersi positivamente, sia pure in forma di *obiter*, sul divieto di maternità surrogata previsto da tale legge, inducendo a ritenerlo legittimo, se non costituzionalmente imposto, a causa della lesione intollerabile che la surrogazione di maternità apporta alla dignità della gestante e alle relazioni umane.

Il giudice costituzionale ha inoltre aggiunto un importante tassello all'*acquis* desumibile dal lontano precedente del 1982, ribadendo il ruolo che – nell'attuazione dei principi costituzionali, verace manifestazione della sovranità – spetta al legislatore «quale interprete della volontà della collettività», chiamato a tenere conto «degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»²⁰.

Nel solco tracciato in tal modo dalla sentenza n. 84 del 2016, le decisioni n. 221 del 2019, n. 230 del 2020, n. 32 e 33 del 2021 hanno invero dichiarato espressamente e ripetutamente che, per quanto possano apparire criticabili le regole poste a risoluzione del conflitto, spetta al legislatore, e soltanto al legislatore, cambiarle.

Al riguardo va precisato come, per un verso, la posizione assunta dalla Corte non possa considerarsi meramente astensionista²¹. Nel ritenere che il Parlamento sia libero di disciplinare l'assunzione dei ruoli genitoriali anche da parte di coppie omoaffettive, o di coppie anziane, o anche di singoli individui (cambiando appunto l'opposta regola attualmente vigente a norma della legge n. 40), il giudice costituzionale ha invero chiarito che l'eterosessualità della coppia, e la stessa bigenitorialità, non

¹⁸ In tal modo la funzione di argine svolta dai principi costituzionali verso l'esterno viene limitata a quei principi che abbiano ricevuto pratica attuazione: così R. NANIA, *Principi costituzionali e ordine pubblico internazionale*, in *Diritto e società*, 3, 1979, 434 s.

¹⁹ Sul tema v. da ultimo M.P. IADICICCO, *Procreazione e diritti fondamentali*, Torino, 2020.

²⁰ Corte cost., sent. n. 84 del 2016, riguardante il divieto di utilizzazione degli embrioni derivanti dalla PMA a fini di ricerca.

²¹ V. invece C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, e A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, nei commenti alla sentenza n. 219 pubblicati in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2021, 2613 ss.

possono considerarsi presupposti costituzionalmente imposti in vista dell'applicazione delle nuove tecniche procreative.

Per altro verso, tuttavia, non può esagerarsi l'importanza dei moniti posti a conclusione delle pronunce in esame. Di fronte alla chiara dichiarazione di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, è difficile attribuire un valore pregnante alle sollecitazioni che la Corte formula in vista di un più adeguato assetto dei beni coinvolti; e ciò tanto più quando, con la novità epocale racchiusa nell'ordinanza c.d. Cappato e nella successiva sentenza, la Corte ha mostrato di ritenere ben più aggraviabili di un tempo le situazioni di incostituzionalità caratterizzate dalla compresenza di più soluzioni legittime²².

Non diversa, al riguardo, appare la posizione espressa dalla Corte di Strasburgo nel parere reso alla Francia in ordine allo *status* dei figli nati da maternità surrogata contrattata all'estero: dove è assai difficile – come peraltro lo è sempre, nelle decisioni emesse da quest'organo – sceverare dal *decisum* relativo al caso singolo principi applicabili in via generale, dato anche il margine di apprezzamento che viene riconosciuto agli Stati in assenza di un comune consenso sul trattamento da riservare a tale pratica²³.

Del resto, come è stato da più parti osservato, altra è la soluzione del conflitto che il giudice si trova ad offrire *a posteriori*, quando il bambino concepito con le nuove tecniche procreative è ormai venuto al mondo, altra è la soluzione che il legislatore è chiamato ad escogitare *ex ante*, tenendo conto di tutti gli interessi coinvolti²⁴: ad esempio gli interessi dei bambini che potrebbero essere rifiutati dai genitori d'intenzione, perché portatori di handicap, o che potrebbero essere presentati come figli nati da maternità surrogata quando invece sono più brutalmente frutto del traffico di esseri umani, o ancora dei numerosissimi bambini attualmente abbandonati che vedono diminuire le probabilità di essere adottati, quanto più si afferma la pratica della maternità surrogata.

Quest'ultima pone peraltro gravissime ipoteche sulla libertà e sulla dignità della donna che, accettando di condurre la gestazione per altri, si impegna a rinunciare al frutto del proprio ventre, a sparire dalla biografia del figlio come fonte della sua identità, a perdere per sempre la possibilità di un rapporto affettivo²⁵. E non sembra, a parere di chi scrive, che un sacrificio di tale portata possa rima-

²² La Corte ha del resto dimostrato in due successive occasioni di non considerare il caso Cappato un'eccezione, ma un modello replicabile.

²³ Per un opportuno approfondimento dei vincoli che possono scaturire da tale parere v. F. FERRARI, *L'interesse del minore tra protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021*, in corso di pubblicazione in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2021 5 ss.

²⁴ Come osserva S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, Napoli, 2017, 217 ss., chi propone *de jure condendo* la legalizzazione della surrogazione deve essere in grado di «dimostrare che l'interesse superiore di un bambino appena nato è di essere separato dalla madre».

²⁵ Secondo B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 91 ss., la menzione del nome materno nel certificato di nascita sarebbe condizione necessaria per rendere lecita la *surrogacy*. Ma il riconoscimento come "ulteriore" genitore non potrebbe a mio modesto avviso sanare, se non marginalmente, il disconoscimento che subiscono il valore della gravidanza e il valore del figlio che ne scaturisce.

nere inavvertito (forse non nell'immediato, ma nel lungo periodo) per la donna che pratica la maternità surrogata come "dono" nei confronti di un'altra donna, parente od amica²⁶.

Sono molti invero gli indizi che spingono a vedere dietro questa pratica un processo di reificazione tanto della madre gestante quanto del bambino, nell'ambito dei cambiamenti generali che la capacità di «fabbricare esseri umani» induce nell'antropologia contemporanea²⁷. Ed è sorprendente che le giurisdizioni impegnate a promuovere, anche contro la legge, i diritti fondamentali dei genitori d'intenzione e del bambino che essi hanno voluto, dimentichino totalmente i diritti delle donne e degli altri bambini che pure la maternità surrogata coinvolge necessariamente, o meglio che li considerino alla stregua di meri interessi pubblici, contenuti di politiche legislative in quanto tali liberamente sacrificabili.

A distanza di tanti anni, si vede bene quanto sia stata pernicioso l'esaltazione dei principi di giustizia che avrebbero imposto di mantenere la bambina Serena Cruz presso la coppia che l'aveva tenuta con sé violando la legge²⁸. Nell'intento di contrapporre emblematicamente una verità morale (ritenuta incontestabile alla (pretesa) ottusità del legislatore parlamentare si è completamente cancellata la verità morale rappresentata dai diritti altrui, che quel legislatore aveva pur cercato di proteggere.

²⁶ È questo un aspetto a mio modesto avviso trascurato dal saggio di A. RUGGERI, C. SALAZAR, "Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio". *Riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consultaonline*, 27 marzo 2017.

²⁷ Sull'assunzione da parte dell'Uomo, attraverso la tecnica, dello statuto di creatore, ma al tempo stesso di "cosa creata", indistinguibile da qualunque altro artefatto, v. M. REVELLI, *Umano Inumano Postumano*, Torino, 2020, 92 ss.

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 192 ss.

Maternità surrogata e identità frammentate: quale legame conta davvero?

*Ilaria Carlotto**

SURROGACY AND FRAGMENTED IDENTITIES: WHICH BOND REALLY MATTERS?

ABSTRACT: Following the increasingly jurisprudential pronouncements aimed at recognizing a legal tie between the intended parent and the child born as a result of surrogacy, the article questions the right to know own biological origins and the relation with the surrogate mother from which the gestation for others it deliberately detaches it from birth, helping to create fragmented identities in the name of the alleged best interest of the child.

KEYWORDS: Right to know genetic origins; surrogacy; personal identity; best interest of the child; assisted reproduction

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva: la conoscenza delle proprie origini tra desideri e diritti – 2. In particolare: il diritto alla conoscenza delle proprie origini in caso di maternità surrogata – 3. Uno sguardo alla giurisprudenza interna più recente: quale legame conta davvero?

* *Ricercatrice a tempo indeterminato in Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di scienze giuridiche, Università degli studi di Verona. Mail: ilaria.carlotto@univr.it. La pubblicazione rientra tra le attività del team di ricerca «Processi decisionali e fonti del diritto» del Progetto di Eccellenza MIUR 2018/2022 del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona. Contributo sottoposto a referaggio.*

1. Premessa introduttiva: la conoscenza delle proprie origini tra desideri e diritti

Con la recente sentenza n. 33 del 2021¹, la Corte costituzionale è tornata a esprimersi sul controverso istituto della maternità surrogata e, in particolare, sul diritto del figlio al riconoscimento giuridico del legame con il c.d. “genitore d’intenzione”, arrivando a delle conclusioni che stanno destando nella dottrina non poche preoccupazioni e perplessità: infatti, pur dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate per discrezionalità del legislatore, il giudice delle leggi ha, comunque, invitato il Parlamento ad intervenire in materia a tutela di quelli che vengono definiti gli interessi dei bambini nati da maternità surrogata, sottendendo un proprio futuro intervento in caso di perdurante vuoto normativo².

Ciò premesso e senza, in questa sede, voler entrare nel merito di tale decisione, le riflessioni che si vogliono rendere riguardano, invero, un aspetto che – come si avrà modo di argomentare – è al momento ancora poco preso in considerazione (o trattato in maniera alquanto superficiale) dalla giurisprudenza chiamata sempre più spesso a risolvere le controversie originate dal ricorso alla gestazione per altri da parte di coppie italiane (eterosessuali od omosessuali) che si recano negli Stati ove la pratica è consentita, per poi rientrare in Italia e ottenere la trascrizione dell’atto di nascita. Pur essendo, infatti, tale pratica vietata nel nostro ordinamento, i casi di turismo procreativo, ove le coppie ricorrono all’utero in affitto, sono sempre più numerosi e pongono ai giudici questioni umanamente e giuridicamente molto impegnative da affrontare e risolvere.

L’oggetto di analisi in questo contributo concerne il diritto/desiderio del figlio nato da questa tecnica riproduttiva alla conoscenza della propria identità biologica e, in particolare, il suo diritto alla cono-

¹ Come noto, la Corte di Cassazione civile, Sez. I, con ordinanza n. 8325 del 29 aprile 2020, ha sollevato questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale ritenendo la posizione assunta dalle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione con sentenza n. 12193 del 8 maggio 2018 incompatibile con quella espressa dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo con parere consultivo del 10 aprile 2019. La Corte costituzionale, che si era già espressa sulla maternità surrogata da ultimo con la sentenza n. 272 del 2017, è, quindi, nuovamente tornata sul tema. In dottrina, per alcuni commenti in merito a tali decisioni: S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 329 ss.; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l’acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, 149 ss.; R.G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questionegiustizia.it* del 28/05/2019, 2019; B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio di costituzionalità*, in *Osservatorio AIC*, 5, 2019, 197 ss.; R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child*, in *Federalismi.it*, 22, 2020, 278 ss.; A. SCALERA, *Sui nati da maternità surrogata si va verso la ‘fase 2’?*, in *Questione giustizia* del 18/06/2020; E. FALLETTI, *Filiazione e riconoscimento di atto di nascita straniero. Il riconoscimento in Italia dello status di figlio nato da surrogacy straniera*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 1830 ss.; F. FERRARI, *La legge “presa sul serio”. Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 533 ss.

² Per alcuni commenti sulla sentenza della Corte costituzionale, oltre ai contributi pubblicati su questo fascicolo, si vedano G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2021, 112 ss.; A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta online*, 1, 2021, 221 ss.; E. ALBANESI, *Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l’Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?*, in *Consulta online*, 1, 2021, 232 ss.



scenza del legame che sussiste con la madre gestazionale di cui potrebbe anche volere apprendere informazioni (dai dati identificativi a quelli non identificativi, che sia)³.

Come noto, nel nostro ordinamento, nell'arco degli ultimi vent'anni, il diritto del figlio alla conoscenza della propria identità biologica, laddove questa per le più svariate ragioni non sia nota, si è venuto via via ad affermare in maniera sempre più preponderante tramutandosi, nel caso ad esempio dell'adozione, da semplice desiderio a vero e proprio diritto fondamentale, costituzionalmente garantito, ricondotto entro l'art. 2 della Costituzione, quale componente essenziale dell'identità personale⁴. Un diritto talmente preminente da riuscire a travolgere anche istituti storici quali il parto in anonimato. Nella sentenza n. 278 del 2013, la Corte costituzionale, come si ricorderà, ha, infatti, dichiarato l'incostituzionalità della normativa italiana nella parte in cui non consente l'accesso alle informazioni sulle origini «senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non essere nominata da parte della madre biologica»⁵.

Non altrettanto, però, accade nelle ipotesi di figli nati a seguito di pratiche eterologhe ove, nel nostro ordinamento, non è attualmente riconosciuto alcun diritto di risalire alle proprie vere origini, essendo garantito l'anonimato del donatore.

In sostanza, nei casi in cui in cui le origini del figlio sono, per così dire, integre in quanto provenienti da una madre e da un padre definiti, vi è il riconoscimento di un vero e proprio diritto fondamentale, che dottrina e giurisprudenza non mancano di definire “inviolabile”, “imprescrittibile”, “inalienabile”, “assoluto”, così preminente da essere destinato a prevalere nel caso di conflitto con i divergenti diritti di altri soggetti. E, tuttavia, nel momento in cui si passa a discorrere della medesima richiesta nel caso, però, di procreazione che, fin dal principio, coinvolga soggetti terzi rispetto alla coppia (donatore, donatrice che sia) e ci si trovi al cospetto di quelle che vengono definite “origini frammentate” o “genitorialità condivise”, ecco che la posizione giuridica del figlio diventa più sfuggente e torna a configurarsi quale mero desiderio, aspettativa, bisogno, interesse, privo di qualsivoglia garanzia normativa o copertura costituzionale.

Anche in Italia, infatti, come in altri ordinamenti, la strada al momento intrapresa in caso delle pratiche eterologhe consentite è stata quella di mantenere l'anonimato del donatore. Così, proprio laddove attraverso la tecnologia si può giungere a mettere più in crisi l'identità personale di un individuo frammentandola, la risposta che molti ordinamenti danno è, per assurdo, quella di non riconoscere

³ Sul fatto che il nato da maternità surrogata sia titolare del diritto a conoscere le proprie origini si vedano le riflessioni di A. RUGGERI, C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta Online*, 1, 2017, 145.

⁴ In proposito sia consentito il rinvio a I. CARLOTTO, *La ricerca delle proprie origini nel bilanciamento dei diritti*, Napoli, 2020, *passim*; nonché I. CARLOTTO, *I nuovi diritti e l'identità biologica*, in *Diritto e società*, 3, 2014, 559 ss. Tra i contributi più recenti L. BUSATTA, S. PENASA, *Biotechnologies, Birth and the Right to Know One's Genetic Origins*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2021, 187 ss.

⁵ Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 278 del 2013. Sul diritto alle origini e parto in anonimato sempre I. CARLOTTO, *La ricerca delle proprie origini*, cit. e tra i contributi più recenti S. AGOSTA, *Venire senza provenire: il diritto di accesso dell'adottato alle proprie origini nelle strettoie dell'anonimato materno*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2021, 155 ss.

nessuna possibilità di ricostruire le proprie origini, con una evidente violazione del principio di uguaglianza priva di una ragionevole giustificazione⁶.

Ed altrettanta scarsa attenzione per la ricostruzione delle proprie origini si rinviene anche con riferimento alla maternità surrogata, dove il legame con il bambino e la madre che lo ha portato in grembo per tutta la gravidanza non viene pressoché preso in considerazione, destinato a svanire nel nulla, *tamquam non esset*, mentre tutta l'attenzione della giurisprudenza si focalizza sul riconoscimento del rapporto tra il minore e il genitore d'intenzione⁷.

Premesso, sin d'ora, che il concetto di diritto alla conoscenza delle proprie origini si articola, in realtà, in diversi e molteplici sotto diritti o diversi livelli di conoscenza – in specie, dalla mera conoscenza delle modalità con le quali si è verificato il concepimento; alla conoscenza dei dati non identificativi; alla conoscenza dei dati sanitari; alla conoscenza dei dati identificativi; alla conoscenza dei dati di eventuali fratellastri o sorellastre – vediamo, in maniera più dettagliata, come queste posizioni giuridiche si profilano con riferimento alle ipotesi di maternità surrogata.

2. In particolare: il diritto alla conoscenza delle proprie origini in caso di maternità surrogata

Sotto la comune etichetta di diritto alle origini, spicca *in primis* – per ordine logico ma direi anche per importanza – il diritto del figlio di conoscere il proprio *status*: di essere cioè edotto, a seconda dei casi, dell'avvenuta adozione, dell'essere figlio di un terzo soggetto per rapporto extraconiugale o per ricorso a pratiche eterologhe che coinvolgano uno o più donatori. E, similmente, nel caso di gestazione per altri si tratta del diritto del figlio di essere informato di tale sua "provenienza", ovvero sia del fatto che non è stato portato in grembo e partorito dalla madre che lo sta crescendo. Si tratta del diritto prodromico all'esercizio di tutti gli altri perché potrà maturare il desiderio di conoscere la propria storia e magari di risalire all'identità della madre surrogata solamente chi sia stato messo nelle condizioni di poterlo farlo attraverso l'informazione (o la scoperta) sulla verità della nascita.

Ora, se tale circostanza è ben chiara nel caso di una coppia di *partner* maschili, non altrettanto evidente è nel caso di una coppia eterosessuale (dove è, in generale, più semplice mascherare le pratiche eterologhe), o anche in caso di donna *single* o coppia di donne, ove vi è, comunque, una persona di genere femminile che, in astratto, ben avrebbe potuto condurre la gravidanza⁸.

In proposito, è intuitivo il fatto che questo diritto rischia di essere difficilmente garantito: infatti, è molto improbabile che tutti quei genitori che si siano recati all'estero per porre in essere una pratica

⁶ Con particolare riferimento alla discriminazione subita dai figli nati a seguito di pratiche eterologhe rispetto a quelli adottati nel loro diritto alla conoscenza delle proprie origini: I. CARLOTTO, *Figli di un Dio minore? Il diritto alla conoscenza delle proprie origini nella fecondazione eterologa*, in AA.VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Vol. I, *I diritti fondamentali tra concetti e tutele*, Napoli, 2014, 61 ss.

⁷ Come notano L. BUSATTA, S. PENASA, *op. cit.*, 202, il problema è più marcato proprio in quegli ordinamenti, come quello italiano, che non disciplinano la maternità surrogata in quanto ritenuta pratica vietata.

⁸ Evidenzia la discriminazione che potrebbe insorgere tra GPA in caso di coppie eterosessuali (che possono nascondere la verità al figlio), coppie formate da *partner* di sesso maschile (che non possono nascondere la verità) e genitori che adottano (obbligati a rivelare la verità) S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in B. PEZZINI (a cura di), *Focus: Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, in *Genlus*, 2, 2017, 58.

vietata nel proprio ordinamento, per poi chiedere la trascrizione del relativo certificato, decidano di raccontare al figlio la loro vera storia che, in fin dei conti, è storia di un inganno e di un segreto da mantenere a tutti i costi. In ogni caso deve essere tenuto in debita considerazione il fatto che una scoperta accidentale di una verità così scomoda potrebbe essere molto traumatica per la personalità di un individuo, oltre che lesivo della sua dignità e che sarebbe, pertanto, auspicabile un vero e proprio obbligo giuridico di informazione nei confronti del figlio, preferibilmente quando lo stesso è ancora minorenne⁹. Al minore dovrebbe essere, pertanto, garantito il diritto di sapere se i genitori sociali sono solo in parte anche i genitori biologici o se, in caso, ad esempio, di maternità surrogata con donatori terzi il suo patrimonio genetico non coincide per nulla con quello di coloro che egli riteneva essere i veri genitori.

Il passaggio immediatamente successivo si presenta dai contorni ancora più preoccupanti: nel momento in cui il figlio venisse a conoscenza del fatto che i genitori hanno fatto ricorso alla maternità surrogata si troverebbe dinnanzi ad una storia che potrebbe essere davvero difficile da elaborare dal punto di vista psicologico.

Egli, infatti, dovrebbe fare i conti con la storia di una madre che volutamente e liberamente ha accettato di prestare, o finanche mercificare, il proprio corpo, di tenerlo in grembo per nove mesi con il progetto, pianificato a tavolino¹⁰, di “disfarsene” a favore di terzi estranei. Non si tratta, come nel diverso caso di parto in anonimato, di comprendere e accettare le ragioni di una madre che, suo malgrado, ha concepito naturalmente e portato a termine la gravidanza non voluta per dare in adozione un figlio che non era in grado – o non aveva intenzione – di accudire, ma di affrontare la ben più pesante realtà di una figura di madre che fin da subito non ha voluto per sé quel figlio, ma lo ha, comunque, messo al mondo per conto di altri come si fa con un oggetto, una merce di scambio, e ciò al di là del carattere oneroso dell'accordo¹¹. Ora, dal punto di vista del figlio, quella madre può realmente essere vista come una benefattrice che per soddisfare il desiderio altrui è giunta a prestare corpo e magari ovulo creando una vita di cui fin da subito si è disinteressata? Appare alquanto dubbio.

Ma, ancora, e in maniera forse più dirompente, il figlio si troverà a elaborare la storia di coloro che considera i veri genitori e che, nel caso di un ordinamento come il nostro, diventa la storia di due persone che si sono, comunque, poste contro la legge mettendo in essere un comportamento penalmente sanzionato nel proprio Stato. Certo, il figlio potrebbe percepire i genitori sociali come una sorta di eroi, che lo hanno voluto al punto tale da recarsi in uno Stato dove la pratica è consentita, ma potrebbe anche considerarli come dei “criminali” o, in ogni caso, delle persone che hanno tenuto una condotta ritenuta riprovevole dalla predominanza degli ordinamenti statali.

⁹ In tal senso, ad esempio, ha statuito il *Tribunal Colegiado de Familia* in Argentina, 5 dicembre 2017, *H. M.E. v Otros s/Venias yDispensas* disponendo l'obbligo dei genitori di informare il bambino in merito alle circostanze della nascita. Sul punto si vedano L. BUSATTA, S. PENASA, *op. cit.*, 206 ss.

¹⁰ In quegli ordinamenti ove la maternità surrogata avviene a titolo oneroso, viene posta in essere una vera e propria cessione con ogni condizione contrattuale. Negli ordinamenti in cui la maternità surrogata avviene a titolo gratuito, anche se non si può parlare di un vero accordo di tipo commerciale, si pianifica comunque un patto tra le parti interessate.

¹¹ Sul fatto che il figlio non può essere considerato un oggetto ancorché da donare si vedano le riflessioni di E. LAMARQUE, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, in *giudicedonna.it*, 1, 2017.

Si può, dunque, convenire sul fatto che i genitori che ricorrono alla maternità surrogata finiscono con il caricare il figlio di una storia personale molto pesante da elaborare, con ogni possibile conseguenza sulla ricostruzione dell'identità personale.

Ad ogni buon conto, tutti gli ordinamenti che consentono il ricorso a tali pratiche, anche nell'eventualità in cui non intendano riconoscere al figlio il diritto a risalire all'identità della madre surrogata¹², ben potrebbero riconoscere la possibilità d'accesso ad appositi registri predisposti ove raccogliere le diverse informazioni non identificanti che, comunque, darebbero elementi utili al figlio al fine di ricostruire la propria identità.

Detto questo, altro aspetto che si è soliti ricondurre – in maniera, tuttavia, impropria – entro il diritto alla conoscenza delle proprie origini è quello che attiene alla storia sanitaria dei genitori biologici, al fine di prevenire, diagnosticare e curare eventuali patologie. Senza entrare troppo nel dettaglio, sul punto mi limito a sottolineare che tale esigenza va più opportunamente ricondotta entro il preminente diritto alla salute ex art. 32 Cost., in nome del quale le altre posizioni giuridiche dovrebbero divenire recessive¹³.

Per quanto riguarda poi il desiderio di accedere ai dati identificativi della madre surrogata mi sembra che il parallelo con l'ipotesi di parto in anonimato sia molto chiarificatore. Perché dovrebbe sussistere un forte legame tra figlio e madre che ha partorito in anonimato e non tra figlio e madre che lo ha, comunque, portato in grembo per nove mesi, anche se in base ad un progetto procreativo altrui? Si potrebbe certo distinguere a seconda del fatto che la madre sia anche genetica o solo gestazionale, perché nel primo caso vi è un legame di tipo biologico oltre che relazionale. Ma, a prescindere da questo, non si può mettere in discussione il fatto che i mesi di gravidanza creano pur sempre una connessione e un attaccamento tra figlio e madre che possono giustificare il desiderio di risalire anche ai dati identificativi della partoriente¹⁴. Come efficacemente sottolineato in dottrina «il corpo

¹² A titolo esemplificativo, si può citare l'ordinamento indiano dove “*The Assisted Reproductive Technology (regulation) Bill 2010 – Draft, Chapter 7, article 36*” dispone che «Right of the child to information about donors or surrogates – A child may, upon reaching the age of 18, ask for any information, excluding personal identification, relating to the donor or surrogate mother».

¹³ Per approfondimenti sul punto I. CARLOTTO, *La ricerca delle proprie origini*, cit., *passim*.

¹⁴ In proposito M. RANIERI, *Le origini nel diritto e il diritto a conoscere le proprie origini*, Roma, 2019, 289, la quale si chiede se realmente il diritto in questi casi possa decidere secondo giustizia quale sia la madre e l'origine materna; C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 184; F. ANGELINI, *op. cit.*, 161 ss. Sottolinea l'esperienza relazionale irriducibile che insorge con la gravidanza a prescindere dal fatto che la madre surrogata sia o meno anche genetica ed evidenzia come la stessa non possa essere messa in ombra o recisa, B. PEZZINI, *Introduzione*, a B. PEZZINI (a cura di), *op. cit.*, 7 ss. e, altresì, B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017. Sempre sul legame tra madre surrogata e bambino, S. NICCOLAI, *op. cit.*, 56 ss. Sul punto, appare utile ricordare il noto caso dello scambio di embrioni avvenuto nell'ospedale Sandro Pertini, nel quale il Tribunale di Roma, Sez. I, ord. 8 agosto 2014, nel dare rilievo alla relazione tra il nato e la partoriente sebbene l'ovulo fecondato impiantato appartenesse ad altra donna, sottolinea che è proprio nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la madre. Altresì, nella medesima fattispecie, Tribunale di Roma, Sez. I, 10 maggio 2016, in cui si sottolinea che l'impianto nell'utero materno, il procedere della gravidanza, la nascita e la gestazione rappresentano gli elementi decisivi, anche al di là della provenienza dei gameti. A tali pronunce si contrappone, invece, la sentenza del Tribunale di Napoli, Uff. indagini preliminari, Sez. XXII, 11 dicembre 2013, in cui, a fronte di un caso di maternità surrogata, si evidenzia che è madre colei che ha concepito fornendo l'ovulo. Si pone su

gravido per nove mesi è, innanzitutto, una donna che intesse una relazione di unità duale con il nascituro, entro una esperienza che non può essere rimossa o sottovalutata»¹⁵. Chi, dunque, può decidere qual è il legame che conta, che non conta, che conta di più o di meno? A me pare che il soggetto che ha subito la decisione degli adulti debba avere piena possibilità di stabilire cosa sia per lui importante e, se lo ritiene, avere anche la facoltà di risalire alla madre che lo ha partorito per conto altrui. Dal punto di vista del diritto alle origini, il ricorso alla maternità surrogata ha, perciò, l'effetto di frammentare l'identità del figlio, che si ritrova a rincorrere duplici o triplici informazioni materne¹⁶. Si tratta di un problema dall'enorme portata con il quale prima o poi il diritto dovrà fare i conti¹⁷, posto che nonostante il divieto posto dalla predominanza degli Stati il turismo procreativo in tale direzione sta aumentando in maniera esponenziale¹⁸.

3. Uno sguardo alla giurisprudenza interna più recente: quale legame conta davvero?

Andando, allora, a leggere la giurisprudenza più recente sul tema, sia quella interna dei giudici comuni e del giudice costituzionale, sia quella internazionale della Corte europea, stupisce il fatto che tutti questi profili siano al momento del tutto trascurati o presi in considerazione in maniera alquanto superficiale¹⁹. Anzi, l'intera visuale risulta distorta e quasi completamente rovesciata, posto che

un piano intermedio, Cassazione civile, Sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, che, nel caso di due donne di cui una ha fornito l'ovulo e l'altra l'utero, afferma che «se è indiscutibile l'importanza della gravidanza per il particolarissimo rapporto che si instaura tra il feto e la madre, non si può negare l'importanza del contributo dato dalla donna che ha trasmesso il patrimonio genetico, decisivo per lo sviluppo e per l'intera vita del nato». L'impressione che se ne ricava è che, a seconda delle diverse fattispecie concrete, il legame che conta venga deciso in modo discrezionale dal giudice chiamato a valutare il caso di specie, seppure poi tutto venga ricondotto sotto l'ombrello del migliore interesse del bambino (interesse che però varia a seconda delle vicende decise dagli adulti).

¹⁵ Cfr. B. PEZZINI, *Introduzione*, cit., 7.

¹⁶ Sui possibili tre diversi ruoli di madre (genetica, gestante e sociale), S. CECCHINI, *op. cit.*, 335 ss.

¹⁷ M. RANIERI, *op. cit.*, 289, ritiene che i giuristi dovranno affrontare i problemi del diritto alle origini in caso di maternità surrogata in un futuro non troppo lontano. Altresì, L. CUCINOTTA, *La difficile ricerca dell'identità per i nati da maternità surrogata. Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale del 18 dicembre 2017 n. 272*, in *Diritto e questioni pubbliche*, XVIII, 2018, 195, ritiene che il primo vero quesito che il giurista deve porsi in caso di maternità surrogata sia stabilire quale identità riconoscere e tutelare per i figli.

¹⁸ L'importanza della possibilità per il figlio di risalire ai dati identificativi della madre surrogata è stato, ad esempio, riconosciuto dal Tribunale costituzionale portoghese che, pur non ritenendo nel complesso incostituzionale la gestazione per altri in quanto ritenuta non lesiva in sé della dignità della gestante e del bambino né del dovere dello Stato di proteggere l'infanzia, ha dichiarato l'illegittimità della regola dell'anonimato del donatore e della madre surrogata trattandosi di una restrizione non necessaria ed eccessiva dei diritti all'identità personale e allo sviluppo della personalità. Si veda il Tribunale costituzionale portoghese, sentenza 24 aprile 2018, n. 225.

¹⁹ Viene fatto cenno al problema nell'ordinanza di rimessione del 25 luglio 2016 promossa dalla Corte d'appello di Milano all'origine della sentenza n. 272 del 2017 della Corte costituzionale ma, in realtà, solo per sostenere che tale profilo non può essere adottato a sostegno del divieto di maternità surrogata e che il diritto alle origini «riguardato sotto il duplice profilo di diritto a conoscere la verità in ordine alla particolare modalità della propria nascita e di diritto a conoscere i dati anagrafici/sanitari del donatore e/o della donna partoriente, si realizza su un piano diverso da quello che attiene l'accoglimento o meno dell'impugnazione ex articolo 263 codice civile, a meno di non voler attribuire all'annotazione della non veridicità del riconoscimento, la funzione di "comunicazione" della non-nascita dalla madre, in una logica latamente sanzionatoria della condotta

l'attenzione è focalizzata sul diritto all'identità personale e alle origini del figlio dal punto di vista del legame che è sorto con i genitori sociali e, in specie, con il genitore d'intenzione per comprendere se sia possibile e se sia nel migliore interesse del minore riconoscere il relativo *status filiationis* anche verso di esso, nonostante l'assenza di legame genetico e malgrado l'illiceità della maternità surrogata all'interno del nostro ordinamento²⁰. Dimodoché, come riportato dalla Cassazione civile, richiamando il parere consultivo della Corte di Strasburgo del 10 aprile 2019,

«se è legittimo che uno Stato parte della Convenzione imponga misure dissuasive nei confronti dei propri cittadini che intendano ricorrere all'estero a forme di procreazione vietate nel proprio territorio, [...], tuttavia non è consentito agli Stati di adottare misure che incidano negativamente sulla situazione soggettiva di chi nasce da una gestazione per altri e abbiano l'effetto di negare i diritti inviolabili connessi alla identità personale del minore e alla sua appartenenza al nucleo familiare di origine»²¹.

E, ancora, similmente si possono leggere anche le parole della giurisprudenza di merito che, in un caso di ricorso alla maternità surrogata da parte di una coppia di uomini, conclude ritenendo che corrisponda all'interesse del minore «essere riconosciuto figlio di entrambi coloro che, all'interno di una relazione affettiva, hanno concorso alla sua nascita»²².

Ecco che in questo caso l'origine a cui si fa riferimento non è più l'origine biologica quanto quella della progettualità, di chi cioè ha dato luogo al progetto procreativo fin dai primordi dello stesso. Il nucleo familiare d'origine non comprende la madre surrogata che ha partorito il figlio: il suo legame con il figlio non riveste importanza, mentre il *focus* è rivolto verso la relazione insorta tra figlio e genitore d'intenzione che ha assunto la responsabilità verso lo stesso. Si assiste, quindi, ad una distorsione del concetto di diritto alle origini proprio perché l'interesse è tutto concentrato verso l'unico genitore che non ha realmente contribuito in senso fisico all'origine di quel figlio²³.

Così, ancora, la Corte costituzionale, pur ribadendo l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità di cui il giudice deve tenere conto nella sua valutazione comparativa, evidenzia che nell'interesse del minore il giudice è tenuto a considerare diverse variabili che vanno dalla «durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita» oltre che alle «modalità del concepimento e della gestazione» e, infine,

genitoriale, a scapito del possibile interesse del minore al mantenimento del rapporto giuridico (oltre che di affetto), corrispondente alla effettività di relazione, con la persona che ha formulato il progetto familiare e che dalla nascita del bambino, ne è madre».

²⁰ S. CECCHINI, *op. cit.*, 338 ss., osserva che l'attenzione è rivolta sul limite dell'ordine pubblico internazionale, sul *best interest(s) of the child* ma non sulla posizione della madre surrogata e, altresì, che la giurisprudenza di merito privilegia i legami relazionali a quelli genetici e biologici «al fine di salvaguardare il best interest(s) of the child, seppur a discapito del principio *mater semper certa est*».

²¹ Cfr. Cassazione, Sez. I, n. 8325 del 2020, cit., 16.

²² In tal senso, Corte d'appello di Bari, Sez. minori e famiglia, decreto 9 ottobre 2020.

²³ Come si legge in Cassazione, Sez. I, n. 8325 del 2020, cit., 28, «Il disconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di uno dei genitori legalmente riconosciuti dall'ordinamento del paese di nascita e di cittadinanza comporta la alterazione dei rapporti familiari con ripercussioni gravemente nocive nei confronti del minore che vede messa in discussione e negata la unicità e inscindibilità della sua relazione genitoriale nello spazio e subisce una grave menomazione *ex post* della relazione con il genitore intenzionale e gli effetti negativi di una artificiale situazione di disparità e di potenziale conflittualità fra coloro che ha percepito come entrambi suoi genitori».

alla «presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, qual è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela»²⁴.

E, ancora, sempre il giudice costituzionale nella citata decisione n. 33 del 2021 non manca di sostenere in maniera lapalissiana come non vi sia dubbio sul fatto che «l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita [...] da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata».

«Questi legami», prosegue la Corte, «sono parte integrante della stessa identità del bambino [...] che vive e cresce in una determinata famiglia [...]. Sicché indiscutibile è l'interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso [...]; ma anche, e prima ancora, allo scopo di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte»²⁵.

Si coglie in questo modo che il concetto di identità personale del figlio cui si tende a fare riferimento in caso di maternità surrogata non è più quella intima e interiore, come diritto a ricostruire il proprio io individuale, a conoscere ed elaborare le proprie vere radici, ma è soprattutto l'identità nell'accezione sociale, nelle relazioni e nei rapporti nel frattempo già creati dal minore con l'ambiente, i genitori sociali e, soprattutto, il genitore d'intenzione²⁶. Come afferma la Corte europea «the non-recognition in domestic law of the relationship between the child and the intended mother is disadvantageous to the child, as it places him or her in a position of legal uncertainty regarding his or her identity within society»²⁷.

Basti aggiungere che la stessa maternità surrogata è, in fin dei conti, vietata all'interno del nostro ordinamento soprattutto sulla base del fatto che lede la dignità della donna e mina l'istituto dell'adozione, non perché non tutela i diritti del nato esponendolo ad un'identità frammentata²⁸. L'interesse del minore viene, apoditticamente, ricondotto alla necessità di mantenere il rapporto con i genitori intenzionali, mentre si dimentica del tutto l'interesse a conservare il primo vero legame che il nascituro ha creato: ovverosia quello con la donna che lo ha portato in grembo e dal quale la gestazione per altri lo separa intenzionalmente fin da subito. Si può realmente sostenere che la maternità surrogata, nel recidere brutalmente e volutamente il rapporto simbiotico che si crea nell'arco dei no-

²⁴ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 272 del 2017, sulla quale esprime giudizio positivo ritenendo che sia giunta a bilanciare l'interesse del minore e quello della verità di parto F. ANGELINI, *op. cit.*, 149 ss. A mio avviso, l'attenzione della Corte non è in realtà focalizzato sulla relazione tra minore e madre surrogata, sul cui rapporto si potevano svolgere maggiori riflessioni.

²⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 33 del 2021, punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

²⁶ Sui due profili dell'identità del figlio con riferimento alla maternità surrogata e a commento della sentenza n. 272 del 2017 della Corte costituzionale G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, del 15 febbraio 2018. Ma, altresì, a livello più generale, I. CARLOTTO, *La ricerca delle proprie origini*, cit., 50 ss.

²⁷ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, parere consultivo del 10 aprile 2019, cit., punto 40.

²⁸ Come osservato da L. BUSATTA, S. PENASA, *op. cit.*, 203, la Corte costituzionale, nel sottolineare come la maternità surrogata violi la dignità della donna, non menziona il diritto del figlio all'identità genetica.

ve mesi tra donna e bimbo, sia un procedimento che tutela gli interessi del bambino o si tratta solo e soltanto di uno strumento per soddisfare i desideri degli adulti anche a costo di arrecare un trauma al figlio pur voluto²⁹?

Così, nei pochissimi frangenti in cui la giurisprudenza comune richiama il tema del diritto alle origini del nato con riferimento alla maternità surrogata, lo fa proprio per sostenere che non si tratta di un valido motivo per vietare tale istituto, in quanto, pur non volendo

«sottovalutare l'importanza del legame prenatale madre/figlio, [...], per un verso, non esistono nel nostro paese accreditati ed esaurienti report psicologici che confermino il pregiudizio derivante da quel distacco ai nati da surrogazione di maternità, per altro verso, gli esiti delle ricerche effettuate nei paesi in cui la surrogazione non è vietata ed è regolamentata [...] indicano dopo adeguato monitoraggio che i bambini nati da "gestazione di sostegno" non evidenziano differenze nello sviluppo emotivo, sociale e cognitivo rispetto a quelli nati da concepimento naturale o da ovodonazione»³⁰.

Similmente, nel parere preventivo, la Corte europea, pur ammettendo che il diritto alle origini del minore verso la madre genetica potrebbe non condurre a favore del riconoscimento di una relazione legale tra minore e madre intenzionale, conclude ritenendo tale diritto alle origini biologiche recessivo rispetto al superiore interesse del minore ad avere un riconoscimento legale della relazione con la madre d'intenzione³¹. E, ancora, più recentemente, tra i giudici comuni si è concluso che «il diritto alle origini delle attrici non è garantito dalla rimozione dello stato di figlie degli odierni convenuti [...], ma dalla possibilità di accedere, nell'ordinamento [...] ad informazioni relative alla identità della madre donatrice dei gameti e della madre partoriente (il nome della quale, secondo quanto indicato nella legislazione [...] è presente nell'atto di nascita)».

Dimodoché, si prosegue, «[l]'accoglimento della domanda formulata nel presente giudizio appare neutro rispetto al diritto delle minori alla conoscenza delle origini, essendo lo stesso condizionato alle modalità con le quali la legge [...] riconosce l'accesso a tali informazioni», senza, tuttavia, che sia dato alcun rilievo o venga svolta alcuna riflessione sul fatto che è in realtà proprio la pratica della maternità surrogata a creare, fin da subito, un enorme problema di identità frammentata. Anzi, nella sentenza si conclude evidenziando, in maniera lapalissiana, che neppure i nati da pratiche eterologhe hanno diritto a conoscere il nominativo dei donatori, «non potendo pertanto nella difesa alle origini (inteso come diritto di conoscere l'identità dei genitori genetici) ravvisarsi un diritto incondizionato, non essendo lo stesso tutelato neppure dall'ordinamento interno»³². Ecco un'ulteriore, ben sottoli-

²⁹ S. NICCOLAI, *op. cit.*, 57, concludere che la GPA è per definizione un procedimento contrario all'interesse fondamentale del bambino a stare nelle relazioni in cui si trova e a consolidarle.

³⁰ Cfr. Corte d'appello di Milano, ordinanza 25 luglio 2016, n. 273, cit., la quale peraltro dà per scontato che ogni ragionamento dovrebbe essere collocato in un'ipotetica cornice in cui la regolamentazione della surrogazione di maternità consentirebbe un possibile accesso alle informazioni, nei limiti e secondo le indicazioni richiamate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162 del 2014 che, come si è già detto, sul punto non è in realtà affatto chiara. *Contra* S. GOLONBOK, L. BLAKE, P. CASEY, G. ROMAN, V. JADVA, *Children Born Through Reproductive Donation: A Longitudinal Study of Psychological Adjustment*, in *J Child Psychol Psychiatry*, 2013, 653 ss., secondo i quali vi sarebbero elevati rischi di disturbi psichici nei bambini nati da maternità surrogata.

³¹ In particolare, si vedano i punti n. 40 e 41 del parere consultivo della Corte europea.

³² Cfr. Tribunale di Roma, Sez. I, 11 febbraio 2020.

neata, conferma del fatto che l'acclamato diritto alle origini retrocede a mero desiderio se i figli sono nati da maternità surrogata e pratiche eterologhe. Non si tratta più di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito e, anzi, «la radicale esclusione di ogni relazione giuridica tra il donatore dei gameti ed il nato [...] è perfettamente in armonia con un quadro normativo che non riconosce con assoluta certezza la legittimità della pretesa del nato a conoscere le proprie origini»³³.

Ne deriva che, mentre nel caso dell'adozione e del parto in anonimato si spinge e si accentua oltre misura il concetto di legame di sangue, di radici biologiche e di conoscenza delle origini come diritto fondamentale, dinnanzi alla maternità surrogata riemerge, invece, il concetto di rapporto familiare a prescindere dal dato genetico e si pone la necessità di salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa con i genitori d'intenzione, in nome del preminente interesse del minore che in questo caso non coincide con il diritto a conoscere le proprie vere origini e, ancor meno, con il diritto a non avere – per consapevole volontà degli adulti – un'identità frantumata.

Il diritto del figlio nato da maternità surrogata ad essere informato che è stato portato in grembo e partorito da altra donna, che i genitori hanno – nel caso dell'Italia – posto in essere un comportamento non legale in tale ordinamento, il diritto a conoscere la storia di questa donna, le sue motivazioni che possono essere meramente economiche, il suo stato di salute, i suoi dati identificativi sono questioni che vengono al momento accantonate. Ben poche parole vengono spese per questi temi che, tuttavia, si manifesteranno quanto prima in tutta la loro drammaticità e che dovranno, a mio avviso, essere risolti con un pieno riconoscimento del diritto alla conoscenza dei nati attraverso questa tecnica.

Come si è detto, nella recente decisione di quest'anno, anche per la nostra Corte costituzionale l'interesse superiore del minore è quello di mantenere il rapporto con i genitori d'intenzione dimenticando che per un figlio, al di là dei progetti fatti a tavolino dall'adulto, il primo vero legame che insorge è quello con la donna che lo porta in grembo per l'intera gravidanza. Può veramente corrispondere al suo preminente interesse recidere di netto tale relazione proprio nel momento della nascita? Mi sia permesso manifestare qualche dubbio.

³³ In tal senso Tribunale di Napoli, Uff. indagini preliminari, Sez. XXII, 11 dicembre 2013.

Volere del singolo ed incertezze della legge. Prolegomeni filosofico-giuridici per l'applicazione della Legge n. 40/2004

Andrea Favaro*

WILL OF THE PERSON AND UNCERTAINTIES OF THE LAW. PHILOSOPHICAL-JURIDICAL PROLEGOMENA FOR THE APPLICATION OF L. N. 40/2004

ABSTRACT: The contribution presents some critical observations in order to the claim to recognize the “rule” of the autonomy and, consequently, of the law in order a sustain an analysis about L. 40/2004. Highlighting the vagueness of the notion of “sovereignty” and its crisis, the Author recovers some paradigms of juridical and political theory to recognize a renewed importance of the classical thought. The contribution makes an attempt to analyze the state crisis with the aim of recognizing the roots of this crisis, especially in verifying the failure to respect the “autonomy” as the origin of the rule of law.

KEYWORDS: Autonomy; sovereignty crisis; political responsibility; law and concept; community and society

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il riconoscimento del *suum cuique* nell'autonomia in virtù della laicità della legge – 3. Ossequio alla “autorità” ed emersione della “autonomia” – 4. Legge irrazionale: il ruolo dell'auto-governo del singolo nella *communitas* e nella *societas* – 5. La legge (*positiva*) come potenziale, ma imperitura, causa del quotidiano dilemma di Antigone.

1. Premessa

In un contesto come quello delineato da ciò che oggi è in vigore della L. 19 febbraio 2004, n. 40, pare più che opportuno svolgere alcune disamine circa il rapporto tra la volontà dei singoli e la disciplina legislativa con le incertezze che la stessa di norma è foriera specie quando deve sottoporsi ad operazioni che l'ordinamento vigente impone al fine di poterla adeguatamente coricare nel letto di Procuste della Costituzione.

Inquadrando l'analisi proposta nel presente contributo alla prospettiva filosofico-giuridica, principiamo l'esposizione tentando un inserimento nell'alveo ampio tracciato dai Contributi che hanno preceduto il presente e così evidenziando come dagli stessi emergano, rinnovati, taluni torrioni apparentemente inviolabili quali profili problematici sussistenti nel rapporto tra “autorità” (pubblica/statuale/comunitaria) e “singolo” (persona/individuo). Questi stessi manufatti dell'agire umano costituiranno l'oggetto cui volgere lo sguardo nei paragrafi che seguono dedicati, soprattutto, alla di-

* Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona. Mail: andrea.favaro@univr.it. Contributo sottoposto a referaggio.



namica dell'obbedienza (indicazione/direzione) prestata (o dovuta) dal singolo rispetto ai comandi (norma/legge) offerti (o imposti) dalla autorità; ordini che il contesto moderno contemporaneo vorrebbe quali anonime (quando non anodine) propaggini non solo dell'hobbesiana *auctoritas, non veritas facit legem* (Leviathan), ma pure della (sempre *hobbesiana*, ma meno nota e non per questo meno influente nella scienza giuridico-politica moderna e contemporanea) *veritas in dicto, non in re consistit* (De Corpore).

2. Il riconoscimento del *sum cuique* nell'autonomia in virtù della laicità della legge

Il nucleo nevralgico della "autonomia" del singolo (specie in un ambito quale quello che vorrebbe disciplinare la L. 40/2004 e quindi afferente a un elenco mai esaustivo di "singoli" potenzialmente coinvolti, dai genitori ai nascituri) viene assunto quale perno fondante la disamina che segue, affinché possa essere da stimolo per letture e sviluppi di uno dei temi principali della filosofia del diritto di ogni tempo (e luogo).

Una lettura autorevole di tale paradigma è stata palesata dal giusfilosofo tergestino Cossutta quando, recuperando un insegnamento di quello che qualifica come suo Maestro, innerva il paradigma della autonomia decisionale del singolo soggetto giuridico all'interno di una

«prospettiva a-statuale e, quindi, intrinsecamente avversa a quella modernità politica e giuridica che egli nel problematizzarla ha rifiutato evidenziandone le aporie; ma una prospettiva che specifica il suo rifiuto dell'ente stato, massima espressione della modernità, in chiave an-archica in quanto volta ad espungere dall'esperienza giuridica e politica l'idea di un fondamento del vivere sociale basato sul dispiegarsi del potere»¹.

Prospettiva "a-statuale", quindi, quella della "autonomia" che nell'ambito che occupa le nostre menti in questo fecondo Seminario richiama il gemito imperituro della resistenza alternativa che ciascun soggetto possiede dinanzi all'invadenza pervasiva del *leviathan* di turno, monarchico o democratico che sia poco rileva. Invadenza che al più emerge "peculiare" nel momento in cui promette di incidere su dinamiche di esistenza stessa del soggetto umano / soggetto giuridico², come disciplinato dalla L. 40/2004 e suoi attuali "confini". Alternativa che non potendo non originare dal soggetto, *rectius* dall'individuo³, tenta l'imperitura ricerca del senso dell'esistenza di una comunità quale dimensione utile a riconoscere il *sum* di ciascuno e non a far prevalere il *proprium* (per definizione astratto)

¹ M. COSSUTTA, *Ricordando Francesco Gentile, il mio Maestro*, in A. FAVARO (a cura di), *Il contributo di Francesco Gentile alla filosofia giuridico-politica contemporanea*, Milano, 2016, 171. Tale richiamo, come lo stesso A. riferisce, era stato già svolto finanche in termini maggiormente esaustivi in M. COSSUTTA, *Intorno a diritto e potere. Note sul pensiero giuridico e politico di Francesco Gentile*, in M. AYUSO TORRES (a cura di), *Dalla geometria legale-statalistica alla riscoperta del diritto e della politica – De la geometría legal-estatal al redescubrimiento del derecho y de la política. Studi in onore di Francesco Gentile – Estudios en honor de Francesco Gentile*, Madrid-Barcelona, 2006, 237-252.

² Doveroso sul punto il richiamo al preclaro contributo di S. COTTA, *Soggetto umano Soggetto giuridico*, Milano, 1997.

³ Sull'utilità e preferibile utilizzo dell'espressione "individuo" dinanzi ad altre all'interno del contesto ordinamentale moderno-contemporaneo, rinviamo al magistero di G. CAPOGRASSI, *Incertezze sull'individuo*, Milano, 1969.

della comunità-istituzione circa l'esistenza (e quindi l'identità) del soggetto umano⁴. Riconoscimento che, come emerso a più riprese in questo Seminario, si palesa ancora più arduo da contornare avendo inevitabilmente da tenere in considerazioni soggetti (presenti e futuri) non adeguatamente tutelati dall'ordinamento medesimo.

Per dar vita al riconoscimento di una comunità risulta d'uopo proseguire la riflessione dal soggetto che della stessa è il germe, poiché è impossibile trattare dell'autonomia del soggetto, dell'io, senza che l'io sia messo radicalmente (e inevitabilmente) in discussione. In questi termini credo si renda necessaria una disamina filosofico-giuridica anche sulle tematiche che emergono dai contenuti (e dalla applicazione) della normativa oggetto di discussione nella presente sede.

Volendo porre la feconda condivisione di riflessioni emersa nel Seminario sotto l'egida del pensiero c.d. "classico"⁵, assumiamo quale dato di partenza l'affermazione critica "non vi è stato senza autorità", sulla scia della quale è plausibile (in termini contemporanei, ma invero già moderni) ammettere che non vi sarebbe stato senza sovranità⁶, secondo l'analogato suo e precisando che nessun reale ordinamento può essere dato per sovranità umana e allo stesso tempo esponendo (per poterne meglio evidenziare le aporie) l'ermeneutica contemporanea che attribuisce tale attributo (l'essere "sovrano") anche ad enti creaturali.

Ad ogni modo, pare utile evidenziare come la riflessione politico-giuridica, anche a livello internazionale, sia oggi in totale difficoltà nell'offrire chiavi di lettura adeguate che giustifichino (o, eventualmente, sostituiscano) il paradigma moderno di sovranità, assumano come risolvibili le problematiche fornite dalla multiculturalità ed anticipino il loro prevedibile impatto sui fondamenti costituzionali e sul diritto degli stati (specie se democratici) in vista del contenuto di alcune normative come L. n. 40/2004.

⁴ Utili potrebbero essere vari possibili richiami e talune potenziali comparazioni, incompatibili con i limiti della sede presente, a M. STIRNER (*pseudonimo di Johann Caspar Schmidt*), *L'unico e la sua proprietà*, [1845, ma in realtà 1844], tr.it., Milano, 1979, specie al cap. I della Parte Prima (19-24) e al cap. II della Parte Seconda (196-220).

⁵ Per un utile rinvio, anche per l'argomentare giuridico, sul concetto di "classico" rimandiamo a T.S. ELIOT, *Che cos'è un classico* [1945], in ID., *Opere*, II, Milano, 2003, 473-495, ove si legge anche «Un classico non appare se non quando una civiltà, una lingua e una letteratura sono mature» (*op. cit.*, 475 – *corsivo nostro*).

⁶ Circa il concetto di "sovranità" pare interessante assumere in questa sede una critica che gli è stata rivolta da parte di un filosofo che vorrebbe assumere quale fondamento della propria denuncia proprio una impostazione classico-tomista. Jacques Maritain, infatti, considerava la sovranità dello stato un "delitto semantico" (cfr. E. GUCCIONE, *Jacques Maritain critico del concetto di sovranità*, in ID., *Politica e diritto tra fede e ragione. Problematiche del XIX e del XX secolo*, Torino, 2001, 80 ss.) rimproverando al pensiero giuridico-politico della modernità, a partire da Jean Bodin per arrivare a Rousseau, di aver spogliato il concetto di sovranità del suo reale significato: «La sovranità vuol dire due cose: 1) un diritto alla indipendenza suprema e al supremo potere come diritto *naturale e inalienabile*; 2) un diritto ad una indipendenza e a un potere che nella loro propria sfera sono supremi *assolutamente* ovvero in modo *trascendente*, e non *relativamente* o come appartenenti alla *parte più alta* nel tutto» (J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, tr. it., Genova-Milano, 2003, 40). Sul punto vedansi utili approfondimenti in E. ANCONA, *All'origine della sovranità. Sistema gerarchico e ordinamento giuridico nella disputa sui due poteri all'inizio del XIV secolo*, Torino, 2004 nonchè, se si ritiene e in merito alle aporie della "sovranità", in A. FAVARO, *Sovranità giacobina e teoria liberale della mediazione civile*, in AA.VV., *Disorder/Order in Politics and History*, n. 9 dei "Quaderni della Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", Milano, 2012, 263-295.

Tale difficoltà di giustificazione (teorica e pratica al contempo) raggiunge i livelli massimi se inserita in un contesto pubblicistico quale è quello della “comunità politica” dove il riferimento alla *auctoritas* può utilmente essere rinvenuto in elementi esterni/superiori alla autorità giuridica (contingente) stessa facendo emergere una sorta di rinnovata scoperta di una dimensione ulteriore rispetto al diritto positivo⁷ espresso tramite condotte umane “secondo coscienza” e, quindi, seguendo la adeguata “autonomia” insita in ogni singolo a prescindere dal dettato della legge vigente che con la “coscienza” si trovi in stato di potenziale contrapposizione ed alternativa.

3. Ossequio alla “autorità” ed emersione della “autonomia”

Nel dovere di sintesi imposto dalla presente sede, se è vero che si può intendere lo “stato” contemporaneo come sinonimo di “polis” (e così anche di “comunità politica”) al contempo pare utile evidenziare che i rilievi critici che seguiranno avranno come obiettivo l’ermeneutica moderna relativa al sintagma “stato”, che propriamente viene descritta (e onnicompresa) nell’endiadi “stato nazionale”. Svolta tale affermazione, resta da calibrare se (e come) la “comunità politica” avente quale fine il “bene comune”⁸ possa trovare riconoscimento di autonomia nelle attuali dimensioni specie in ambiti a tacer d’altro “sensibili” come quelli normati dalla L. n. 40/2004.

⁷ Sul punto è oltremodo utile rilevare come anche un pensatore non certo di impostazione giusnaturalista come Uberto Scarpelli abbia sottolineato il «grave, arduo, complesso» problema sollevato dal diritto naturale, il quale focalizza la propria attenzione sulla tensione tra diritto e coscienza, tra istituzioni e legittimità, può essere risolto ricorrendo a taluni concetti kelseniani e al ruolo che, entro la *Reine Rechtslehre*, gioca la “norma fondamentale”. L’obiezione di coscienza di fronte a leggi ingiuste si potrebbe porre allora solo di fronte ad ordinamenti illegittimi nel loro complesso: «la valutazione etica è da fare non sulle singole norme astrattamente considerate ed artificiosamente separate nel giudizio dal complesso del diritto di cui fanno parte, ma sul diritto nel suo complesso». Nella logica del pensiero di Scarpelli, è chiaro che la libertà e la responsabilità dell’individuo hanno il diritto-dovere di esprimersi di fronte allo Stato autoritario, ma non certo di fronte ad istituzioni liberaldemocratiche. Secondo questo giusfilosofo «il valore del positivismo giuridico non è assoluto e fuori discussione; ma è in relazione alla forma dello stato ed alla legge che si applica. In uno stato tirannico, con una legge di violenza e di oppressione, il metodo giuridico positivo è strumento del male, e servo del male è il giurista e giudice che con metodo positivo applica la legge. Nello stato libero e moderno, per chi pensa che lo stato libero e moderno sia una delle più alte conquiste della civiltà, essa ha il valore stesso di quella forma di organizzazione giuridica della società» (U. SCARPELLI, *Diritto naturale vigente*, in «Occidente», anno IX, 2, 1953, 100, 112 e 121). Questo indica che per Scarpelli la semplice procedura di selezione della classe politica (autocratica o democratica) sarebbe (convenzionalmente) bastevole per eliminare, non si comprende bene se solo *de jure* o anche *de facto*, l’intero pensoso, ma spesso penoso, dibattito sulle leggi ingiuste.

⁸ Circa il concetto di “bene comune” che «poi altro non è se non il riconoscimento in comune del Bene» (F. GENTILE, *Politica aut/et statistica*, Milano, 2002, 22 dove viene pure fornita un prima esplicitazione di tale definizione), si rinvia a, *inter alios*, A.M. QUINTAS, *Analisi del bene comune*, Roma, 1979, in specie 13-18 (circa alcuni rilievi semantici relativi all’espressione “bene comune”); nonché alle pp. 100-107 (dove si problematizza proprio la concezione individualistica in merito ad una concezione “comune” del bene), ma anche 247-254 (ove vengono proposti taluni spunti per una soluzione dei conflitti tra il bene del singolo individuo e quello della comunità). La disamina di Quintas può essere messa fecondamente a confronto con: M. OAKESHOTT, *On Human Conduct*, Oxford, 1975; nonché, solo ultimo, vedasi, già in tema delle relazioni tra autonomia e comunità, A. FAVARO, *La legge del bene comune, tra “pretese democratiche” e “doveri privati”*, in *Philosophical News*, 2, 2013, 67-77.

Al fine di evitare di porre le questioni paradigmatiche che sono emerse nel Seminario nell'alveo del dibattito in ambito bioetico che hanno interessato la materia normata anche prima della approvazione della legge, pare qui maggiormente fecondo declinare il paradigma moderno della sovranità anche parlamentare lungo il pendio inclinato che lo porta alle origini del potere.

In questi termini è dato tornare, ad esempio, alla fonte (giuridica) dello *iustitium* e riconoscere come il senato romano avesse il potere di sospendere il diritto non tramite *imperium*, *potestas*, ma tramite *auctoritas*, *rectius auctoritas patrum*, che è il sintagma che definisce la funzione specifica del senato nella costituzione romana.

Con il tema della *auctoritas* ci troviamo dinanzi ad un fenomeno giuridico-politico che si contrappone al tema della *potestas* e che nell'età moderna sono costantemente confuse tra loro (e il tema della rappresentanza politico-giuridica non aiuta a sanare la differenza autentica tra i due paradigmi).

Con il tema della *auctoritas*, inoltre, torniamo al soggetto perché *auctor* deriva da *augeo* e *l'auctor* è *is qui auget*. In questi termini l'autorità primigenia è quella di colui che agisce in autonomia e così la primigenia autorità può dirsi l'autonomia stessa del soggetto in quanto creatura deliberante.

E con l'autonomia si recupera il tema della obbedienza e della osservanza limitata (*rectius* inevitabilmente e coerentemente negata) delle leggi ingiuste.

In aggiunta, a conferma ulteriore di come l'autonomia riconosca un valore "autonomo" (propriamente) di regolamentazione nel giusto delle cose (e così anche a prescindere da una legge/ordinamento pre-esistente da accogliere/accettare/subire), si veda quando Tommaso spiega l'affermazione di Aristotele per la quale la città è anteriore per natura alla famiglia e al singolo uomo, in quanto essa è il tutto, e il tutto è anteriore alla parte.

A questo proposito l'Aquinate ammette che il tutto è, sì, anteriore alla parte, sia per natura che per perfezione, ma aggiunge che ciò deve essere inteso solo relativamente alla materia, non anche relativamente alla specie (*sed hoc intelligendum est de parte materiae, non de parte speciei*)⁹.

Probabilmente ciò significa che, se la città è paragonata, come avviene in Aristotele, ad un tutto materiale, quale è ad esempio il corpo umano, allora è vero che il tutto è anteriore alla parte, cioè il corpo è anteriore a un suo membro, perché questo non può sopravvivere se è staccato dal corpo intero; se invece si guarda alla specie, per esempio alla specie umana, da cui è presa la nozione che serve a definire l'uomo, cioè la razionalità, allora non è più vero che il tutto precede la parte, perché la razionalità, che è parte dell'uomo inteso come specie, cioè è parte della sua definizione, precede il tutto, in quanto ne costituisce l'anima, cioè la forma.

Come è più che intuibile tale schema potrà essere fecondamente sviluppato alla luce del paradigma della autonomia come "germe dell'ordinamento" nel senso già affermato dall'Aquinate sia con: «il bene della moltitudine è maggiore del bene di uno solo che fa parte della moltitudine, ma è minore del bene estrinseco a cui la moltitudine è ordinata [bonum extrinsecum ad quem multitudo ordinatur] »¹⁰; sia con «le sostanze intellettuali sono governate per se stesse, le altre cose invece per esse» è così «la creatura razionale è governata per se stessa»¹¹.

⁹ TOMMASO D'AQUINO, *In Octo libros Politicorum Aristotelis expositio*, 38.

¹⁰ TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q. 39, a. 2, *ad secundum*.

¹¹ TOMMASO D'AQUINO, *Summa contra Gentiles*, III, c. 112.

4. Legge irrazionale: il ruolo dell'auto-governo del singolo nella *communitas* e nella *societas*

Precisione e lucidità che consentono di evidenziare il rapporto tra le due “conformazioni” e il ruolo che all’interno delle stesse può essere affidato all’individuo e così alla autonomia del medesimo. Per poter scorgere compiutamente tale rapporto è opportuno sondare dialetticamente la possibilità di scorgere un distinguo tra “*communitas*” e “*societas*”.

Distinguo che rende ragione di se stesso, se collocato nell’alveo della modernità, visto che il pensiero aristotelico, invece, riconosceva una comunanza di natura ed intenti ad entrambe le già dette “conformazioni”.

Se il significato della prima (*communitas*), ora (ma sempre) appartiene all’alveo della dottrina giuridico-politica classica, l’obiettivo della seconda (*societas*), oggi (più di ieri) è consono alla riflessione moderna dell’agire politico-statuale. E, difatti, quando si sperimenta l’agone politico odierno, è più facile incontrare nel dibattito quotidiano il termine “società” piuttosto che “comunità”, tenendo sempre in debito conto che spesso coloro i quali, sempre rari, preferiscono utilizzare il secondo paradigma rispetto al primo, implicitamente tradiscono la volontà di ancorare il loro pensiero propriamente ad autori classici. Il tutto se i due termini vengano intesi quali sinonimi. Invero “*communitas*” e “*societas*” possono dirsi, oggi, realmente sinonimi? Tenderemo ad escludere tale affermazione, e è necessario allora rispondere all’appello su cosa differenzi la comunità rispetto alla società?

I termini si riferirebbero a due concezioni differenti di stato/ordinamento, visto che la comunità in generale è un gruppo di persone che stanno insieme, perché riconoscono un fine comune, appartengono ad una realtà solitamente distinta nei contorni e posseggono la consapevolezza di appartenerci; in summa, la comunità fonda lo stato in virtù di una relazione naturale di prossimità, come prodotto della propria natura relazionale.

La società, invece, indicherebbe un insieme di persone che, in una condizione non conflittuale e, se tale, solitamente smussata da un accordo/contratto, perseguono, ciascuno, gli interessi individuali. Tali persone, quando possono esercitare realmente la propria volontà, scelgono di vivere sotto un unico potere sovrano spesso per un calcolo di opportunità, tramite un contratto che conserva una naturale estraneità reciproca, giustificata teoreticamente e quotidianamente vissuta.

Se su questi binari par possibile riconoscere il distinguo, risulta così agevole inventare, forse oggi più di ieri, nella (sola) comunità la capacità di auto-governo e nella società, invece, la necessità della presenza/imposizione di regole eteronomi utili per “coordinare” volontà altrimenti non conciliabili e quindi coartare la condotta volgendola a finalità ulteriori, come pare essere emerso dalla approvazione comunque democratica e legittima della L. n. 40/2004.

Intelligente e fecondo pare sempre più il solco di distinzione che differenzia allora il ruolo (necessario) di leggi positive in una società e la natura (originaria e ineludibile) di autoregolamentazione propria della comunità, giacché invero propria di ciascun soggetto umano, il quale decide di sviluppare la propria esistenza all’interno di una *communitas*.

Così possiamo comprendere meglio cosa sia realmente il “diritto”. Non solo legge, come ci insegnano i classici, non solo libertà, come ammoniscono i moderni, ma il frutto di libertà autodeterminante del

singolo soggetto, finanche a discapito del contenuto della norma vigente, seppur costituzionalmente orientata (o forzatamente orientabile).

Il diritto, dunque, rimane uno strumento a servizio della realizzazione del singolo che vive in una comunità, altrimenti verrebbe bene alla sua natura primigenia e, solo potenzialmente ma non necessariamente, sperimenta l'esistenza di una società, una volta assunto tale concetto quale alternativo e comunque distinto dal precedente (*communitas*).

Il monito della necessità di leggi positive (nella società) che strutturino, tramite il loro essere strumento di "fissità interlocutoria"¹², finanche il dipanarsi della convivenza tra esseri aventi fini diversi (quando non opposti), evidenzia l'opportunità di recuperare il valore non solo teorico, ma pure pratico delle "comunità" di soggetti, quali insiemi maggioranti consoni allo sviluppo di ciascun essere umano e maggiormente rispettosi del principio di libertà e, quindi, di auto-governo, insito in ciascun soggetto.

Di conseguenza, a maggior ragione nel contesto giuridico-politico contemporaneo caratterizzato dalla compresenza di multiculturalismo e globalizzazione, potrebbe essere riconosciuto il valore (anche di prassi) di insiemi di persone che riconoscono liberamente obiettivi comuni e coniugano origini simili e culture omogenee evidentemente altre e diverse rispetto a quelli e a quelle di altri "insiemi/communitates" i soggetti.

Così proseguendo finanche oltre la disamina che la presente sede consente, si potrebbe tratteggiare una prospettiva che, puntando sulla capacità di autoregolamentazione degli individui di capogrossiana memoria, possa riconoscere un ruolo sempre più distinto e autorevole delle "comunità" che questi (individui) scelgono di costituire, volta per volta, tempo per tempo, luogo per luogo. In tal modo potrebbe svelarsi un ordinamento giuridico composto in termini maggiormente dinamici e forse così fecondi per affrontare la crisi delle "società" (specialmente occidentali) tanto impegnate nell'anestetizzare il confronto non sempre pacifico tra identità distinte e obiettivi personali/comunitari anche lontani, come appalesa anche l'iter di approvazione (e specie quello di verifica costituzionale susseguente) della L. n. 40/2004.

Crisi delle "società" che in un qualche modo si ritiene causata anche dall'aver tradito l'origine di tale paradigma. Difatti, se la storia del concetto di *società* principia con l'espressione aristotelica¹³ della *politiké koinonía*, esso penetra nel lessico politico occidentale per il tramite della sua traduzione latina, *societas civilis*, la quale rappresenta il nucleo delle successive varianti nelle lingue europee: *civil society*, *société civile*, *bürgerliche Gesellschaft*.

Pur permanendo costante l'indicatore terminologico, l'onestà intellettuale permette di riconoscere una tradizione di pensiero relativa al distinguo già accennato *supra* nel comprendere la dislocazione semantica che traghetta lo studioso dalla *communitas* alla *societas*. Se in Aristotele, infatti, il termine viene assunto come sinonimo di quello che definisce l'unità politica della città (Pol. 1252 a 6) risulta palese l'inscindibilità dei due termini (*communitas* e *societas*) che esprimono l'uno l'istanza *associativa* (*koinonía*, *koinón*) e l'altro l'articolazione *politica* della stessa (*polis*, *politiké*).

¹² F. GENTILE, *Filosofia del diritto*, Napoli, 2017, 273-275, ove viene ripreso il parallelo fecondo tra "legge" e "concetto".

¹³ Spunti confrontati anche con AA.VV., *La società civile e la società politica nel pensiero di Aristotele*, Roma, 1998.

La più volte riconosciuta come efficace *pars destruens*, allora, potrebbe essere ricalibrato in direzione prossima (e propositiva), ovvero volgendo lo sguardo al futuro del “diritto” all’interno dei rapporti tra ordinamenti giuridici.

“Cos’è il diritto”, oggi? E domani?

Se è vero che ad ogni singolo è da riconoscere la possibilità di auto-governo in merito alla propria condotta e se è pur vero che tale capacità si trasmette al paradigma della “comunità” (mentre risulterebbe estraneo al soggetto “società”), potrebbe risultare utile recuperare il riconoscimento opportuno al soggetto per il quale il “diritto” ha senso di esistere: la persona.

In tali termini, in un universo globalizzato come quello attuale ove le varie istanze culturali, religiose, etiche ed etniche si intersecano quotidianamente nello spazio di un quartiere, pare rinvenire un rinnovato interesse la cura per la *communitas*, ovvero per l’insieme di soggetti che condividano volontariamente un fine comune, senza essere costretti a partecipare a dimensioni estranee a tale fine.

Partendo da questi spunti teoretici par utile cogliere così l’occasione per stimolare una “battaglia” oltre la trincea del “giuridico” tanto da intersecare, non solo tangenzialmente, l’istanza politica odierna a sostegno di una diversità culturale da accettare in modo potremmo azzardare anche economicamente “efficiente”.

Un oltrepasso della trincea che agevoli il distinguo tra “potere” e “diritto”¹⁴.

Tuttavia, aderendo nuovamente alla “autonomia” quale paradigma poziore della sfera giuridico-politico, si è tenuti a respingere la visione di accompagnamento coatto delle persone rispetto alla loro comunità culturale a favore di un accento sulla reciproca tolleranza in materie e ambiti dove l’imposizione della eterodeterminazione gioca vieppiù un ruolo che suona “stonato”, oggi più di ieri.

Una volta riconosciuto l’auto-governo alla singola persona e, in uno con questa, alla comunità alla quale la stessa sceglie di afferire momento per momento, l’elemento ulteriore da dipanare è quello della durata di tale scelta, ovvero l’elemento del tempo della/nella comunità.

In questi termini largo credito trova il c.d. “diritto di uscita” che spetterebbe a ciascun membro di una comunità col venire a maggior ragione così ad emergere la crisi del paradigma della sovranità statale modernamente letto.

In netto contrasto con la visione della c.d. «buona società liberale», fondata su un comune impegno a favore di una normativa (formale) comune, è stato da altri¹⁵ utilizzata la metafora dell’“arcipelago” per indicare al lettore la proposta. Ecco che la società libera si palesa come una raccolta di comunità (e, quindi, di autorità) associate, ai sensi delle normative che riconoscono la libertà degli individui di associarsi come, e con chi, essi desiderano.

Mutuando da Platone (ma pure da Oakeshott) il ricorso alla metafora dell’arcipelago per esemplificare l’ordinamento giuridico-politico si può cogliere nelle singole “isole” le diverse comunità, o, *rectius*, le giurisdizioni che operano in un mare di reciproca tolleranza.

Se è vero che ciascun soggetto umano impegna tempo e risorse per il mantenimento dei propri valori culturali e le tradizioni a cui richiamare condotta e scelte, visto che ciascuno è chiamato a rinnovare l’identità di appartenenza, la proposta dell’«arcipelago» non può essere basata se non sulla personale

¹⁴ Cfr. la disamina di M. COSSUTTA, *Intorno a diritto e potere. Note sul pensiero giuridico e politico di Francesco Gentile*, cit., 237-252.

¹⁵ Cfr. *inter alios*, C. KUKATHAS, *The Liberal Archipelago: A Theory of Diversity and Freedom*, Oxford, 2003.



autonomia come un “maestro ideale”, ma in fin dei conti, è fondata sulla natura razionale dell’essere del singolo soggetto umano.

La teoria pare cristallina, l’intento è ancora più palese, le conseguenze rimangono, però, solamente immaginabili. La comunità dei soggetti che costituiscono l’arcipelago non ha valore per la libertà individuale che permette al suo interno, ma per il fatto che i suoi membri non possono essere costretti a rimanervi e quindi a riconoscere “per sempre” il senso di comunità che ritrovano, perché in sunto non possono venir meno al principio di autogoverno che sostiene il loro essere persona.

Tale deduzione non può escludere, ovviamente, che in un individuo possa risiedere la volontà (e la capacità) di entrare in “comunità” che comporti una necessaria adesione permanente.

5. La legge (*positiva*) come potenziale, ma imperitura, causa del quotidiano dilemma di Antigone

Il problema principale posto da tale disamina utile quale latrice di semplici prolegomeni alla analisi della L. n. 40/2004, non può, quindi, prescindere dalla realtà del soggetto umano, il qual non si può permettere di vivere come “monade”, ma è tale solo e soltanto se vive nelle (e delle) relazioni intersoggettive. In virtù di queste, infatti, si costituisce, non immediatamente ma con la dinamica dell’esperienza concreta, l’identità di colui che sarebbe libero di associarsi, dissociarsi, essere diverso, etc. Un tanto a meno che, pare lapalissiano, non vi sia la convinzione che l’identità personale sia soltanto provvisoria, semplice espressione di contingenza e in quanto tale interlocutoriamente, ma definitivamente, sempre cangiante.

Ecco che il reale ordinamento delle relazioni (che siano politiche, giuridiche ed economiche, poco importa) deve essere riconosciuto a prescindere dalla legislazione e affidandosi alla autonomia di ciascuno. Affidamento, fiducia, in sintesi, potremmo ardire, “fede” nella persona.

Ecco allora che il probabile antidoto alla legge “ingiusta, zoppa, limitata e limitante” e, quindi, il paradigma utile per rinvenire la soluzione che il giurista ha sempre da sviluppare dinanzi al caso concreto della “sua” Antigone quotidiana, potrebbe svelarsi come il rinnovato ritorno alla dimensione comunitaria come contesto nel quale la persona sceglie quotidianamente di mettere a disposizione diritti e doveri e così attraversa la relazione interpersonale all’insegna dell’autogoverno, ove meno diffuso pare essere l’impatto con la “legge” intesa in termini moderni e, così, con la “legge ingiusta”.

Come già anticipato *supra* circa l’origine non recente dell’inserimento del paradigma nella teoresi filosofico-giuridica risulta oltremodo interessante il richiamo esplicito dell’inizio (come pure del progredire) di questa sua riflessione su un concetto tanto potente, quanto incompreso.

Un avviluppamento complesso, talvolta preso e ripreso come in un fluire torrentizio, e però sempre aggrappato ad un concetto tanto cristallino quanto “scabroso”. In sunto:

«Quello che risulta [...] con estrema chiarezza è che la nozione di autonomia è agli antipodi di quella di sovranità; paradossalmente, noi riusciamo a definire l’autonomia nei termini negativi della negazione della sovranità: l’uomo, anche preso come singolo, come individuo, non è sovrano»¹⁶.

¹⁶ F. GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit., 255.

Due rinvii si rendono necessari in qualità di conclusioni inevitabilmente interlocutorie perchè forzatamente provvisorie e non sistematiche per elezione.

Il primo alla concezione laica della giuridicità, nel senso che si intende assumere dal Cossutta «ovvero quale affermazione della intrinseca estraneità del diritto dal potere»¹⁷ e che si può approfondire seguendo gli stimoli per taluni provocatori, inevitabilmente efficaci nel loro essere “scabrosi”, di un Lottieri di “*Credere nello stato?*”¹⁸.

Il secondo alla conseguenza che discende dalla mancanza propria di “laicità” conseguente al formalismo che del ruolo (e invero identità) del giurista «compromette la fatica nell’attuazione della legge scritta dal dito dell’uomo esponendolo, sempre più pericolosamente, al baratro del nichilismo», giacchè «il formalismo è fraterno al nichilismo, insieme fattore determinante e conseguenza ineluttabile»¹⁹.

Dedotta quanto *supra*, il soggetto istituzionalizzante la *societas*, ovvero lo stato, risulta forzatamente (e infondatamente) egemonico e disproduttivo dal momento che nutre la propria identità in virtù di una imposizione che i singoli riconoscono di matrice eteronoma. Il tutto avendo comunque la premura e l’onestà di tenere sempre a mente – per quanto possa sembrare tautologico – che l’imposta è precisamente qualcosa che viene “imposta”.

Per uscire dal monopolio legale (produttore di beni e servizi, includendo in questa categoria anche la protezione e la giustizia) e ri-conoscere la fondamentale importanza della comunità (e affidarsi così realmente alla “autonomia” del soggetto) emerge come indispensabile comprendere le potenzialità di un ordine sociale policentrico, in cui vi sia ampia competizione tra tutti i soggetti anche e soprattutto nella produzione della sicurezza²⁰. Tornano alla mente, in tutta la loro potente laconicità, la parole di un re illuminato, ma non per questo più democratico: «quantunque la nostra maestà sia

¹⁷ M. COSSUTTA, *Intorno a diritto e potere. Note sul pensiero giuridico e politico di Francesco Gentile*, cit., 252. Per una prima analisi della questione di rinvia ulteriormente a M. COSSUTTA, *Anarchismo e diritto. Componenti giusnaturalistiche del pensiero anarchico*, Trieste, 1987, 27-39, dove una prima definizione è «l’anarchismo (movimento tendente all’anarchia) può venir definito come un’alternativa totale alla strutturazione societaria gerarchica» (*op. cit.*, 27) e ancor più sinteticamente «L’anarchia è quindi definibile anche come l’assenza d’un potere statale nella comunità umana» (*op. cit.*, 28). Il Cossutta prosegue con l’analisi e pone in evidenza con metodo dialettico, per quel che ci occupa in questa sede, gli elementi comuni e differenti tra anarchismo e dottrina liberale (*op. cit.*, 52-60). Tra gli elementi comuni il giusfilosofo triestino evidenzia l’individualismo, recuperando *expressis verbis* il magistero di Adam Smith. Tra gli elementi che distinguono, si mette in evidenza l’anti-statalismo (proprio dell’anarchismo e non del liberalismo, ma vedansi le considerazioni in merito di Hoppe). Di recente il giusfilosofo triestino è tornato sul tema dell’anarchismo, giungendo ad assimilare, se non perfino ad identificare, *anarchia* con *autonomia* seguendo in un certo senso il magistero di Bakunin (il Cossutta recupera soprattutto M. BAKUNIN, *L’empire knouto-germanique et la révolution sociale* [1871], tr. it., *Dio e lo stato*, Pistoia, 1974 : «Va altresì rilevato, [...], come l’anarchismo bakuniano legghi in maniera inscindibile la libertà individuale all’autonomia, alla capacità propria del soggetto politico di porre, in relazione, con gli altri, la regolamentazione dei propri rapporti. L’uomo, in definitiva, è libero alla condizione di essere *padrone di sè*» (M. COSSUTTA, *Intorno a diritto e potere. Note sul pensiero giuridico e politico di Francesco Gentile*, cit., 247, nota 37).

¹⁸ Cfr. C. LOTTIERI, *Credere nello stato? Teologia politica e dissimulazione da Filippo il Bello a Wikileaks*, Soveria Mannelli, 2011.

¹⁹ F. GENTILE, *Legalità, giustizia, giustificazione*, cit., 81 (testo e nota 16).

²⁰ Cfr. D. HELD, *Democracy and The Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, 1995.

sciolta da ogni legge, non si leva tuttavia essa al di sopra del giudizio della ragione, che è la madre del diritto»²¹.

Consapevoli, poi, che il nichilismo giuridico presenta aporie interne e non intende fornire da solo prospettive progettuali esterne, non possiamo ritenere meno che necessaria una elevata adesione spontanea da parte dei membri di una comunità all'ordinamento vigente, salva l'opportunità di valutare un mutamento di ordinamento. E per favorire tale adesione spontanea non si potrà non puntare sulla educazione ai fondamenti giustificativi di un ordinamento giuridico come quello attuale che non può (più) permettersi di illudere i consociati con adesioni fideistiche contingenti ed è chiamato ad indicare loro un fine (si direbbe oggi un obiettivo / una *mission*) in modo che questi uomini e donne possano dividerlo (o meno) con una sempre maggiormente riconosciuta "autonomia" anche in una prospettiva di innovativo diritto di dissociazione, ma non comunque subirlo come anonimi ingranaggi in una catena di montaggio.

²¹ È la preclara affermazione di Federico II di Svevia che si rinviene in uno dei classici della storiografia del XX secolo: E. KANTOROWICZ, *Federico II Imperatore*, tr.it., Milano, 2005, 233.

L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'Ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021

Fabio Ferrari*

THE BEST INTERESTS OF THE CHILD BETWEEN PROTOCOL 16 AND LEGISLATIVE DISCRETION (PASSING THROUGH THE REGISTRAR). NOTES ON JUDGEMENT NO. 33/2021 OF THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: The essay analyzes the recent decision n. 33 of 2021 of the Constitutional Court in the field of surrogate motherhood and best interests of the child, having particular regard to the different role played by the merit Courts (which remains subject to the law in adjudicating concrete cases) and Parliament (which has the constitutional power – and the duty as well – to regulate those very delicate issues from a more general perspective)

KEYWORDS: Medically Assisted Reproduction; international public order; procreative tourism; separation of powers; adoption law

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il giudice *a quo*: la I sez. civ. della Cassazione dalla sent. n. 19599 del 2016 all'ord. n. 8325 del 2020 – 3. Il Protocollo 16 tra mancata ratifica e interpretazione convenzionalmente consolidata – 4. Il preminente interesse del minore tra giudice comune (*rectius*: ufficiale di stato civile) e legislatore.

1. Premessa

La sentenza in oggetto appare di grande importanza per lo stretto merito della q.l.c., ma altresì per alcune affermazioni di carattere teorico-generale sul rapporto tra legislatore e giudice delle leggi: la Corte ribadisce, difatti, i limiti della propria supplenza all'inerzia legislativa, e così i confini di ammissibilità delle conseguenti decisioni manipolative; al contempo, lascia intendere però la volontà di – e ancor più importante l'implicito titolo costituzionale per – intervenire comunque in seconda battuta, qualora il monito al Parlamento dovesse rimanere inascoltato. Rispetto ai recenti e noti casi ove il superamento del classico argine delle "rime obbligate" è avvenuto tramite una tecnica decisionale letteralmente innovativa¹, nella sentenza in esame si perviene ad

* Ricercatore senior di diritto costituzionale, art. 24, co. 3, lett. b), L. 240/2010, presso il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università degli studi di Verona. fabio.ferrari@univr.it. La pubblicazione rientra tra le attività del team di ricerca «Processi decisionali e fonti del diritto» del Progetto di Eccellenza MIUR 2018/2022 del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Com'è evidente, il riferimento è al c.d. caso "Cappato": C. cost. n. 207 del 2018 e n. 242 del 2019, a cui si aggiunge, in attesa della sentenza definitiva, C. cost. nn. 132 del 2020 e 97 del 2021. Su questa nuova tecnica decisoria, entro una riflessione di più ampio respiro sull'evoluzione dei rapporti tra giudice costituzionale e

un tradizionale dispositivo di inammissibilità; si tratta di un dato importante, da sottolineare, che non impedisce però di cogliere quei brevi ma significativi passaggi della motivazione nei quali la Corte sembra, pur senza precisa scadenza temporale, condizionare il proprio *self-restraint* all'effettivo intervento legislativo, giudicato ormai «indefferibile»². Ma è bene procedere con ordine.

2. Il giudice a quo: la I sez. civ. della Cassazione dalla sent. n. 19599 del 2016 all'ord. n. 8325 del 2020

L'ordinanza di rimessione posta a base della decisione qui annotata chiedeva un intervento additivo alla Corte costituzionale, con il quale dichiarare illegittime le norme oggetto

«[...] nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri [...] del c.d. genitore d'intenzione non biologico»³

Il “diritto vivente” a cui la I sezione aveva ritenuto di non potersi adeguare si era formato a seguito di un'importante pronuncia delle Sezioni Unite (n. 12193 del 2019, in relazione ad un caso di maternità surrogata con genitorialità di due padri⁴), la quale sembrava una risposta indiretta, ma netta, ad una nota sentenza della stessa I sezione, la n. 19599 del 2016⁵. In quest'ultima, si era riconosciuto il rapporto di filiazione tra un figlio e le sue due madri (l'una gestante, l'altra donatrice dell'ovulo), le quali erano ricorse alle necessarie tecniche procreative all'estero, stante l'esplicita preclusione della l. n. 40 del 2004⁶; a tale risultato, la I sezione era giunta attraverso un'impegnativa ricostruzione teorica del ruolo del giudice nella tutela dei diritti fondamentali, ed un uso quantomeno opinabile di alcune delicate categorie elaborate dalla Corte costituzionale:

- i) l'ordine pubblico internazionale, affermava la I sezione, corrispondeva esclusivamente a quello ricavabile dai «principi fondamentali e/o supremi» dell'uomo consacrati nella Costituzione, nella Carta di Nizza, nei Trattati UE e nella CEDU⁷;

legislatore, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 3, 2021, in particolare 91 ss.

² C. cost. n. 33 del 2021, § 5.9, *cons. dir.* Forse con ancora più forza l'urgenza è espressa in C. cost. n. 32 del 2021, § 2.4.1.4, *cons. dir.*

³ C. cass., I sez. civ., ord. n. 8325 del 2020.

⁴ ...di poco seguente ad un'altra pronuncia, sempre a Sezioni Unite, concernente un tema diverso, ma con una ricostruzione dell'ordine pubblico prodromica a quella poi accolta nel 2019: C. cass., SS.UU. n. 16601 del 2017 in tema di *punitive damages*. Su entrambe, con dovizia di dettagli, M. TESCARO, *The notion of international public order and the worthy of approval recent decisions of the United Sections of the Italian Court of Cassation*, in *Eurojus*, 4, 2020, 345 ss.

⁵ In altra sede si è provato ad argomentare per quali ragioni la sentenza del 2019, nonostante il tentativo di apparire quasi un mero *distinguishing*, risulti in realtà assai lontana dall'approccio del 2016: sia consentito un rimando a F. FERRARI, *Profili costituzionale dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni “passi indietro” della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in *Biolaw Journal*, 2, 2020, in particolare 184 ss.

⁶ Cfr. artt. 5 e 12.

⁷ C. cass. I sez. civ., n. 19599 del 2016, § 7, diritto.

- ii) le scelte legislative integravano l'ordine pubblico solo ove espressive dei suddetti principi supremi, poiché in tali casi il legislatore era costretto ad agire senza alcuna discrezionalità⁸;
- iii) al giudice comune, dunque, era attribuito il compito di esercitare un controllo «simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale»⁹;
- iv) nel caso di specie, la scelta di precludere il ricorso a PMA a due donne, essendo espressiva di “mera” discrezionalità del legislatore italiano e non di un principio supremo, non integrava alcuna barriera di ordine pubblico¹⁰.

Al netto dell'assai lodevole e comprensibile sforzo finalizzato a garantire la massima tutela ai fanciulli nati da turismo procreativo¹¹, una tale ricostruzione destava perplessità in parte della dottrina: per una riduzione dell'ordine pubblico, sebbene internazionale, a parametro quasi inoperante; per la dubbia relazione, sotto il profilo teorico e pratico, tra principi supremi e sentenze additive; per la sovrapposizione dei ruoli tra Corte costituzionale e giudice comune; per un uso ‘eterodosso’ (in via sostanzialmente diffusa) dei principi supremi; per un richiamo non sempre rigoroso, in termini di teoria delle fonti e ambito di applicazione, al diritto internazionale pattizio; soprattutto, per lo svilimento del ruolo del legislatore, il cui dettato poteva e doveva essere direttamente aggirato in nome dei supremi principi costituzionali, senza che il giudice comune, a tal fine, fosse tenuto ad investire la Corte costituzionale¹².

La sentenza delle Sezioni Unite sopra richiamata riassetta – pare di poter dire correttamente – il rapporto tra giudice e legislatore, affermando come spetti a quest'ultimo il concreto invero dei principi costituzionali, e nello specifico la definizione dell'ordine pubblico quale barriera d'ingresso al riconoscimento degli effetti di norme e provvedimenti stranieri: dato legislativo che non può dunque essere autonomamente ignorato dal giudice (art. 101.2 Cost.), a maggior ragione ove vi sia sul punto un'esplicita preclusione penale¹³.

⁸ *Ivi.*

⁹ *Ivi.*

¹⁰ *Ivi.*

¹¹ Tra coloro i quali hanno apprezzato la pronuncia in esame, senza alcuna pretesa di completezza, si vedano A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. la corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in *articolo29.it*, 2 ottobre 2016, *passim*; G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Il Corriere giuridico*, 2, 2017, 190 ss. e M. WINKLER, *Figlio di due madri: la cassazione, la genitorialità e l'ordine pubblico internazionale*, *Quotidianogiuridico.it*, 11 ottobre 2016, *passim*.

¹² Con la stessa avvertenza di cui sopra, tra gli altri 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. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 119-129; O. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, in particolare 1-11; O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello “status” di figlio “nato da due madri” all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1, 2017, in particolare 171 ss. Su questa linea, altresì, F. FERRARI, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale*, cit., 174 ss.

¹³ Sulla classica teoria del diritto penale quale «minimo etico» di una comunità politica si veda V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, I, Torino, 1985, 35 ss.

Da qui, l'ordinanza di rimessione che genera la sentenza in commento: il dissenso rispetto al "diritto vivente" delle Sezioni Unite atteneva essenzialmente a due punti.

Anzitutto, l'istituto dell'adozione¹⁴, per stessa indicazione della Corte E.D.U., poteva in linea di principio fungere da mezzo alternativo al riconoscimento diretto del rapporto di genitorialità, ma a patto da garantire una protezione efficace e tempestiva del minore; ed era proprio questa circostanza a non essere rispettata, secondo la I sezione, dati i limiti strutturali dello strumento: da qui, l'ipotesi di violazione dell'art. 8 della C.E.D.U., ovviamente per il tramite dell'art. 117.1 Cost.¹⁵

In secondo luogo, in ottemperanza agli artt. 2, 3, 30, 31 Cost., non poteva tollerarsi alcun pregiudizio al minore dalle scelte procreative dei genitori: per questo era opportuno distinguere tra un ordine pubblico "discrezionale", relativo alle norme interne preclusive del ricorso alla maternità surrogata, e un analogo "costituzionale", limitato invece ai «valori supremi e vincolanti della cultura giuridica [...] trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione europea del 1950 e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE»¹⁶ e quindi senz'altro idoneo, nell'interpretazione della I sezione, a riconoscere il pieno rapporto di filiazione tra i due padri e il minore.

Su queste basi, la richiesta di intervento additivo sopra descritta.

3. Il Protocollo 16 tra mancata ratifica e interpretazione convenzionalmente consolidata

Il primo aspetto che appare di grande importanza nella decisione è il ruolo esercitato, tramite l'art. 117.1 Cost., dall'art. 8 della C.E.D.U.

È questo parametro a guidare buona parte della motivazione della Corte costituzionale, a partire dal significato ad esso attribuito dalla Corte di Strasburgo nel noto caso *Mennesson*, trattato non solo in sede giurisdizionale, bensì anche come oggetto di parere consultivo reso ex Protocollo 16¹⁷; il giudice

¹⁴ Art. 44 della l. n. 184 del 1983: «Adozione in casi particolari».

¹⁵ «[...] non può ritenersi adeguato alle prescrizioni del parere consultivo del 9 aprile 2019 il modo alternativo di riconoscimento cui fa riferimento la decisione delle Sezioni Unite e cioè l'adozione della L. n. 184 del 1983, ex art. 44, lett. d) [...] L'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, lett. d), non crea legami parentali con i congiunti dell'adottante ed esclude il diritto a succedere nei loro confronti. In sostanza vi è – sempre che il procedimento di adozione in casi particolari si concluda positivamente – una sorta di declassamento (downgrade) della relazione genitoriale e dello *status filiationis* che non può legittimarsi in alcun modo paragonandolo a quello del matrimonio fra persone dello stesso sesso in unione civile previsto dal legislatore del 2016»: C. cass. I sez. civ., ord. n. 8325 del 2020.

¹⁶ «È quindi possibile affermare che la nozione di ordine pubblico internazionale, anche se intesa come comprensiva della rilevanza di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale, nella tradizione giuridica domestica (cd. ordine pubblico discrezionale) non possa mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (cd. ordine pubblico costituzionale)»: *ivi*. La distinzione in esame era stata teorizzata in dottrina da A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *Biolaw Journal*, 1, 2019, 388.

¹⁷ Req. n. P16-2018-001. Sul caso, tra i molti, M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, *Osservatorio AIC*, 3, 2019, 181 ss.; R.G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019, § 4 ss.; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019, in particolare 13 ss.

delle leggi riconosce che la procedura d'adozione in casi particolari¹⁸ oggi prevista non risponde a quei criteri di efficacia e celerità indicati come necessari dalla Corte E.D.U.: difatti, essa non può prescindere dal consenso del genitore biologico, non attribuisce comunque il rapporto di genitorialità al genitore intenzionale, non chiarisce quale rapporto giuridico si costituisca tra il fanciullo adottato e i parenti anche più stretti dell'adottante¹⁹.

Questi limiti della disciplina interna non sembrano ottemperare, dunque, all'art. 8 della C.E.D.U.

È però interessante notare come la Corte E.D.U. abbia costruito un tale significato del "parametro" convenzionale a partire dal suo primo parere consultivo, attraverso cioè uno strumento – il Protocollo 16 – non ancora ratificato dal nostro Paese; l'ordinanza di rimessione aveva in effetti centrato i propri dubbi di costituzionalità anche, e a dire il vero in buona parte, su quella pronuncia, e proprio per questo l'Avvocatura di Stato ne aveva sottolineato immediatamente l'inammissibilità²⁰. La Corte costituzionale ha ritenuto di poter superare l'obiezione, poiché il contenuto di quel parere è poi stato confermato in successive sentenze della Corte E.D.U.²¹

Il che sembra svelare qualche crepa nella concreta effettività della scelta di uno Stato di non ratificare il Protocollo in esame: se i pareri espressi in via consultiva divengono poi la *ratio decidendi* di altre sentenze della Corte di Strasburgo, il giudice nazionale difficilmente può ignorarne il contenuto²². Ciò non significa, ovviamente, che la mancata ratifica, ove ritenuta opportuna, perda completamente di senso, essendo plurimi i dubbi espressi in merito alla positiva funzionalità del Protocollo 16²³; ma certo appare difficile pensare che i pareri consultivi possano rimanere monadi "applicabili" al solo "giudizio a quo", senza la capacità di condizionare e orientare successivamente quella stessa Corte che li

¹⁸ L. n. 184 del 1983, art. 44, c. 1, lett. d). I possibili limiti dell'istituto, quantomeno se utilizzato ai fini qui in discussione, erano già stati ampiamente sottolineati in dottrina: M.C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di cassazione italiana e di altre Corti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale.*, 2, 2020, 316-317. Ancora, con specifico riferimento anche alle sent. nn. 32 e 33 della Corte costituzionale, A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BiolawJournal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, in corso di pubblicazione, § 4 ss.

¹⁹ C. cost. n. 33 del 2021, § 5.8, *cons. dir.*

²⁰ C. cost. n. 33 del 2021, § 2.1, *rit. fat.*

²¹ C. cost. n. 33 del 2021, § 3.1, *cons. dir.*: «[...] non v'è dubbio che il parere consultivo reso dalla Corte EDU su richiesta della Corte di cassazione francese non sia vincolante, come espressamente stabilisce l'art. 5 del Protocollo n. 16 alla CEDU: né per lo Stato cui appartiene la giurisdizione richiedente, né a fortiori per gli altri Stati, tanto meno per quelli – come l'Italia – che non hanno ratificato il protocollo in questione. Ciò nondimeno, tale parere è confluito in pronunce successive, adottate in sede contenziosa dalla Corte EDU (sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia; decisione 19 novembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia)»

²² Come sottolinea E. ALBANESI, *Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?*, in *Consultaonline*, 1, 2021, 234 ss., la possibile influenza dei pareri consultivi sulla giurisprudenza della Corte E.D.U. è latente, o quantomeno potenzialmente ammessa, nelle stesse ragioni che portarono a concepire lo strumento.

²³ M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei protocolli n. 15 e n. 16 della Cedu. Appunti per l'audizione innanzi la 2^a Commissione – Giustizia della Camera dei Deputati (26 novembre 2019)*, in *Sistema penale*, 2019, 7. Per un'opposta valutazione sul punto, proprio partendo dalla tesi di Luciani, le osservazioni di C. PINELLI, *Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*, in *Giustiziasieme.it*, 3 novembre 2020, *passim*.

ha pronunciati; e dunque, di rimando, le istituzioni nazionali, seppur entro i limiti dei termini costituzionali della loro adesione alla C.E.D.U.

Se ciò è vero, sembra allora ancora più importante che la Convenzione funga da parametro interposto solo a seguito di un'interpretazione consolidata resa della Corte di Strasburgo nella sua attività pienamente giurisdizionale, come richiesto a partire dalla sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale: al netto di ogni valutazione di merito, ad oggi l'Italia non ha infatti ancora provveduto alla ratifica²⁴, e per ciò stesso sembra mancare il presupposto formale affinché le autorità giurisdizionali italiane si considerino vincolate ai pareri resi ex Protocollo 16, riconoscendo così a questi il carattere di norme interposta (117.1 Cost.²⁵); a meno che, appunto, essi non confluiscono nelle – consolidate – motivazioni delle sentenze della Corte E.D.U.²⁶

A questo proposito, è opportuno sottolineare come il tema del consolidamento interpretativo fosse del tutto assente nell'ordinanza di rimessione²⁷: ciò nonostante, la Corte costituzionale non solo ha ritenuto di non rilevare il punto, ma ha essa stessa specificato – per così dire *motu proprio* – come il consolidamento vi sia, e proprio per effetto delle due pronunce della Corte di Strasburgo seguenti al parere consultivo²⁸. Ciò può forse essere non del tutto condivisibile: il contenuto delle ravvicinate sentenze richiamate dalla Corte costituzionale sembra andare nella direzione indicata, ma è pur vero che gli esiti delle vicende *Menesson*²⁹, *Labassée*³⁰, *Paradiso e C.*³¹, e più in generale l'evoluzione dell'utilizzo del principio del “preminente interesse del minore”, hanno evidenziato i comprensibili dubbi dei giudici di Strasburgo sul tema³², il quale mette in gioco interessi giuridicamente delicatissimi ed intercetta un profilo di sicura eterogeneità nella legislazione degli Stati membri, con le relative

²⁴ Cfr. art. 7 del Protocollo 16.

²⁵ Non risulta dunque agevole comprendere su quali basi l'ord. n. 8325 affermi che «[...] nella decisione della causa non si possa prescindere dal predetto parere della Grande Camera che, sebbene non direttamente vincolante, impone scelte ermeneutiche differenti da quelle adottate dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2019».

²⁶ Ancora, sul punto, le osservazioni di E. ALBANESI, *op. cit.*, 235.

²⁷ Era sembrato opportuno sottolinearlo in sede di commento all'ordinanza: F. FERRARI, *La legge “presa sul serio”. Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, in *forumcostituzionale.it*, 2, 2020, 539.

²⁸ Cfr. C. cost. n. 33 del 2021, §§ 5.4 e 5.7, *cons. dir.: C. et E. c. Francia*, nn. 1462/18-17348/18, nonché *D c. Francia*, n. 11288/18, in tema di mancato riconoscimento della genitorialità, derivante da surrogazione di maternità, della madre intenzionale ma non biologica.

²⁹ *Menesson c. Francia*, n. 65192/11.

³⁰ *Labassée c. Francia*, n. 65941/11.

³¹ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, n. 25358/12.

³² Un'analitica ricognizione della giurisprudenza in esame è offerta da 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 *Rivista AIC*, 1, 2017, 6 ss., nonché E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 87 ss., ove, in tema di applicazione del *best interest of the child* da parte della Corte E.D.U. si sottolinea l'esistenza di «ambiguità concettuali e situazioni ondivaghe» (p. 90).

conseguenze sul piano del margine di apprezzamento³³; per inciso, non sembra certo un caso che proprio su tale nodo la Corte E.D.U. sia stata chiamata a rendere il suo primo parere consultivo³⁴. Dunque, il fatto che da uno sguardo complessivo sulla giurisprudenza convenzionale in argomento possa trarsi un indirizzo interpretativo consolidato – a maggior ragione in assenza di sicuri parametri dai quali trarre in via generale quando e come ciò avvenga³⁵ – è possibile, ma non indiscutibile.

4. Il preminente interesse del minore tra giudice comune (*rectius*: ufficiale di stato civile) e legislatore

Per i motivi già accennati, la Corte costituzionale accoglie parte del ragionamento dell'ordinanza di rimessione, affermando come l'adozione in casi particolari non sia del tutto idonea a proteggere l'interesse del minore, quale che sia l'origine del concepimento: le anguste vie di quell'istituto sembrano difatti porre ostacoli irragionevoli alla preminente tutela del fanciullo. Tuttavia, prosegue la Corte, questo *vulnus* costituzionale non è correggibile con una pronuncia additiva; la pluralità degli interessi in gioco, così come il diverso bilanciamento tra essi potenzialmente configurabile, impone che ad intervenire sia il legislatore, non la Corte costituzionale.

Qui si svela il maggior punto di distanza tra la I sezione della Cassazione e il giudice delle leggi, posto che per la prima, come si è visto, l'unica soluzione possibile al fine di rimediare al difetto di tutela è il riconoscimento diretto della genitorialità.

La complessità del problema si esprime in tutta la sua evidenza: il legislatore ritiene, legittimamente, discutibile la pratica della maternità surrogata, accompagnando il suo esplicito divieto da una sanzione penale³⁶. Al contempo, non vi è ovviamente "colpa" dei genitori che possa ricadere sui figli, i quali

³³ Corte E.D.U., Req. n. P16-2018-001, § 51 ss.

³⁴ «[...] non si capisce cosa mai dovrebbe spingere il giudice nazionale a chiedere il parere, rallentando il giudizio innanzi a lui pendente, se non la sua colpevole ignoranza di tale "giurisprudenza consolidata". In realtà, è proprio in assenza di "giurisprudenza consolidata" che avrebbe senso richiedere i pareri», così M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei protocolli n. 15 e n. 16 della Cedu*, cit., 7. Quanto alle peculiarità del contesto normativo e giurisprudenziale francese da cui sorge la richiesta di parere preventivo, si veda la puntuale ricognizione di M. GIACOMINI, *op. cit.*, 171 ss.

³⁵ La richiesta del consolidamento interpretativo – al fine di poter utilizzare la C.E.D.U. quale parametro – è apparsa fin da subito, per parte della letteratura, quantomeno problematica: sia per l'oggettiva difficoltà di comprendere quando e come tale consolidamento possa ravvisarsi, sia per peculiarità proprie della Corte E.D.U. e delle sue modalità di giudizio. Su questi aspetti, per esempio, V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC*, maggio 2015, 3 ss., nonché B. RANDAZZO, *op. cit.*, 5. Da ultimo, quanto alle oscillazioni della giurisprudenza costituzionale sul "canone" in oggetto, cfr. C. cost. n. 68 del 2017, § 7, *cons. dir.* e n. 25 del 2019, § 13, *cons. dir.* Su questi aspetti, V. SCIARABBA, *La Corte Edu tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Questione giustizia*, speciale, 1, 2019, 201 ss.

³⁶ «[...] la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»: C. cost. n. 33 del 2021, § 5.1 *cons. dir.*, ribadendo quanto già avuto modo di affermare in due precedenti *obiter dicta*: C. cost. n. 272 del 2017, § 4.2 *cons. dir.* e n. 162 del 2014, § 9 *cons. dir.*

appaiono del tutto estranei – e semmai ignare vittime – delle condotte di chi li ha, anche indirettamente, generati³⁷.

L'alternativa appare secca, poiché se è vero che consentire *de jure* il riconoscimento non incide sulla persistenza formale del divieto entro i confini nazionali, limitandosi a tutelare il fanciullo³⁸, è altresì innegabile come tale opzione vanifichi, di fatto, qualunque efficacia realmente dissuasiva del precetto penale (almeno per le coppie dotate della disponibilità economica necessaria ad accedere, all'estero, a questo genere di tecniche procreative³⁹).

Ciò posto, vi è un punto per così dire preliminare che appare opportuno sottolineare: l'intera ordinanza di rimessione è costruita sull'alternativa giudice comune-legislatore, ritenendo che soltanto il pieno e libero convincimento del primo possa decidere su delicati casi come quelli oggetto della controversia⁴⁰. Ma va osservato che un eventuale accoglimento "secco" della q.l.c. avrebbe posto al centro della valutazione *non* il giudice, bensì l'ufficiale di stato civile: questi avrebbe dovuto, in linea di principio, riconoscere *de plano* la genitorialità innanzi a qualunque richiesta analoga a quella trattata dalla Cassazione nella sua ordinanza, e "normata" dalla Corte costituzionale con intervento additivo; il giudice sarebbe così entrato in gioco solo in caso di impugnazione dell'atto da parte del P.M. (o di chi ne avesse interesse), e cioè in via del tutto eventuale⁴¹.

Non si tratta affatto di un dettaglio: la delicatezza dei beni in gioco, e anzitutto lo stesso preminente interesse del minore, esige che il possibile riconoscimento coinvolga sempre il giudice, assicurando al fanciullo una piena cognizione giurisdizionale sulla vicenda del proprio concepimento, così come sulle relative conseguenze in tema di genitorialità.

Dunque, già solo per questa ragione sembra più che condivisibile l'esigenza, affermata a chiare lettere dalla Corte costituzionale, di uno strutturale intervento legislativo.

Nello specifico, va poi sottolineato come l'equazione "interesse del minore-riconoscimento della genitorialità" non sia sempre indiscutibile. Il caso *Paradiso & C.*, per esempio, mostra chiaramente come vi siano situazioni nelle quali il bene del fanciullo possa non coincidere con il mantenimento del

³⁷ Cfr. C. cost. n. 347 del 1998, § 3, *cond. dir.* Tra i molti ad aver sottolineato questo profilo in dottrina si vedano G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. revi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *forumcostituzionale.it*, 9 marzo 2018, 6 ss., e ora in *Id.*, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *forumcostituzionale.it*, 2, 2021, 115 ss. e B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 5, 2019, 216 ss. Cfr., inoltre, C. cost. nn. 32 e 33 del 2021, rispettivamente §§ 2.4.1.3 e 5.7.

³⁸ «Il riconoscimento della decisione straniera non comporta alcun riconoscimento del contratto di "maternità surrogata" – la cui illiceità nell'ordinamento italiano non viene in discussione nel caso in esame [...] Nessuna tutela deriva alla donna dal mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale. Mancato riconoscimento che, come si è detto, lede invece gravemente il figlio».

³⁹ Su questo aspetto, la Corte costituzionale sembra aver espresso giudizi non sempre coerenti: cfr. C. cost. n. 221 del 2019, § 14, *cons. dir.* e C. cost. n. 162 del 2014, § 13, *cons. dir.*

⁴⁰ Cfr., qui, nn. 46 e 48.

⁴¹ Sull'art. 95 dell'Ordinamento dello stato civile, avente ad oggetto il ricorso per promuovere «la rettificazione di un atto dello stato civile o la ricostituzione di un atto distrutto o smarrito o la formazione di un atto omesso o la cancellazione di un atto indebitamente registrato, o intende opporsi a un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento», si veda M. TESCARO, *sub art. 95, d.P.R. n. 396 del 2000*, in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, 2020, § 5.

rapporto familiare⁴²: si trattava senz'altro di una fattispecie concreta diversa da quella oggetto della q.l.c.⁴³, ma è pur vero che l'art. 12 della "legge 40" non differenzia le varie ipotesi di surrogazione di maternità, cristallizzando la sanzione penale a prescindere dalla natura biologica o intenzionale dei genitori che ricorrono alla tecnica⁴⁴. Peraltro, è la stessa Corte di cassazione a lasciare intendere, nella propria ordinanza, come vi possano essere casi «eccezionali» nei quali il riconoscimento vada negato⁴⁵ (sebbene ciò non sia specificato nel tipo di addizione richiesta⁴⁶).

Appare dunque opportuno chiedersi se questa valutazione possa essere completamente riservata – nei termini auspicati dalla Cassazione – al libero convincimento del singolo giudice, oppure se spetti al legislatore predisporre quantomeno una serie di indici che, ragionevolmente, guidino il giudice nell'analisi del concreto interesse del fanciullo.

Si pensi per esempio a quei neonati per i quali il legame instaurato con la famiglia committente *non* sia ancora consolidato al punto da sconsigliare qualunque recisione⁴⁷: il ricorso, da parte dei genitori, alla surrogazione di maternità all'estero in via del tutto gratuita, o al contrario contrattualizzando la madre uterina, o addirittura in spregio alle leggi di quello stesso Paese, magari servendosi di organizzazioni criminali dedite allo sfruttamento della donna (oltretutto dei minori), non rappresentano fatti

⁴² Corte E.D.U., Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, Ric. n. 25358/12: «Il fatto che i sigg. Campanelli e Paradiso» abbiano «[...] preferito aggirare la legislazione italiana in materia, sebbene fossero in possesso di un'autorizzazione all'adozione internazionale, fa pensare e temere che il minore sia uno strumento per realizzare un desiderio narcisistico della coppia o esorcizzare un problema individuale o di coppia. Tutto ciò, alla luce della condotta dei sigg. Campanelli e Paradiso nel caso di specie, getta un'ombra importante sull'esistenza di reali capacità affettive ed educative e di un istinto di solidarietà umana, che devono essere presenti in coloro che desiderano integrare i figli di altre persone nella loro vita come se fossero propri figli»: dalle conclusioni del Tribunale per i minorenni del 20 ottobre 2011, come riportate nel § 34 della sentenza.

⁴³ Nel caso *Paradiso e C.*, il legame biologico con il nascituro risultò millantato da parte di entrambi i coniugi.

⁴⁴ Art. 12, c. 6, l. n. 40 del 2004: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro»; corsivi aggiunti. Sulle diverse tipologie di maternità surrogata, e sul rilievo che concettualmente può assumere anche il nome utilizzato per descrivere la pratica – maternità surrogata, gestazione per altri, utero in affitto, etc. – le riflessioni di S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, 2020, 133 ss.

⁴⁵ C. cass., I sez. civ., ord. n. 8325 del 2020: «In secondo luogo il principio della preminenza dell'interesse del minore impedisce al legislatore di imporre una sua compressione in via generale e astratta e di determinare conseguentemente un affievolimento ex lege del diritto al riconoscimento dello status filiationis legalmente acquisito all'estero. Un simile diniego non può che essere il frutto di una valutazione in sede giurisdizionale e sulla base di una considerazione rigorosa del caso concreto che conduca a ritenere, in via eccezionale, corrispondente all'interesse specifico del minore il mancato riconoscimento dello stato di filiazione», corsivo aggiunto.

⁴⁶ È vero che il caso aveva a che fare con una forma gratuita ed altruistica di gestazioni per altri (da cui, ovviamente, la necessaria rilevanza della q.l.c.): ma l'addizione è richiesta senza questa precisazione, così da comportare il rischio – almeno in linea di principio, in caso di accoglimento "secco" – della non pertinenza della tipologia di pratica svolta (anche per l'oggettiva difficoltà dell'ufficiale di stato civile di ricostruire gli eventi concretamente verificatesi). Cfr. inoltre, qui, n. 48.

⁴⁷ «Lasso di tempo sufficientemente ampio», secondo C. cost. n. 32 del 2021, § 2.4.1.2, *cons. dir.*, riprendendo la giurisprudenza della Corte E.D.U.

che dovrebbe forse contribuire a calibrare il giudizio del giudice sulla riconoscibilità?⁴⁸ E, nelle stesse condizioni di un legame ancora in genesi di consolidamento, l'eccessiva distanza di età tra i due genitori e il fanciullo – elemento che la legislazione vigente ritiene, comprensibilmente, preclusivo per l'adozione⁴⁹ – non potrebbe rivestire una qualche importanza?

Pare opportuno ricordare che le situazioni che il giudice deve valutare possono essere estremamente eterogenee: due genitori che da anni vivono in un Paese nel quale la surrogazione di maternità è consentita, e che attraverso quella tecnica hanno concepito e poi cresciuto un figlio, mantengono con il piccolo un rapporto che difficilmente può essere reciso senza un serio danno a tutte le componenti della famiglia. Ma ben diverso appare il caso della coppia italiana che si reca all'estero aggirando la normativa interna, utilizzando le tecniche ivi (legalmente o non) consentite, per poi tornare in Italia con il neonato in fasce. In questo secondo caso, il riconoscimento automatico della genitorialità, scevro da qualunque valutazione aderente alle peculiarità del caso, più che proteggere l'interesse del minore sembra soddisfare il «preteso diritto alla genitorialità della coppia»⁵⁰.

Al netto delle innumerevoli, ulteriori gradazioni intermedie, è per esempi come il secondo che la *ratio* della preclusione penale oggi esistente sembra dover valere. Il fatto che il divieto non possa comunque intaccare il preminente interesse del minore è comprensibile: ma è proprio nell'interesse del minore che, ove manchi un sano e già consolidato rapporto, altri elementi devono essere presi in considerazione, compresi quelli attinenti al modo in cui i genitori hanno “concepito” il minore; e che tale valutazione debba essere completamente lasciata alla discrezionalità di un singolo giudice, senza che il legislatore possa esercitare un minimo di influenza sul modo attraverso cui egli forma il proprio libero convincimento, non sembra del tutto condivisibile⁵¹.

⁴⁸ Come si accennava, in motivazione – ma non nel dispositivo – dell'ord. n. 8325 del 2020 si sottolinea come «non può apparire irrilevante che la gestazione in questione sia avvenuta nel pieno rispetto delle leggi di un Paese, quale il Canada, che condivide i fondamentali valori della nostra Costituzione e legittima solo la “maternità surrogata” altruistica [...] Tale fattispecie ispirata da intenti solidaristici va distinta da quelle ipotesi in cui, invece, questa stessa pratica è realizzata con finalità di tipo commerciale. Situazioni, queste ultime, che all'evidenza meriterebbero una differente valutazione in termini assiologici e normativi, alle quali invece – seguendo la linea interpretativa che ricostruisce in termini assoluti il limite dell'ordine pubblico – si è costretti ad accordare il medesimo trattamento». Cfr. inoltre, le riflessioni sul punto di M.C. BARUFFI, *op. cit.*, 317.

⁴⁹ Cfr., per esempio, l'art. 6 della l. n. 184 del 1983, così come l'art. 291 c.c. In tema di adozione del maggiorenne, si veda però C. cass., I sez. civ., n. 7667 del 2020, qui richiamata a n. 81.

⁵⁰ C. cost. n. 33 del 2021, § 5.4, *cons. dir.* Sul punto, però, cfr. altresì C. cost. n. 162 del 2014, § 6, *cons. dir.* e n. 221 del 2019, § 16 *cons. dir.* Sulle possibili contraddizioni tra le due ultime sentenze citate si vedano i contributi pubblicati in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2021, di M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, § 2 ss., C. TRIODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”. La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, § 2 ss. e A. Cossiri, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, § 2 ss. Da una prospettiva di più ampio respiro, ma con evidenti ricadute sulla disciplina in tema di PMA, A. D'ALOIA, *Natura, scienza, diritto: relazioni incrociate*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 3, 2020, 123 ss. e sempre di recente S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Napoli, 2020, 205 ss.

⁵¹ Si pensi al caso oggetto del decreto 28 dicembre 2016 della Corte d'appello di Milano, ricostruito da 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, 236 ss.: «[...] due minori, nati da parto gemellare di una madre biologica che in California aveva accettato il contestuale impianto di due ovuli, provenienti da una medesima madre genetica donatrice e fecondati da spermatozoi di due padri, portando a compimento la contemporanea gravidanza in favore dei due diversi padri genetici [...] la madre biologica scompare, insieme

Il giudice è *dominus* della vicenda concreta, ed esprime un giudizio *inter partes* con ricadute che tecnicamente sono destinate a risolvere la specificità del caso, e in linea di principio soltanto quella⁵². Ma la prospettiva del legislatore è diversa, dovendo questi tentare di costruire una legislazione dotata di un minimo di coerenza complessiva⁵³: e in tale ottica non possono sfuggire gli effetti paradossali di recenti vicende che testimoniano come il sistema, se non adeguatamente disciplinato dal legislatore, possa diventare schizofrenico, con esiti che appaiono lontani da una concezione minima del principio di eguaglianza⁵⁴. Negli stessi giorni in cui si depositava l'ordinanza di rimessione che ha dato luogo alla pronuncia in esame, la medesima I sezione civile respingeva la richiesta di due donne divenute madri attraverso il ricorso a fecondazione eterologa all'estero, salvo poi concludere la gravidanza in Italia⁵⁵; il caso, assai simile a quello trattato in C. cass. n. 19599 del 2016⁵⁶, portava così ad un esito diametralmente opposto, poiché nessun concetto promozionale o ristretto di ordine pubblico

alla donatrice anonima degli ovuli (madre genetica). In realtà, la rimozione della maternità è avvenuta “a monte”, secondo le leggi del paese in cui è avvenuta la nascita ed in cui si è perfezionato un atto di nascita che, conformemente alla normativa ivi vigente, riconosce una doppia paternità: l'ordinamento nazionale, nel contesto di una procedura rivolta alla trascrizione dell'atto di nascita straniero, si limita a recepirlo, concentrando la propria attenzione alla rilevanza della situazione “a valle”».

⁵² Sul modello costituzionale di tutela dei diritti, R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4, 2018, *passim*. in particolare, 636

⁵³ *Ibidem*, 636: «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».

⁵⁴ Com'è noto, situazioni uguali implicano trattamenti uniformi

⁵⁵ C. cass., I sez. civ., n. 7668 del 2020. Vero è che, rispetto al precedente del 2016, in questo caso il rapporto biologico sussisteva con una madre soltanto. Ma l'esito, a nascita avvenuta in Italia, non sarebbe stato comunque difforme, stante l'esplicita preclusione degli artt. 5 e 12.2 della l. n. 40 del 2004. Sul punto, altresì, C. cost. n. 221 del 2019, § 12, *cons. dir.*

⁵⁶ Cfr., qui, § 2.

internazionale poteva essere invocato⁵⁷, essendo pacifica la piena applicabilità – dato il luogo di nascita – della *lex fori* nazionale⁵⁸.

Non si vuole contestare il contenuto della sentenza, che appare formalmente ineccepibile (e condivisibile); sembra però assai opinabile che fattispecie concrete sostanzialmente identiche ottengano un trattamento così nettamente difforme⁵⁹. Da qui, le alternative sembrano esigue: o, come problematichamente sottolineato dalla Corte costituzionale, si adatta la legislazione italiana alla più flessibile delle legislazioni straniere, rinunciando a qualunque potestà legislativa dello Stato sul punto⁶⁰; oppure, come accaduto, si ritengano costituzionalmente meritevoli i limiti previsti dalla legge interna, si tenta legislativamente di disincentivare quanto più possibile il ricorso a questa tecnica anche

⁵⁷ La differenza tra ordine pubblico “interno” ed “internazionale” è ormai assodata in dottrina e in giurisprudenza: L. FUMAGALLI, *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann., IV, Milano, 2011, 487, n. 86, il quale ricorda che «[u]na tale distinzione si è formata nella giurisprudenza francese, soprattutto per effetto della sentenza della *Cour de cassation* 25 maggio 1948 [...] in cui i principi di ordine pubblico vengono definiti come “*principes de justice universelle considérés dans l’opinion française comme doués de valeur internationale absolue*”, ed è stata accolta anche nella dottrina e nella giurisprudenza italiana: così Cass., sez. un., 8 gennaio 1981, n. 189 [...] [che] all’ordine pubblico interno, inteso come “il complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un dato momento storico e dei principi inderogabili che sono immanenti nei più importanti istituti giuridici”, contrappone l’ordine pubblico internazionale, sottolineando “il carattere universale dei principi comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi alla tutela di alcuni diritti fondamentali dell’uomo, spesso solennemente sanciti in dichiarazioni o convenzioni internazionali”». Ancora, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, I, Parte generale e obbligazioni*, Torino, 2017, 258 ss. Sulle diverse, possibili accezioni di ordine pubblico internazionale si veda M. Tesaro, *L’ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in *Nuovo diritto civile*, 1, 2020, 24 ss.

⁵⁸ Sulla pronuncia, le osservazioni di E. TROTTA, *Prevalenza della verità biologica nella redazione degli atti di stato civile e tutela della “genitorialità intenzionale”*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2020, in particolare § 4.

⁵⁹ Commentando la nota (e quanto a fattispecie concreta simile alla sentenza della Cassazione qui esaminata) C. cost. n. 230 del 2020, pur da una prospettiva difforme rispetto a quella qui sposata parla giustamente di «figli di un dio minore» M. PICCHI, *“Figli di un dio minore”: quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in *forumcostituzionale.it*, 1, 2021, *passim*. Apprezzamenti alla pronuncia sono invece espressi, sotto diversi profili e in particolar modo per quanto concerne la valorizzazione del ruolo del legislatore nella disciplina di temi di questa natura, da E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2021, *passim*.

⁶⁰ Cfr. C. cost. n. 221 del 2019, § 14, *cons. dir.*: «In assenza di altri vulnera costituzionali, il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all’estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione. La circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l’ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia». Tuttavia, come già accennato a (cfr., qui, n. 50), in senso almeno parzialmente contrario sembra andare C. cost. n. 162 del 2014, § 13, *cons. dir.* (su cui M.E. D’AMICO, *L’incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BiolawJournal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014, 30). Quanto alla distonia sul punto tra le due pronunce, C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”. La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, cit., 2629.

all'estero⁶¹, senza che ciò significhi apriori pregiudicare il minore: anzi, come si è visto sopra, potenzialmente nel suo stesso interesse.

D'altra parte, se veramente la strada del riconoscimento diretto fosse considerata l'unica costituzionalmente idonea a garantire un interesse di questa natura, nemmeno un caso come quello appena descritto, o lo stesso ricorso illecito a maternità surrogata in Italia, osterebbero ragionevolmente al riconoscimento della genitorialità: seguendo l'interpretazione qui discussa, l'interesse del minore avrebbe motivo di erodere qualunque vincolo imposto dal diritto positivo, essendo sempre possibile separare la tecnica di concepimento – legale o illegale, avvenuta in territorio nazionale o estero – dalla tutela del nascituro⁶². E lo stesso dovrebbe accadere per vicende eticamente altrettanto sensibili, come per esempio il ricongiungimento familiare di un minore la cui madre è unita a matrimonio poligamico: tema che la normativa europea disciplina proteggendo gli ordinamenti degli Stati e le peculiarità classiche del loro diritto di famiglia⁶³, ma sul quale è in corso un dibattito dottrinale volto in parte proprio a superare gli ostacoli all'unione del minore – nel nome del suo preminente interesse – con la propria madre, moglie poligama, il relativo padre e le eventuali altri “mogli” in territorio italiano⁶⁴.

Anche in queste occasioni la condizione del fanciullo deve essere oggetto di particolare attenzione, ma una tale complessità non può – a parer di chi scrive – essere governata da un graduale e costante incedere giurisprudenziale⁶⁵, rendendosi necessario un intervento del legislatore: ossia del soggetto

⁶¹ Quanto alle coppie eterosessuali, non può essere ignorata, per esempio, la quantità di comprensibili ostacoli materiali, economici, attitudinali e psicologici che puntellano l'adozione internazionale dei fanciulli (anch'essi minori e anch'essi portatori di un interesse “preminente”), che certo rischia di perdere qualunque *appeal* innanzi alla possibilità di accesso a tecniche procreative non consentite in Italia, chiedendo poi un riconoscimento immediato e *de plano* della genitorialità. Sui presupposti per l'adozione, *ex pluribus*, S. MATTEINI CHIARI, *Adozione. Nazionale, internazionale e affidamento a terzi*, Milano, 2019, 280 ss.

⁶² Sulla scorta di quanto previsto dai commi 1 e 2 dell'art. 9 della stessa legge n. 40 del 2004, in tema di disconoscimento paterno (o mancata indicazione della madre nell'atto di nascita) a seguito di fecondazione eterologa, sul cui divieto di pratica procreativa è successivamente intervenuta la nota sentenza n. 162 del 2014.

⁶³ Cfr. Dir. 2003/86/CE, art. 4.4: «In caso di matrimonio poligamo, se il soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza il ricongiungimento familiare di un altro coniuge. In deroga al paragrafo 1, lettera c), gli Stati membri possono limitare il ricongiungimento familiare dei figli minorenni del soggiornante e di un altro coniuge»; il paragrafo 1, lett. c., prevederebbe che «[...] gli Stati membri autorizzano l'ingresso e il soggiorno dei seguenti familiari [...] i figli minorenni, compresi quelli adottati, del soggiornante, quando quest'ultimo sia titolare dell'affidamento e responsabile del loro mantenimento. Gli Stati membri possono autorizzare il ricongiungimento dei figli affidati ad entrambi i genitori, a condizione che l'altro titolare dell'affidamento abbia dato il suo consenso».

⁶⁴ Da ultimo, con ampio richiamo alle problematiche relazioni tra ricongiungimento familiare e casi di poligamia, nonché al dibattito dottrinale sul punto, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Ordine pubblico matrimoniale e poligamia nella disciplina del ricongiungimento familiare*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2019, in particolare 428 ss.

⁶⁵ «Il dibattito pubblico – specie se ha ad oggetto questioni delicate, o addirittura quelle che si definiscono “scelte tragiche” – non andrebbe “chiuso” a colpi di sentenze di accoglimento»: la condivisibile osservazione è di 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, 15.

rappresentativo abilitato non solo ad interpretare *rebus sic stantibus* la «coscienza sociale»⁶⁶, ma soprattutto a tradurla in fonti, delimitando così i confini ermeneutici del potere giudiziario⁶⁷.

Da ultimo, non appaiono del tutto calzanti due obiezioni solitamente poste al mancato riconoscimento diretto, e mosse proprio denunciando una limite di coerenza complessiva del sistema: da un lato, la previsione originaria dell'art. 9 della "legge 40", che pur precludendo allora la fecondazione eterologa vietava, ove queste fosse comunque avvenuta, il disconoscimento paterno; dall'altro, la storica sentenza n. 494 del 2002 della Corte costituzionale sui diritti dei figli incestuosi; l'una e l'altra, si argomenta, dimostrerebbero l'irrazionalità dei vincoli oggi esistenti al pieno riconoscimento, nonché, quel che più grave, il pregiudizio derivante al preminente interesse del minore.

Quanto alla prima, non sembra paragonabile lo stigma etico che accompagna le due diverse pratiche, e che può suggerire di valutare diversamente, nell'interesse dello stesso minore, l'azione dei genitori che hanno fatto ricorso all'una o all'altra tecnica: basti, a tal proposito, richiamare sia le preoccupazioni che a livello internazionale accompagnano la gestazione per altri (e che certo non si constatano in tema di fecondazione eterologa⁶⁸), sia – appunto – il ben diverso giudizio espresso dalla Corte costituzionale sulle due tecniche⁶⁹.

⁶⁶ *Ivi*. Di recente, sul tema, altresì V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, in particolare 379 ss.

⁶⁷ Ciò, per una ragione che si colloca al cuore del sistema costituzionale, ossia la relazione tra fonti e potere politico; e dunque, in ultima analisi, tra fonti e sovranità popolare: sul punto, L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann., II, Milano, 2008, 547; R. BIN, *Cose e idee, Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 1, 2019, *passim* e M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3, 2012, in particolare 4 ss. Sulla persistente idoneità della gerarchia a fungere ancora oggi da criterio ordinante delle fonti del diritto, le riflessioni di M. PEDRAZZA GORLERO, *L'ordine frattale delle fonti del diritto*, Padova, 2012, in particolare per quanto qui interessa 51 ss. Si vedano inoltre le osservazioni delle SS.UU. della Corte di Cassazione, sent. n. 15144 del 2012: «[...] nel quadro degli equilibri costituzionali (ispirati al principio classico della divisione dei poteri) i giudici (estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche) sono appunto (per disposto dell'art. 101 Cost., comma 2), "soggetti alla legge". Il che realizza l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima».

⁶⁸ Guardando al dibattito interno all'U.E., [la 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](#), al § 115, «condanna la pratica della surrogazione, che compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce; ritiene che la pratica della gestazione surrogata che prevede lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei paesi in via di sviluppo, debba essere proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani». Tre anni dopo, l'analogo [documento](#), al § 48, chiede con ben altro tono «[...] di introdurre chiari principi e strumenti giuridici per far fronte alle violazioni dei diritti umani correlate alla gravidanza surrogata». Da ultimo, nel [discorso sullo stato dell'Unione europea per l'anno 2020](#), la Presidente della Commissione, Ursula von der Leyen, ha affermato: «[...] I will also push for mutual recognition of family relations in the EU. If you are parent in one country, you are parent in every country» A livello internazionale, si vedano per esempio i seguenti report: <https://www.balcanicaucaso.org/aree/Ucraina/L-Ucraina-delle-madri-surrogate-203929>; <https://www.internazionale.it/notizie/2016/03/03/maternita-surrogata-dove-regole>.

⁶⁹ C. cost. n. 162 del 2014. Sulle differenze tra le due tecniche procreative, E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, cit., 6 ss., ed in tema di specificità (e problematicità) della gestazione per altri, L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel*

Quanto alla seconda, la volontà di non far ricadere sui figli le colpe dei padri incestuosi è senz'altro indubbia⁷⁰, ma quella sentenza, così come il quadro legislativo che ne è seguito, merita alcune sottolineature che appaiono di altro tenore: 1) si trattò di un'azione per la dichiarazione di paternità (ex art. 278 c.c.), tutta incentrata sulla consapevole volontà del figlio maggiorenne di perseguire quell'obiettivo, valutandolo coerente al proprio interesse; non, dunque, di una richiesta di riconoscimento attivata del genitore (ex art. 251 c.c.⁷¹); 2) esattamente su questo punto, la Corte escluse con nettezza che il significato del dispositivo potesse coinvolgere anche il riconoscimento diretto da parte del genitore, il quale rimaneva dunque precluso⁷²; 3) rispetto a quanto affermato dalla Corte costituzionale nel 2002, le recenti modifiche legislative al diritto di famiglia hanno di fatto reso più impervia la strada per la dichiarazione ex art. 278 c.c., e consentito il riconoscimento ex art. 251 c.c. in modo tutt'altro che automatico⁷³; 4) da ultimo, detto che in queste procedure, a differenza di quanto sopra

paradigma costituzionale, Torino, 2018, 139 ss., nonché M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 353 ss. Nello specifico dell'eterologa, seri dubbi sul divieto legislativo furono avanzati fin dai primi commenti alla "legge 40" (a compendio, M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita, Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2007, § 6); quanto al lungo cammino giurisprudenziale culminato nella rimozione del divieto legislativo di eterologa, S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020, 143 ss., ed in particolare sulla sentenza, P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *forumcostituzionale.it*, 5 marzo 2015, *passim*.

⁷⁰ C. cost. n. 494 del 2002, § 6.1, *cons. dir.*: «l'adozione di misure sanzionatorie [...] che coinvolga soggetti totalmente privi di responsabilità – come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare – non sarebbe giustificabile se non in base a una concezione "totalitaria" della famiglia».

⁷¹ *Ivi*, § 2, *cons. dir.*: «La questione [...] investe esclusivamente un aspetto della disciplina relativa alla dichiarazione giudiziale di paternità e maternità. Ciò risulta dall'oggetto del giudizio davanti al giudice rimettente (riferito nella narrativa dei fatti di causa) e si riflette nella formula dispositiva dell'ordinanza di rimessione (riportata testualmente nel punto 1 di questa motivazione in diritto). Gli stessi parametri costituzionali e i diritti che essi, in ipotesi, proteggono, per come sono configurati e invocati, riguardano, nel rapporto di filiazione, il lato dei figli e non quello dei genitori».

⁷² *Ivi*, § 8, *cons. dir.*: «Dall'accoglimento della questione nei termini precisati alla lettera (a) del punto 2 di questa motivazione in diritto [...] – d'accoglimento che *non coinvolge il parallelo divieto di riconoscimento nelle medesime ipotesi* – deriva come conseguenza della presente decisione, che l'art. 269, primo comma, del codice civile, deve essere interpretato (secondo la sua formulazione letterale) nel senso che la paternità e la maternità naturali possono essere dichiarate nelle ipotesi in cui il riconoscimento è ammesso, *ma non nel senso reciproco: cioè anche che il riconoscimento sia effettuabile in tutte le ipotesi in cui vi possa essere la dichiarazione giudiziale*» corsivi aggiunti. Sul punto, le riflessioni di S. TROIANO, *sub art. 251 c.c.*, in A. ZACCARIA (a cura di), *op. cit.*, § 1: «A sostegno di questa soluzione si argomentava dall'idea che il riconoscimento, a differenza della azione di dichiarazione di paternità e maternità, che è prevista nell'interesse del figlio, è un atto rispondente, invece, all'interesse del genitore: il divieto di riconoscere i figli incestuosi non era dunque considerato irragionevole né lesivo degli interessi del figlio, in quanto volto a sanzionare esclusivamente il comportamento riprovevole del genitore».

⁷³ Quanto all'art. 251 c.c., S. TROIANO, *op. cit.*, § 5: «Il criterio del preminente interesse del figlio rende opportuna la previsione dell'autorizzazione giudiziale [...] non essendo dubbio che alla luce delle circostanze concrete, almeno in taluni casi, l'accertamento della filiazione tra parenti possa cagionare un pregiudizio al figlio, anche solo psicologico o morale (ad es., il rischio di un pregiudizio per il figlio potrebbe essere più elevato nei casi in cui la relazione incestuosa sia stata il frutto di un abuso». Ancora, G. BASINI, *sub art. 251 c.c.*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Commentario ipertestuale al Codice Civile*, § 2: «Uno dei meriti

descritto, il giudice è sempre coinvolto, è bene non dimenticare che il reato di incesto punito ex art. 564 c.p. prevede, ancora oggi, la pena accessoria della perdita della genitorialità⁷⁴.

Per l'insieme di queste ragioni, la sent. n. 33 del 2021 della Corte costituzionale, al netto di alcuni possibili profili problematici, appare assai apprezzabile: l'interesse del minore, senz'altro peculiare e preminente⁷⁵, deve comunque essere valutato all'interno di una visione complessiva dell'ordinamento e della sua "legalità costituzionale"⁷⁶, e può non coincidere apriori con il riconoscimento della genitorialità. Una tale considerazione in concreto coinvolge il giudice, ma il contesto normativo entro cui questa valutazione si svolge – modalità di adozione rafforzata, particolari forme di riconoscimento *ad hoc* istituite, etc. – implica una ragionevole disciplina del legislatore: ciò, sia per assicurare che proprio l'intervento del giudice sia condizione *necessaria* per il riconoscimento (e non mera ipotesi eventuale), sia per contemperare un insieme di interessi che trascendono le specifiche valutazioni della singola causa⁷⁷.

Il discutibile tentativo di taluni giudici comuni⁷⁸ di far dipendere l'ordine pubblico da una applicazione in via diffusa della Costituzione, o addirittura dei suoi principi supremi⁷⁹, ha dunque trovato nella Corte costituzionale e nelle Sezioni Unite⁸⁰ un fondamentale argine⁸¹.

che sono stati attribuiti alla riforma della filiazione attuata nel 2012 e nel 2013, consiste proprio nell'aver, finalmente, consentito anche il riconoscimento dei figli, c.d. "incestuosi", in modo da non fare più ricadere sui figli le conseguenze di una "colpa" che fu solo dei genitori [...] A ben vedere, tuttavia, l'attuale situazione degli "incestuosi", rispetto all'acquisto dello stato di figlio, appare non tanto migliorata, ma, forse addirittura peggiorata», poiché «i figli c.d. "incestuosi", mentre, dopo la sentenza della Consulta del 2002 e fino al 2013, potevano agire per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale come ogni altro soggetto, ora dovranno prima affrontare un giudizio per l'autorizzazione ex art. 251, e solo dopo, se autorizzati potranno agire per la dichiarazione giudiziale. Una tale situazione sembra replicare, per i soli figli "incestuosi", quella che era in essere per tutti i figli che avessero agito per la dichiarazione giudiziale, prima della dichiarazione di illegittimità dell'art. 274, e del, criticatissimo, giudizio di delibazione colà previsto» e dello stesso A., *ivi*, *sub* art. 278 c.c., § 2, ove si sottolinea come «[...] rendere necessaria, solo per i figli "incestuosi", la "previa autorizzazione ai sensi dell'articolo 251", anche ai fini della dichiarazione di paternità e maternità [...] rend[e] assai più incerto, più lungo, e più complicato, oggi, per questi soggetti, arrivare alla dichiarazione giudiziale della filiazione, ed all'acquisto dello stato, di quanto non fosse sotto la disciplina previgente, a partire dal 2002 (anno della sopra menzionata sentenza della Consulta). Ancora, A. VENTURELLI, *sub* art. 278 c.c., in A. ZACCARIA (a cura di), *op. cit.*, *passim*.

⁷⁴ Art. 564, c. 4, c.p.: «La condanna pronunciata contro il genitore importa la perdita della responsabilità genitoriale».

⁷⁵ Sugli equivoci derivanti dalla traduzione in italiano della prescrizione contenuta nella Convenzione dei diritti del minore del 1989, originariamente redatta in inglese e francese, e concernente appunto il "superiore interesse del minore", le importanti riflessioni di L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2016, 86-88 ed E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, *cit.*, 77 ss. Com'è del tutto evidente, tali equivoci non appaiono delle inezie, posto che *nomina sunt consequentia rerum*.

⁷⁶ Su cui M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, 451.

⁷⁷ Come ricordato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza "gemella", n. 32 del 2021, § 2.4.1.4, *cons. dir.*

⁷⁸ Quanto agli effetti esercitati da C. cass., I sez. civ., n. 19599 del 2016 sui successivi giudizi di merito e legittimità (tra cui la stessa ordinanza di rimessione n. 8325 del 2020 posta alla base della presente sentenza), si vedano C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, *cit.*, 123 e U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2019, 740, n. 17. Quanto invece alla giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite del 2017-2019, e al suo oscillante contenuto («*fluctuatqin*»), ancora M. TESCARO, *The notion of international public order and the worthy of approval recent decisions of the United Sections of the Italian Court of Cassation*, *cit.*, 349 ss.

Sullo stretto piano del processo costituzionale, non è tuttavia agile comprendere cosa potrà accadere in caso di prolungata inerzia del legislatore, posto lo *stress* sempre più intenso a cui è sottoposta la tradizionale relazione “rime obbligate-pronunce additive”⁸², e che sembra emergere anche dai passaggi della sentenza riportati qui in apertura: con tutte le comprensibili preoccupazioni del caso⁸³.

⁷⁹ Cfr. C. cost. n. 19599 del 2016 (qui, § 2).

⁸⁰ Cfr. le più volte richiamate C. cass., SS.UU., n. 16601 del 2017 e n. 12193 del 2019.

⁸¹ ...sebbene appaia a tutt'oggi persistere una certa ritrosia a rispettare il dato del diritto positivo (art. 101.2 Cost.), e quindi, in ultima analisi, il principio di separazione dei poteri: si veda, per esempio, C. cass., I sez. civ., n. 7667 del 2020 in tema di limiti di età nell'adozione del maggiorenne, ove attraverso il ricorso ad un amplissimo concetto di interpretazione costituzionalmente conforme, si disapplicano le previsioni legislative (giudicate «vetuste ed anacronistiche»), senza sollevare q.l.c. Quanto invece alla pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione, n. 9006 del 2021, la quale ha stabilito «che una coppia omosessuale maschile può aver trascritto nel nostro paese l'adozione piena (o legittimante) del figlio ottenuta all'estero, purché non abbia fatto ricorso alla maternità surrogata», cfr. le riflessioni di S. CURRERI, *Quali sono i limiti dell'interpretazione "costituzionalmente orientata" del giudice ordinario? (riflessioni a margine dell'apertura della Cassazione alle adozioni delle coppie "omoaffettive")*, in *Iacostituzione.info*, 20 aprile 2021 e da una diversa prospettiva M. TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in corso di pubblicazione in *BiolawJournal – Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021, §§ 5-6.

⁸² 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 *Rivista AIC*, 2, 2019, 649-654 e G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Consultaonline*, 3 febbraio 2020, *passim*. Una ricostruzione più generale dell'origine e degli sviluppi delle sentenze manipolative, dalla prospettiva del rapporto tra Corte costituzionale e giudici comuni, è stata di recente offerta da A. PUGIOTTO, *Dalla porta stretta alla fuga dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2016, 163 ss.

⁸³ Oltre a quanto già segnalato in apertura di questo scritto sul punto, nello specifico delle sentt. nn. 32 e 33 della Corte costituzionale si vedano le riflessioni di A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consultaonline*, 1, 2021, *passim*.

Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni

Roberto Bin*

Dopo relazioni così ricche, attente e approfondite, l'unica conclusione che mi sento di formulare è una domanda: quanto a lungo un sistema giuridico basato sui principi del costituzionalismo democratico può durare senza un legislatore sufficientemente efficiente?

Siamo in un'epoca in cui il progresso scientifico e tecnologico ha aperto il vaso di Pandora dei nostri desideri. Desideri nuovissimi, talvolta, ma anche desideri ancestrali, che mai hanno ricevuto una risposta soddisfacente e che oggi vedono schiudersi possibilità inimmaginabili sino a pochi anni fa. Il desiderio di maternità è forse il più ancestrale di tutti. Ha spinto Sara a chiedere ad Abramo – niente poco di meno del patriarca di tutti – di “usare” la schiava per realizzare il suo sogno: «unisciti alla mia schiava: forse da lei potrò avere figli» (Genesi, 16:2); ed altrettanto fece Giacobbe, il terzo patriarca di ebrei e cristiani, a cui la moglie Rebecca disse: «Ecco la mia serva Bila: unisciti a lei, così che partorisca sulle mie ginocchia e abbia anch'io una mia prole per mezzo di lei» (Genesi, 30:3). Secoli e millenni sono passati, e il desiderio non è cambiato. Non esistono più gli schiavi, da quando Adam Smith ha spiegato che è molto meglio sostituirli con un contratto di lavoro; e neppure le serve, a cui le signore dell'800 ricorrevano per coronare il loro sogno, come la marchesa di Villardita nei *Viceré*. Oggi, la pratica della fecondazione medicalmente assistita, oramai da tempo benedetta dal legislatore (sia pure con restrizioni che la Corte costituzionale è venuta espungendo), permette alle aspiranti madri di supplire a deficienze del proprio corpo ricorrendo a quello di un'altra donna sulla base di un contratto, oneroso o meno non importa poi tanto. Eppure, benché si tratti di un rapporto negoziale paritario di natura sinallagmatica, si ritiene che esso offenda la dignità della donna che offre il suo utero, e quindi vada respinto, anzi criminalizzato: esattamente come a fine Ottocento si riteneva che l'istituto della schiavitù fosse «ripugnante alla umana dignità»¹, auspicando però che fosse definitivamente sostituito proprio da un accordo negoziale.

I tempi cambiano, i desideri ancestrali invece restano vivissimi e crescono nutrendosi delle tecnologie che la scienza rende disponibili. Ma non tutto ciò che è disponibile è lecito per il nostro senso morale e per il nostro ordinamento giuridico. La nostra cultura vuole ben distinte la sfera morale e quella giuridica, ma non sempre la distinzione è mantenibile; numerose sono le passerelle che mettono in comunicazione i due sistemi. L'ordine pubblico internazionale, su cui oggi abbiamo sentito cose molto interessanti (Manetti), è una di queste, ed è anche una delle più pericolosamente ondegianti. Un'altra passerella ben poco stabile – nel senso che ciò che vi transita è oltremodo equivoco – è il concetto di dignità umana, che non va affatto trascurato.

* Già Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara. Mail: roberto.bin@unife.it. Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Così, a proposito della *locatio operarum*, V. POLACCO, *Appunti sulla locazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IV, 1887, 410, citato da G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2007, 135.

Tutto nasce da un fermo e severo giudizio morale, di cui si nutre la legislazione italiana ed anche la giurisprudenza costituzionale: la condanna della GPA perché offende la dignità della donna. Che si tratti di un atto di generosità dettato da amicizia o affetto, oppure di una decisione mossa da motivazioni economiche, gestire una gravidanza per altri nega la dignità della persona, necessariamente donna, e del suo corpo. Ma di che dignità stiamo parlando? Di una dignità “oggettiva” che non nasce dalle speranze e dalle valutazioni delle persone, ma a loro viene imposta. È un fenomeno che mi sembra piuttosto recente, perché la dignità di cui parlano i testi che abbiamo ereditati – la Costituzione italiana, per esempio, o la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 – è vista come un baluardo che difende l’uomo dal potere altrui, non da se stesso: è un corollario della libertà e dell’eguaglianza. Ed invece oggi è frequente vederla contrapposta alla libertà individuale, come un obbligo preciso di non offendere l’ordine pubblico, nazionale o internazionale che sia, ossia la morale corrente.

Qualche anno fa le riviste giuridiche hanno commentato con una certa sorpresa il caso del “lancio del nano”²: in cui alte corti francesi (ma anche tedesche) avevano avuto l’ardire di spiegare ad una persona che soffriva di nanismo che non poteva trasformare il suo difetto fisico in un’attrazione da *bistrot*, sebbene in questo modo gli fosse riuscito il miracolo di trasformarsi in una star, e non restare il “diverso” da tutti evitato. Ciò non gli era consentito, però, perché offendeva la sua dignità, preservata anche al prezzo di vederlo refluire ai margini della vita civile. Più di recente lo stesso atteggiamento è stato assunto dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza 141/2019, sul reato di favoreggiamento della prostituzione³. Siccome è il legislatore l’«interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico», ben può ravvisare 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». Ciò vale sempre e comunque, anche quando – come nel caso *de quo*, che riguardava (bisogna apprezzare l’incontenibile ironia del “linguaggio corretto” rispettoso della *privacy*) «l’allora premier S[...] B[...]» – la prostituzione non sia affatto un fenomeno che implica violenza, costrizione e sfruttamento, ma è il risultato della scelta libera di una donna (o di un uomo) che ha deciso di fare del proprio corpo una risorsa economica molto vantaggiosa. Ancora una volta la dignità viene imposta, a detrimento di scelte individuali libere e personali. Non è più la degradazione della dignità in senso soggettivo, come costrizione che annulla l’autodeterminazione, ma è la dignità in senso oggettivo, che ci vuole conformi al buon costume, all’ordine pubblico, alla morale corrente. La contrapposizione tra i due significati di dignità segna il tentativo di lanciare una passerella tra la morale e il diritto: evoca l’antica disputa teologica attorno al libero arbitrio, in cui la dignità oggettiva sembra una reincarnazione moderna del «servo arbitrio» che tanto piaceva ad Agostino e Martin Lutero, ma faceva orrore ad Erasmo. La dignità umana “oggettiva” diventa così lo strumento per imporre un modello di vita “accettabile”, con buona pace del principio di laicità che implica una visione tollerante e rispettosa del pluralismo dei progetti di vita degli individui. Gli individui sono diversi, ma il

² L’episodio è ora ben ricostruito e commentato da una delle nostre relatrici di oggi, G. BARCELLONA, *La dignità del nano: storia di un quid*, in C. BERGONZINI, A. COSSIRI, G. DI COSIMO, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 600 ss.

³ Su cui rinvio alla mia nota *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 novembre 2019.

modello ignora le loro diversità: si riferisce a quell'«uomo astratto» che non esiste in alcun luogo, a cui sono riconosciuti diritti che scaturiscono dalla «natura» o dall'«umanità», non avvertendo che «l'astratta nudità dell'essere-nient'altro-che-uomo» costituisce il massimo pericolo, perché la «trasformazione in uomo generico» spoglia di ogni significato la diversità assolutamente unica dell'individuo.

Bisognerebbe rileggere Hanna Arendt⁴ prima di far propria una visione astratta e oggettiva della dignità umana, che non può essere una buona guida per affrontare i problemi concreti. Mentre la Costituzione ineggia ai diritti dell'individuo cui spetta, nella sua autonomia, determinare che cosa gli convenga fare per vivere dignitosamente, interviene all'improvviso la morale comune a imporgli di non far uso delle qualità del suo corpo se si rischia di offendere la dignità oggettiva; se tu – nano o giovane attraente dal bell'aspetto – decidi di uscire dall'angolo buio in cui la nascita ti ha collocato nella società, trasformando in risorsa quello che la natura ti ha imposto o donato, devi fare i conti con un astratto modello di dignità di cui qualcuno – normodotato e conformista – si erge a interprete. L'art. 1 della Carta dei diritti dell'Unione europea («La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»), che ricalca l'art. 1.1 del *Grundgesetz*, può alimentare questo doppio taglio della dignità. Ma la nostra Costituzione non contiene alcuna disposizione del genere, dato che la «pari dignità sociale» di cui all'art. 3.1 è rivolta a tutt'altro orizzonte. Per cui se la Corte costituzionale intende avvalorare il senso “oggettivo” della dignità, inevitabilmente ricorre all'art. 2 Cost. e al riconoscimento dei «diritti inviolabili dell'uomo»: ma così si confondono i piani, si sovrappone all'invulnerabilità dei diritti di cui gode l'uomo in quanto tale – principio espresso con grande chiarezza – l'idea che essa comprenda anche l'imponibilità dei “diritti” allo stesso uomo, a detrimento della sua libertà e autodeterminazione.

Che cosa contenga la dignità umana “oggettiva” non si sa con precisione: essa, l'ordine pubblico internazionale, il buon costume, la morale corrente giocano lo stesso ruolo che la parola *Tû-Tû* ricopriva presso la mitologica tribù delle *Noï*sulli Islands descritta da Alf Ross. Chiedersi che cosa significhi *Tû-Tû* «is pure nonsense»⁵, e altrettanto può dirsi della “dignità oggettiva”. Richiamarla serve per chiudere definitivamente il discorso («la GPA è vietata dalla legge penale»), ma con essa non si può aprire un altro. Che invece è necessario aprire.

Le Relazioni che mi hanno preceduto hanno messo ben in luce i limiti in cui la Corte costituzionale si è trovata astretta nell'affrontare il problema della GPA movendo da una morale *bien-pensante*. Il divieto penale della GPA corrisponde al paradigma dominante, ma mostra tutta la sua insufficienza come regola (Cordiano), perché il legislatore non è del tutto libero di scegliere quali conseguenze farne derivare (Barcellona). Nel ragionamento che la Corte svolge nella sent. 33/2021 – ma già in quanto aveva anticipato nella sent. 272/2017 – si vede bene quale difficoltà ci sia ad operare con la dignità e le sue implicazioni quando si profili un problema di bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti: perché evocare la dignità serve a chiudere un discorso, evocare il bilanciamento invece serve ad aprirne uno nuovo. In entrambe le sentenze citate la Corte si trova in questa *impasse*: se l'appello alla dignità serve a condannare la GPA, nulla ci dice sul trattamento dei figli che tale

⁴ Le citazioni sono tratte da *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2004, 404-418.

⁵ A. Ross, *Tû-Tû*, 70 *Harvard Law Review*, 5, 1957, 812.

procedura genera; questo resta un binario morto, perché «l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco» (sent. 33/2021).

Già la sent. 272/2017 era stata molto chiara nel porre un freno alla forza espansiva della “dottrina” della prevalenza dell'interesse del minore, che viene a cedere di fronte a «pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». La Corte evita di fare i conti con quanto è sempre detto e ripetuto nella sua giurisprudenza – nella sua bella giurisprudenza, sia consentito aggiungere: che mai le scelte dei genitori potranno pregiudicare il diritto dei figli ad essere trattati nello stesso preciso modo in cui vengono trattati tutti gli altri figli. Giustamente Barcellona ha evocato la giurisprudenza sui figli incestuosi, ritenendo che lì la Corte potrebbe trovare un modello a cui ispirarsi per uscire dalle strettoie che vedono da un lato un comportamento dei genitori penalmente sanzionato in quanto lesivo di principi fondamentali, dall'altro l'esigenza costituzionale di un trattamento non discriminatorio dei figli “della colpa”. Ma la Corte non segue questa strada: anzi, nella sent. n. 33 del 2021 giunge ad un risultato che appare paradossale. Tutto è contenuto in questa frase: «Gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore».

Perché questa frase, apparentemente neutra, costituisce invece un macigno nella giurisprudenza costituzionale? Perché l'interesse del minore cessa di essere un dogma che blocca ogni ingresso di altri interessi nelle operazioni di bilanciamento (e funziona dunque in modo simile al richiamo alla dignità), e diventa invece sacrificabile davanti, non ad un interesse costituzionale prevalente, ma alla repressione penale di un comportamento ritenuto lesivo della dignità: la dignità – si noti – non del minore ma di un altro, la madre! Ecco che la declassazione dell'interesse del minore diviene uno strumento per l'effettività della politica criminale dello Stato. C'è un però: ridurre il bambino a strumento è ciò che più assomiglia alla lesione della sua dignità. Si può leggere la importante sentenza della Corte costituzionale tedesca del 2006, a proposito della legge sulla sicurezza aerea, in cui si chiarisce come sia sempre contrario alla dignità umana trattare le persone come strumento per realizzare un fine, pur di per sé apprezzabile⁶. È stato scritto da un autorevole ex presidente della Corte costituzionale: «la *supremitas* della dignità la innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di ridursi per effetto di un bilanciamento»⁷: non sono sicuro di comprendere sino a fondo il significato metafisico di questa affermazione, ma a me sembra dire che dove entra in gioco la dignità, ogni bilanciamento cessa. È così che opera l'artificio retorico del richiamo alla dignità. Non è possibile però che entrino nello stesso gioco due diverse dignità, perché questo significherebbe cessare di usare l'artificio retorico e ritornare più laicamente a ragionare di bilanciamento degli interessi. Perciò di fronte alla GPA la Corte distingue nettamente i campi: la dignità è posta a tutela della donna, mentre non trova posto la dignità del bambino; e perciò i suoi diritti sono ora ridotti al rango di

⁶ 1 BvR 357/05, specie al punto 124.

⁷ G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 14 marzo 2008: si legga il bel commento di G. BARCELLONA, *Della forma dell'acqua: la dignità umana, volti e risvolti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 1, 2018.

interessi bilanciabili con altri interessi, e in particolare con l'interesse dello Stato a vietare un comportamento, la GPA, da cui pure il bambino trae vita, ma una vita il cui pregio è destinato a cedere di fronte alla dignità della madre.

E se il legislatore italiano uscisse dall'arroccamento e si adeguasse alle legislazioni europee più permissive? Alla domanda che ho formulato in esordio ne segue infatti, inevitabile, un'altra: come può il legislatore, in un sistema basato sui principi del costituzionalismo democratico e in un tempo in cui gli ordinamenti non sono più ristretti nei loro confini nazionali, continuare a legiferare per la sua via ignorando quanto avviene negli altri ordinamenti con cui sono aperte tutte le vie di comunicazione? L'argomento vale quel che vale, ma merita notare che le due sentenze costituzionali richiamate hanno entrambe una premessa comune: la GPA offende la dignità della donna non per un principio ascrivibile alla Costituzione, ma perché è la legge italiana che la vieta. A sostegno di questa scelta legislativa la sent. n. 33 adduce l'argomento che

«gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita».

È esattamente lo stesso argomento impiegato nella sentenza della Corte sulle *escort*, citata in precedenza. Non ci sono dunque superprincipi morali o costituzionali ad essere evocati, quanto piuttosto l'ovvia necessità che la donna sia tutelata da violenza e sfruttamento. Ma, come la Corte costituzionale ha spiegato in tante altre occasioni, di fronte al pericolo che di uno strumento si faccia cattivo uso si possono introdurre regole che lo disciplinino, senza però sottoporlo a divieto assoluto, penalmente sanzionato.

Una legislazione un po' più permissiva consentirebbe al legislatore di affrontare ciò che oggi non riesce ad arginare: l'ingresso in Italia di bambini che sono stati legittimamente generati per GPA in base alla legislazione del Paese in cui l'episodio si è svolto. Il problema c'è e forse la pratica della GPA non suscita più la generale riprovazione che sollevava sin a pochi anni fa. Come ripete la Corte costituzionale, è il legislatore ad interpretare il "comune sentire"; e il "comune sentire" consente di vedere quella evoluzione dei costumi che il richiamo alla dignità intende negare. Nel nostro ordinamento esiste ancora una norma di polizia sanitaria⁸ che disciplina il rapporto di balia (al solo fine di garantire la sicurezza sanitaria del bambino), che per secoli (quantomeno sin dal Codice Hammurabi, § 194) è stato centrale nella cultura della famiglia economicamente agiata e in particolare di quella borghese del XIX e XX secolo. Altrove ho avanzato questo parallelo con la GPA, a proposito di pratiche che sono davvero lesive della dignità della donna, come pure la letteratura di non molti anni fa ci fa intendere⁹. Questo paragone mi ha attratto molte critiche, ma noi dobbiamo ringraziare *Big Pharma* per averci donato il latte in polvere per l'infanzia che ci ha liberato di un residuo, vitale per la sopravvivenza della nostra stirpe, che trattava la donna come una mucca, a cui si toglie il vitello per dare ad altri il suo latte: e ciò in base a un negozio oneroso in cui la balia veniva tolta dalla propria fami-

⁸ T.U. delle leggi sanitarie, art. 309-312.

⁹ Cfr. R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, editoriale, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2016.

glia e separata dal proprio figlio naturale per fungere da nutrice di un figlio altrui. Vi sono racconti e poesie strazianti che ci descrivono i soprusi, le sofferenze, le relazioni sentimentali che questa pratica che affonda nella notte dei tempi i suoi precedenti e che certo noi non vorremmo più tollerare.

È vero, per la GPA, come lo era per il baliatico (e come spessissimo è per la prostituzione), all'origine c'è sempre, o quasi, uno stato scandaloso di miseria e di sfruttamento. Questo sì è intollerabile e costituisce indiscutibile violazione della dignità della donna: dignità non "oggettiva" e astratta, ma crudelmente incidente sul concreto della vita di milioni di persone.

La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)

Paolo Veronesi*

SCIENCE ACCORDING TO THE ITALIAN CONSTITUTION (AND ITS APPLICATIONS)

ABSTRACT: Starting from the analysis of the different norms of the Italian Constitution concerning science, the essay examines which spaces and limits scientific operators, legislators, judges and the Constitutional Court encounter when dealing with scientific activities or disciplines. It also examines a series of pronouncements in which the Constitutional Court seems to have adopted very different approaches (for example, on the subject of animal experimentation or the use of embryos for scientific purposes).

KEYWORDS: Costituzione; Scienza; Diritto, Limiti, Casi legislativi e giurisprudenziali

SOMMARIO: 1. Premessa: la Costituzione e i “diritti della scienza” o “a causa della scienza” – 2. La scienza come “oggetto” del diritto costituzionale e come “diritto sociale” – 3. L'altra faccia della scienza: una “libertà negativa” e i suoi limiti – 4. La sperimentazione e i suoi “bilanciamenti”: gli esperimenti praticati sugli animali – 5. Segue. La Corte “cambia cavallo” e non censura un errato bilanciamento legislativo: il caso della sperimentazione sugli embrioni – 6. Alla scienza (e non al diritto) ciò che spetta alla scienza – 7. Segue. “Deleghe di bilanciamento in concreto” (a favore della scienza) – 8. Il “credito” riconosciuto al legislatore e il sindacato sulla “ragionevolezza scientifica” delle leggi – 9. Segue. Di contro, lo “spazio” (variabile) concesso al diritto – 10. Un “nuovo diritto”: il “diritto alla scienza” – 11. Conclusioni.

1. Premessa: la Costituzione e i “diritti della scienza” o “a causa della scienza”

La storia degli spesso burrascosi rapporti tra il diritto (il potere) e la scienza (con i suoi peculiari “metodi”, regole e logiche) ha radici alquanto antiche. Da secoli (e così anche in tempi recenti) il primo mira spesso a sopraffare, zittire, strumentalizzare o arginare la seconda. Corrispondentemente, quest'ultima tenta invece di non farsi ingabbiare dai divieti e dagli ostacoli variamente disseminati dal primo (tranne quando non accetti di assecondarne le pretese o non trovi buone ragioni “scientifiche” per farlo)¹.

Insomma, è sempre risultato difficoltoso creare “ponti” e porre le basi di una pacifica ed equilibrata convivenza tra queste due realtà (a loro modo) assiologiche e totalizzanti². È del resto naturale che

* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara. Mail: vrp@unife.it. Contributo elaborato nel quadro del gruppo di ricerca spagnolo “Proyecto DERFUNDAT (PGC2018-093737-B-I00), financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación”. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Per un'ampia carrellata di esempi storici (lontani e vicini nel tempo) si rinvia a G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo e antiscentismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2019, 7 ss.

² La metafora del “ponte” è (non a caso) venuta alla mente di molti: cfr. E. MAESTRI, *Il fiume scientifico e gli argini giuridici. Una riflessione là dove scienza e diritto si incontrano*, in <https://bit.ly/2X5ck9r> (2 aprile 2020).

sia così per forme di pensiero (e di azione) le quali producono (e muovono) da “concezioni generali del mondo”, appoggiandosi a tempi e procedure assai diverse³; due prospettive che (per loro natura, anche se per motivi non necessariamente collimanti) risultano sempre disponibili a rimettersi in gioco e a cambiare rotta⁴.

Concentrando l’attenzione sulle coordinate di un compiuto sistema politico-democratico ben funzionante – e non sempre è così – è inoltre assai agevole cogliere taluni suoi presupposti in comune con l’approccio scientifico *tout court*: ciò vale, ad esempio, per la primazia della ragione e dell’argomentazione, per l’apertura alle voci dissonanti e alla necessaria verifica delle diverse posizioni in gioco, per la ritrosia verso ogni forma di autorità indiscussa e indiscutibile⁵.

Da questo denso *humus* discende però anche la parallela possibilità che l’uno o l’altro “sistema” adottati (più o meno occasionalmente) orbite, logiche e preoccupazioni diverse da quelle seguite dal suo “concorrente”. Ciò è tanto più vero proprio negli anni a noi vicini; a fronte, cioè, delle sempre più significative scoperte scientifiche e delle straordinarie innovazioni tecnologiche messe a disposizione dalla biomedicina, dalla genetica, dalla farmacologia e dall’intelligenza artificiale⁶. Territori verso i quali la politica, il diritto e l’opinione pubblica spesso assumono atteggiamenti (non sempre “ragionati”) di netta chiusura o di totale apertura.

La tendenza più diffusa di recente pare peraltro lasciare (spesso ma non sempre) briglia sciolta alla scienza, proteggendone l’azione e assumendone gli apporti quali dati indiscutibili da prendere in esame al fine di adottare decisioni politiche e giurisdizionali del più vario genere⁷.

Al contempo, non sono però mancate le occasioni in cui la politica e il diritto hanno violentemente battuto “i pugni sul tavolo” anche oltre il consentito: valicando cioè la soglia di quanto sarebbe stato ragionevole e giustificato⁸, ignorando o scorrettamente applicando i risultati scientifici già disponibili⁹, reagendo per bloccare sviluppi e applicazioni scientifiche ideologicamente sgradite (anche se non

³ A riprova di quanto affermato nel testo è del tutto superfluo ricordare la centralità storica dei processi a carico di Galileo Galilei, svolti nel corso del ‘600. Su di essi si v. I. MEREU, *Storia dell’intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Milano, 1979, 327 ss. Ancora prima è altrettanto emblematica la vicenda di cui è stato protagonista Giordano Bruno.

⁴ La politica – “buona” o “cattiva” che sia – non disdegna certo le incoerenze e i ribaltamenti. Ma anche le stesse acquisizioni scientifiche non sono pressoché mai il frutto di un percorso lineare e indiscusso, quanto piuttosto l’esito di contrasti, «confutazioni, ripensamenti e rivalutazioni»: per un suggestivo quadro d’insieme (anche di stampo filosofico) si rinvia a G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura*, cit., 29 ss., spec. 38.

⁵ M. TALLACCHINI, *Politiche della scienza contemporanea: le origini*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di) *Ambito e fonti del Biodiritto*, in AA.VV., *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010, 76.

⁶ C. DI COSTANZO, A. SIMONCINI, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, in *BioLaw Journal*, 2019, 2, *Special issue*, 207.

⁷ 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, 1 ss.

⁸ Sui sospetti e le avversioni che da sempre interessano i rapporti tra la politica (e la legislazione) nei confronti della scienza e degli scienziati (i primi temendo che la *veritas* della scienza metta in scacco l’*auctoritas* del politico) v. G. D’AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, in www.dirittifondamentali.it (18 dicembre 2019), 8 s. Un emblematico caso italiano che conferma questi assunti è rinvenibile nella “storia” della legge n. 40 e delle sue applicazioni: se ne tratterà adeguatamente *infra*.

⁹ Si rinvia alla casistica italiana (pur ridotta ma significativa) riordinata da A. SANTOSUOSSO, G. PINOTTI, *Il diritto delle corti, la scienza e la tecnica: una tassonomia*, in *BioLaw Journal*, 1, 2017, 64 ss.

sempre inopportune e pericolose)¹⁰. D'altro canto, il fronte scientifico non ha talvolta gradito le limitazioni normative poste ai suoi esperimenti e alle applicazioni delle sue scoperte o invenzioni, pur quando esse evidenziassero – ma non sempre è stato così – un qualche fondamento¹¹.

Insomma, i momenti di tregua e quelli di conflitto non sono mai mancati, e così pure l'indefessa ricerca di un "buon" equilibrio tra i tanti fattori in gioco in questo indispensabile dialogo.

È perciò del tutto comprensibile che un tema così scottante si sia naturalmente insinuato in molte Costituzioni democratiche e "pluraliste": esse si sono quindi poste spesso il problema esplicito di regolarne, per quanto possibile, le regole del gioco¹². Quando ciò non è accaduto, sono state o vengono tuttora utilizzate – allorché occorra – previsioni costituzionali concepite ad altri scopi ma pur sempre idonee anche a comprendere e classificare i fenomeni in discorso¹³.

Nella Costituzione italiana, la scienza è così al centro di una costellazione di norme che, irradiandosi dal "cuore pulsante" di tale disciplina – collocato negli artt. 9 e 33 Cost. it. – tratteggia l'approccio e l'assoluto rilievo che l'ordinamento dedica a questo fenomeno¹⁴. Com'è naturale, anche queste specifiche norme soggiacciono poi alle medesime dinamiche già sperimentate per tutti gli altri diritti e le libertà disciplinati nella Carta¹⁵: ognuna di esse può cioè essere meglio definita nello spettro delle sue variegatissime applicazioni solo agganciandola fruttuosamente a una pluralità di ulteriori previsioni di volta in volta innervate nelle diverse fattispecie in discussione¹⁶.

La disciplina costituzionale della scienza rivela anche altri profili comuni ad alcuni (se non a tutti) i diritti plasmati nella Carta: ciò appare perfettamente normale posto che la scienza è stata in tal modo

¹⁰ Sugli "abusi di potere" da parte del diritto si v. i numerosi episodi illustrati da C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 3 ss. Di contro, si pensi all'alleanza che si è tendenzialmente instaurata, almeno in Italia, tra scienziati e politica nell'adottare le misure di contenimento da contrapporre alla diffusione del virus Covid-19; un'esperienza non replicata, ad esempio, negli U.S.A. o in Sudamerica, ove la scelta politica ha spesso preso il sopravvento. Sui rapporti tra diritto e scienza nel diritto pre-moderno e contemporaneo cfr. le riflessioni di D. QUAGLIONI, *Intervento conclusivo*, in C. CASONATO, C. PICCIOCCHI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, 2006, 105 ss.

¹¹ Si pensi soltanto al dibattito sulla clonazione umana, oppure ai limiti frapposti alla ricerca su cellule staminali embrionali, ragionevoli allorché si pretendesse di creare embrioni *ad hoc* e senza limitazioni, per nulla tali quando invece – come si dirà più oltre – si volessero dedicare a questi scopi embrioni creati a fini procreativi ma non idonei all'impianto.

¹² E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2015, (30 ottobre 2015), 5.

¹³ È quanto accade negli Stati Uniti: v. ancora E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, cit., 5.

¹⁴ Sulla «tutela privilegiata» che l'ordinamento costituzionale italiano dedica alla scienza e alle sue manifestazioni si v. E. CHELI, *Scienza, tecnica, diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 2 s.

¹⁵ R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in AA.Vv., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 216.

¹⁶ Ex artt. 7, 8, 19, 21 Cost. it., si pensi, ad esempio, al caso degli scienziati o agli operatori che, per motivi religiosi o ideologici, rifiutino di procedere a talune sperimentazioni, alla somministrazione di farmaci o allo svolgimento di alcune pratiche sanitarie (adducendo spesso abnormi obiezioni di coscienza). Ex art. 117, comma 1, si pensi invece all'aggancio che tale previsione instaura con altre normative sovranazionali e internazionali, oppure – ai sensi dei suoi commi 2 e 3 – sull'esigenza di distinguere quanto, in materia, spetta allo Stato e alle regioni. Si rifletta altresì dei possibili contrasti tra talune pratiche scientifiche (ad es. le sperimentazioni) con il diritto alla salute della persona (art. 32 Cost. it.) o con i limiti che l'art. 41 assegna alla libertà d'iniziativa economica (allorché «l'attività scientifica [...] assuma le vesti dell'impresa»): E. CHELI, *Scienza, tecnica, diritto*, cit., 3.

(e legittimamente) assunta quale un oggetto di disciplina (e un interesse) giuridico-costituzionale accanto agli altri.

Si pensi al suo configurarsi come un (costoso) diritto sociale – il quale impone quindi obblighi e oneri a carico della “Repubblica” – mentre, al contempo, essa presenta però anche i tratti di una “libertà negativa”, tesa a tutelare lo spazio d’azione dei ricercatori e a bloccare le possibili aggressioni loro rivolte. L’analogia immediata è con l’art. 32 Cost. it., nel quale la salute si configura sia come l’oggetto di un diritto sociale, sia come un diritto individuale di scelta terapeutica (*contra* le imposizioni altrui)¹⁷.

Come ogni altro diritto, anche la libertà di ricerca scientifica – la si affronti quale un diritto sociale o nella sua parallela natura di diritto anche individuale – implica quindi l’indispensabile messa a disposizione d’ingenti risorse pubbliche (oltre che private): nel senso, cioè, che tutti i diritti – proprio tutti (quello alla scienza anche più di altri) – senz’altro “costano”¹⁸. E ciò pur quando si pretenda di classificarli solo quali libertà “negative” *tout court* e non già (al contempo) come “diritti sociali” da foraggiare.

Le esigenze della scienza – come accade per un qualsiasi diritto fondamentale – sono inoltre da ponderare e bilanciare allorché vengano a collidere con altri interessi confluenti nelle particolari fattispecie di volta in volta in esame. Del resto, è proprio mediante simili bilanciamenti che si può evitare, da un lato, la tracimazione della legge in ambiti da lasciare nella disponibilità della sola scienza, così come, dall’altro, impedire l’affermazione di uno “scientismo” incline all’“onnipotenza”¹⁹.

Da ultimo, va inoltre valutato come le diverse norme costituzionali dedicate alla scienza – interpretate congiuntamente ad altre disposizioni di pari rango – siano state di recente utilizzate per configurare un “nuovo diritto”, destinato a completare il panorama della materia: è il c.d. “diritto alla scienza”, del quale si tratterà più oltre²⁰.

L’approccio al tema deve dunque tener conto del complesso quadro appena delineato, il quale conferma che (anche per la scienza) valgono dinamiche interpretative e applicative non tanto dissimili da quelle praticate in rapporto ad altri diritti e libertà sanciti in Costituzione.

Tale approdo tornerà assai utile allorché si tratterà di esaminare come i “prodotti” di questa peculiare libertà (e di tale diritto) debbano essere assunti nella sfera giuridica. Quando, cioè, essi diventino non soltanto “oggetti” di specifiche regolazioni normative che devono essere ben calibrate (per opera del legislatore), ma anche parametri (alquanto invasivi) mediante i quali approntare i medesimi interventi legislativi, giudicare fattispecie concrete (da parte dei giudici) oppure verificare la legittimità di leggi delle quali i risultati scientifici costituiscano un essenziale presupposto (per opera della Corte costituzionale).

Ragionando dei rapporti tra il diritto e il fenomeno scientifico emerge, quindi, anche questo aspetto peculiare: quanto prodotto dalla scienza – che è senz’altro “oggetto” del diritto (e, dunque, di discipline giuridiche di rango anche costituzionale) – funge poi (sempre) anche da “strumento del diritto”

¹⁷ Su queste interrelazioni si v., per tutti, B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant’anni dall’istituzione del servizio sanitario nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, 117 ss.

¹⁸ V., ad esempio, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2018, 522 s.

¹⁹ Sulla centralità di questo snodo concettuale cfr., ad esempio, E. CHELI, *Scienza, tecnica, diritto*, cit., 8.

²⁰ V. *infra* § 10

(e diviene, quindi, “soggetto” dello stesso). Nel senso, cioè, che i suoi risultati possono/debbono essere utilizzati per giudicare singole fattispecie (così influenzando su varie vicende processuali), per generare una consona produzione legislativa e per fondare le eventuali decisioni che, su questi temi, rendono necessario l'intervento della Corte costituzionale²¹.

Su questi due piani congiunti e indissolubili si svolgeranno le osservazioni che seguono.

2. La scienza come “oggetto” del diritto costituzionale e come “diritto sociale”

Per l'ordinamento italiano la scienza costituisce dunque il contenuto di uno specifico “diritto” e di una fondamentale “libertà”: l'uno e l'altra sono ricostruibili ricorrendo agli artt. 9 e 33 Cost. it. Queste norme, tuttavia, non recano affatto una specifica definizione di scienza²², com'è del resto tipico anche di altri concetti solo evocati in Costituzione ed evidentemente lasciati a una loro progressiva e inevitabile “messa a punto”²³.

Le norme appena citate evidenziano peraltro “vocazioni” ben diverse, benché complementari tra di loro.

L'art. 9 – collocato, non a caso, tra i Principi fondamentali – è, innanzi tutto, una norma costituzionale programmatica e “promozionale” del fenomeno scientifico²⁴. Essa delinea un preciso diritto sociale e conia uno specifico compito al quale la Repubblica non può sottrarsi: l'obbligo di agire, cioè, per lo sviluppo e per la promozione della cultura e della ricerca scientifica e tecnica (comma 1), oltre che per l'adeguata tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione (comma 2).

Ciò è stabilito (anche) per rispondere efficacemente alle esigenze di “realizzazione” dei singoli e della collettività, per le quali l'azione della scienza e della tecnologia è assolutamente indispensabile²⁵. La Costituzione impone perciò quest'obiettivo a tutte le realtà istituzionali che compongono la Repubblica.

A tal proposito è peraltro sempre più condiviso tra gli interpreti che i due commi dell'art. 9 Cost. – apparentemente “distinti” e a loro modo “distanti” – vadano, in realtà, interpretati congiuntamente. Al di là del tenore testuale dell'articolo, “tutela” e “valorizzazione” – ossia, momento “dinamico” (lo «sviluppo») e accento “statico” (la «tutela») – costituiscono, infatti, due volti della medesima medaglia; esse si rivolgerebbero, cioè, a tutti gli oggetti richiamati nei due commi in discorso (cultura, ri-

²¹ M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 619. In altri termini, vi sono vicende nelle quali inevitabilmente è «il diritto che conforma, regola e condiziona la scienza (regole sulla ricerca scientifica e sulla sperimentazione biomedica, sulla produzione di farmaci, sul consenso informato alle attività di cura etc.) mentre in altri casi tale rapporto si capovolge, atteso che è la scienza a condizionare il diritto (regolazione tecnica, accertamento processuale del nesso di causalità)», prova del dna ecc.: G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura*, cit., 17 ss. Si rinvia altresì al contributo di Simone Penasa in questo stesso fascicolo.

²² G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura*, cit., 15.

²³ Si pensi solo al concetto di “buon costume” di cui all'art. 21, comma 6, e all'ampio dibattito che esso ha suscitato: cfr. R. PERRONE, *Buon costume” e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, 2015, *passim*.

²⁴ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 10 s.

²⁵ L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, 118 ss.

cerca scientifica e tecnica, paesaggio e patrimonio storico e artistico)²⁶. La disposizione costituzionale va dunque letta e applicata «nel segno della circolarità»²⁷. La ricerca e la cultura (costantemente da sviluppare) sono cioè da intendersi quali premesse e strumenti di tutela del paesaggio²⁸ e del patrimonio storico-artistico; al contempo, la protezione di questi beni è assunta quale premessa altrettanto essenziale per i futuri sviluppi dei primi.

In sintesi, l'art. 9 Cost. it. richiama e definisce – in astratto – il valore estetico-culturale quale principio ispiratore della Costituzione, fissando il conseguente compito della Repubblica (unitariamente intesa): la necessità che essa agisca, cioè, per l'avanzamento culturale delle singole persone e dell'intera comunità²⁹.

L'art. 9, comma 1, allude così (sia pur sinteticamente) al ruolo che i pubblici poteri devono svolgere a sostegno del fenomeno scientifico in una democrazia che intenda essere pienamente pluralista: esclusa la possibilità d'imporre una "cultura di regime" o una "scienza ufficiale e di Stato"³⁰ – com'è tipico dei sistemi autoritari – l'intervento pubblico è dunque chiamato a svolgere – innanzi tutto – un'importante funzione di stimolo e di riequilibrio. Esso deve cioè affiancare l'azione dei singoli e sopperire a quanto non sia già raggiungibile mediante la sola attività privata o tramite altre iniziative spontanee. Insomma, non sono ammessi né una cultura (e una scienza) "di Stato", né un mero *laissez-faire* senza contromisure, il quale avrebbe l'effetto di consolidare le sole espressioni scientifiche che, disponendo di mezzi economici adeguati, finirebbero con il prevalere su ogni altra istanza concorrente³¹.

Un simile approccio non esclude certo che – in ragione degli evidenti interessi coinvolti – il potere pubblico non possa intervenire per sollecitare attività di ricerca in ambiti ritenuti strategici e non adeguatamente praticati³²; ciò tuttavia non potrà mai giungere al punto da adottare scelte del tutto capricciose o finalizzate a discriminare i filoni di ricerca che non rispondano al suo "gusto" ideologico (ad esempio, mediante il blocco dei relativi finanziamenti). Occorrono insomma ragioni costituzionali molto "forti" per giustificare simili approcci a dir poco estremi³³.

Anche in questo settore – come nell'ambito della Costituzione c.d. economica³⁴ – la scelta "promozionale" del Costituente è dunque approdata a una formula sostanzialmente "mista" (d'intervento, cioè, sia pubblico, sia privato). Lo Stato è così opportunamente stimolato a svolgere «una funzione compensativa rispetto all'intervento del capitale privato», rendendo possibili anche «attività... non

²⁶ M. CECCHETTI, *Art. 9*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 221.

²⁷ G.M. FLICK, *Il "ritorno al futuro" dell'architettura: lavoro, professione, impresa nella Costituzione*, in *The Future of Science and Ethics*, 4, 2019, 67.

²⁸ Da assumersi in senso ampio, comprensivo, cioè, anche dell'ambiente: v. ad esempio le sentt. n. 210/1987 e n. 641/1987.

²⁹ M. CECCHETTI, *Art. 9 Cost.*, cit., 221.

³⁰ Tra i tanti v. ad esempio E. CHELI, *Scienza, tecnica, diritto*, cit., 2.

³¹ F. RIMOLI, *Le libertà culturali*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Torino, 2001, 666.

³² G. FONTANA, *Art. 33 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 681.

³³ R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica*, cit., 225 ss., il quale ricorda quanto accaduto con il bando ministeriale italiano (*Programma di Ricerca Sanitaria del 2008*), che esclude ogni finanziamento per i progetti che prevedevano l'utilizzo di cellule staminali embrionali di origine umana anche importate dall'estero.

³⁴ Si v. in particolare gli artt. 41 ss. Cost. it.

redditizie» o «prive di riscontri economici immediati, e nondimeno di primaria importanza per lo sviluppo dell'intero tessuto sociale»³⁵.

Si tratta di un approccio immanente alla Carta e che dunque conosce altre implementazioni (in buona parte simili). Si pensi, per esempio, all'assai diverso ambito dell'intervento statale nei confronti del fenomeno religioso, laddove lo stesso principio supremo di laicità è stato interpretato dalla Corte costituzionale non già come «indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, bensì come garanzia di salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale»³⁶. Una prospettiva che mette dunque in conto – ancora una volta – non già disinteresse bensì un intervento statale di sostegno e di riequilibrio.

L'art. 9 Cost. it., così concepito, crea dunque le radici da cui scaturiscono le discipline degli apparati statali concretamente orientati a favorire lo sviluppo della scienza e della tecnica: si tratta, cioè, del relativo Ministero, dei singoli Atenei, degli enti di ricerca strumentali e no (svolgenti, cioè, attività scientifica che risponda o meno agli indirizzi ricevuti dagli organi di governo)³⁷.

In quest'ambito rileva dunque, a ben vedere, anche la previsione dell'art. 33, ult. comma, Cost. it., la quale completa quanto già estrapolabile dall'art. 9, riconoscendo alle università e agli enti di ricerca «il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato». Formula che non assegna agli Atenei un'autonomia assoluta – consentendone anzi la “modulazione” da parte statale – ma che impedisce – d'altro lato – l'apposizione di limiti e obblighi irrazionali al libero svolgersi delle loro attività³⁸.

Anche in questo peculiare passaggio si evidenzia, dunque, il “filo rosso” esistente tra l'art. 9 e l'art. 33 Cost. it., ossia tra la norma promozional-programmatica (la prima) e quella che delinea invece, come meglio si dirà, lo spazio di libertà da assegnare ai singoli ricercatori e alla scienza tutta (la seconda). Un legame che – anche valutando gli altri ingredienti dell'art. 33 Cost. it. – giustifica il fatto che la Corte abbia sottolineato come la ricerca scientifica vada «considerata non solo una materia, ma anche un “valore” costituzionalmente protetto (artt. 9 e 33 Cost. it.), in quanto tale in grado di rilevare a prescindere da ambiti di competenza rigorosamente delimitati» tra Stato e Regioni³⁹.

Rimane ovviamente il problema interpretativo (non secondario) di precisare l'esatta portata di ciascuno dei richiami contenuti negli artt. 9 e 33 Cost. it.: stabilire, cioè, cosa costituisca cultura, ricerca tecnico-scientifica, paesaggio, patrimonio storico-artistico. Significati che vanno ovviamente messi a fuoco – com'è avvenuto nella pratica – tramite l'aiuto in sequenza di altre norme e di altri principi costituzionali, delle conseguenti discipline legislative, delle pronunce della Corte costituzionale nonché in ragione delle fattispecie che premono sull'interprete e sugli operatori (costretti a dare – caso per caso – senso concreto a tali generiche espressioni)⁴⁰. Tra queste pieghe riemerge l'importanza di quelle «concezioni dei concetti» che consentono di attribuire un significato più preciso al medesimo

³⁵ F. RIMOLI, *Le libertà culturali*, cit., 667.

³⁶ Sent. n. 203/1989, punto 4 del *Considerato in diritto*.

³⁷ M. BETZU, *Art. 9 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN (dir.), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 73.

³⁸ Cfr. le sentt. n. 145/1985 e n. 1017/1988.

³⁹ Si v. la sent. n. 423/2004, ribadita poi dalla successiva sent. n. 31/2005.

⁴⁰ M. BETZU, *Art. 9 cost.*, cit., 71.

(e generico) testo costituzionale, ma che possono contemporaneamente rivolgersi a orizzonti valoriali sensibilmente diversi⁴¹.

3. L'altra faccia della scienza: una "libertà negativa" e i suoi limiti

Il descritto diritto sociale alla scienza di cui all'art. 9 Cost. trova quindi il proprio completamento (e si coniuga sinergicamente) con la "libertà negativa" tracciata dall'art. 33, comma 1, Cost. it.

Sia sul piano individuale – con riguardo, cioè, all'operare del singolo scienziato – sia su quello collettivo – ovvero in rapporto alla comunità scientifica intesa nella sua globalità (e con le sue regole) – la norma in discorso crea, quindi, un argine protettivo avverso le sempre possibili intrusioni statali (o d'altra provenienza) nel mondo del pensiero scientifico. A quest'ultimo sono quindi garantite sia l'indipendenza, sia la conseguente libertà d'azione⁴².

Se l'art. 9 – com'è tipico dei diritti sociali – impone quindi alla Repubblica di attivarsi per la tutela e la promozione della scienza, l'art. 33 – completandone la disciplina su un altro versante critico – crea contemporaneamente una barriera alle possibili intromissioni e alle coazioni dirette agli scienziati, al loro pensiero e alla loro attività individuale o associata⁴³.

Ciò preclude dunque allo Stato di poter dirigere (o impedire) la scelta e lo svolgersi dell'attività scientifica in settori solo politicamente sgraditi, consentendo invece a quest'ultima di «esteriorizzarsi, senza subire orientamenti ed indirizzi univocamente e autoritativamente imposti»⁴⁴.

Dall'art. 33 Cost. it. si ricava quindi, innanzi tutto, un'estrema libertà "ideologica" riconosciuta alla ricerca scientifica per i temi e gli indirizzi che i singoli e la relativa comunità di riferimento (non senza sempre possibili contrasti interni) intendano perseguire. Sotto questo profilo, a tali attività non viene neppure applicato il limite del "buon costume"⁴⁵, espressamente contemplato, invece, per la più generale libertà di manifestazione del pensiero (art. 21, comma 6, Cost. it.)⁴⁶. La libertà di ricerca scientifica acquista, dunque, un carattere senz'altro "privilegiato": allorché essa si svolga sul piano meramente teorico, non è dunque possibile limitarne, in alcun modo, l'azione (e men che meno vietarne gli sviluppi).

Di questa stessa ("radicale") libertà vanno tuttavia compresi, sin da subito, anche i potenziali limiti: neanche essa, pur così tratteggiata, può infatti divenire "tiranna" rispetto ad altre prerogative che vengano effettivamente in gioco in talune vicende che la coinvolgono⁴⁷.

Nella sent. n. 57/1976 – già citata poco sopra – la Corte richiama dunque la sua storica sent. n. 1/1956, ribadendo, in tale contesto, la tesi da essa più volte declinata (anche in tempi recenti), per la quale "il concetto di limite" è "insito nel concetto di diritto": la pur protetta «esteriorizzazione» della

⁴¹ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 108.

⁴² E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, cit., 6.

⁴³ V. ancora E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, cit., 6.

⁴⁴ Sent. n. 57/1976, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁵ Com'è ulteriormente confermato dall'art. 529, comma 2, c.p.

⁴⁶ A. MURA, *Art. 33 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna - Roma, 1976, 229.

⁴⁷ Un concetto nitidamente espresso, in via generale, nella sent. n. 1/2013 (e applicabile a qualsiasi diritto).

ricerca scientifica, ex art. 33 Cost., «non può» dunque «considerarsi tutelata fino al punto di pregiudicare altri interessi costituzionalmente garantiti»⁴⁸.

Tali problemi evidentemente emergono – in primo luogo – nel momento in cui si giunga alla fase della sperimentazione scientifica e clinica: frangenti in cui si procede ben oltre l’intangibile “nucleo duro” della dimensione teorica. Lo stesso ovviamente vale anche per quanto riguarda la successiva messa in pratica “a largo raggio” delle scoperte infine acquisite e collaudate.

A ciò va altresì aggiunto il “recupero” del limite del buon costume allorché si giunga alla diffusione presso il pubblico delle scoperte e delle creazioni scientifico-tecnologiche: rivolgendosi a “tutti”, questa attività è infatti normalmente sussunta al disposto dell’art. 21 Cost. it. e soggiace pertanto – come tutte le manifestazioni del pensiero – ai vincoli formati da tale “argine”⁴⁹. Quest’ultimo non assume invece alcun rilievo allorché il singolo scienziato non intenda diffondere le proprie scoperte – come rimane astrattamente possibile – o mantenga la discussione solo all’interno della propria comunità⁵⁰.

Il libero esplicarsi della scienza – senza costrizioni e impedimenti provenienti da istanze *lato sensu* politiche – non significa quindi che sia vigente, nei suoi confronti, un salvacondotto che le consenta d’intaccare a piacimento altri interessi costituzionali. Possono dunque essere stabiliti dei limiti; trattandosi di circoscrivere una libertà costituzionale, essi andranno indicati dalla legge e dovranno altresì essere sottoposti a un «giudizio di ragionevolezza “aggravato”», aggiungendosi ai consueti ingredienti di tali verifiche anche la conformità ai risultati acquisiti dalla stessa comunità scientifica⁵¹.

Appare quindi più che giustificata la conclusione per la quale «la ricerca teorica, la sperimentazione delle ipotesi scientifiche, la diffusione delle teorie e lo sfruttamento economico dei “prodotti” scientifici sono aspetti molto diversi e non assimilabili tra loro»⁵². Come tali, essi esigono risposte ragionevolmente diverse da parte dell’ordinamento: ognuno di essi potendo prevalere (o soccombere) in ragione della “forza” delle altre prerogative coinvolte nelle varie circostanze.

Dalla Costituzione si evince dunque una tutela della libertà scientifica che potremmo definire “a plurimi cerchi concentrici”: a seconda dell’attività scientifica concretamente in esame vanno individuate zone assolutamente aliene ai controlli o, di contro, suoi spazi di manovra più circoscritti e condizionati. Un *puzzle* di questioni e di prospettive che non è dunque affrontabile facendo riferimento (solo) alle disposizioni costituzionali specificamente dedicate alla scienza, né considerando la ricerca (e le sue applicazioni) quale «un bene omogeneo» e sempre uguale a se stesso⁵³.

⁴⁸ Punto 3 del *Considerato in diritto*. Vi si afferma altresì che chi opera ex art. 33 Cost. it. deve pur sempre agire «entro condizioni tali che ne risultino garantiti i diritti altrui ugualmente meritevoli di protezione costituzionale».

⁴⁹ Cfr. la sent. n. 59/1960, punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁵⁰ A. MURA, *Art. 33 Cost.*, cit., 227 s.

⁵¹ Lo si coglierà meglio più oltre, ragionando di quanto sostenuto dalla Corte costituzionale, innanzi tutto, nelle sentt. n. 282/2002 e n. 151/2009: v. R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica*, cit., 218 ss.

⁵² R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 13.

⁵³ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 12 s.

4. La sperimentazione e i suoi “bilanciamenti”: gli esperimenti praticati sugli animali

Allontanandosi dagli “argini” costituzionali che proteggono – senza possibilità di “infiltrazioni” – la ricerca puramente teorica, altre solide barriere (benché meno “invalicabili” dei primi) tutelano dunque il “mondo della scienza” dalle esorbitanze normative (o d’altra natura) aventi a oggetto la disciplina delle sperimentazioni scientifiche. Al contempo, esse vettorialmente impediscono che la scienza proceda oltre talune soglie ragionevolmente stabilite.

Con simili attività si fuoriesce, infatti, dall’area della dimensione astratta della ricerca scientifica “pura”, invadendo campi in cui entrano prepotentemente in scena anche altri interessi di rilievo costituzionale: ad esempio, la protezione degli animali sottoposti alle indagini di laboratorio “in vivo” e degli embrioni, la tutela della salute dei soggetti umani che si prestano alle sperimentazioni giunte alle fasi cliniche, le aspettative di coloro che ne vengono esclusi e vorrebbero giovarsene, le opzioni di coscienza dei ricercatori che operano presso realtà in cui si svolgono pratiche sperimentali controverse, l’interesse di chi attende le cure più idonee per le patologie che lo perseguitano (e l’elenco potrebbe senz’altro continuare)⁵⁴.

Il terreno su cui ci si muove appare quindi assai delicato: è infatti senz’altro corretto sostenere che le ipotesi e le tesi scientifiche, senza un’adeguata sperimentazione “sul campo”, si riducono a ben poca cosa; al contempo, però, è evidente che la messa in pratica delle teorie scientifiche inevitabilmente impone la tutela di chi reca altri interessi costituzionalmente coinvolti nel caso. Può così placidamente concludersi che «non ogni tipo di sperimentazione deve necessariamente essere protetta, e forse neppure ammessa»⁵⁵, mentre una simile conclusione non intercetta certo la ricerca teorica.

Analizzando l’esito di due esempi di tal fatta giunti sino alla Consulta – e da questa definiti in modi radicalmente diversi – si possono meglio penetrare tali dinamiche.

Una prima palestra entro la quale porre “sotto sforzo” un simile approdo si rinviene riflettendo sui dibattiti sollevati dalla sperimentazione animale. Come noto, questo è un terreno di confronto alquanto “scabroso”: oggetto di difesa a oltranza da parte di alcuni, così come sottoposto a un’altrettanto radicale avversione da parte di altri.

Senza entrare nel merito di un tale dissidio, è comunque evidente che simili posizioni “estreme” e contrapposte scaturiscono dalla tendenza a “leggere” il problema concentrando l’attenzione sulla tutela di (solo) alcuni degli interessi costituzionali in rilievo nel caso, contemporaneamente azzerando la considerazione di altre prerogative pur coinvolte nella medesima fattispecie.

Entrambi questi atteggiamenti “radicali” si collocano però (e inevitabilmente) al di là di una corretta comprensione e applicazione della Carta: essi non procedono, cioè, alla calibrata presa in carico di tutte le prerogative profondamente immerse nel tema in discussione. Tali approcci escludono, in-

⁵⁴ Si pensi solo all’ampio e lacerante dibattito avente a oggetto la c.d. gestazione o gravidanza per altri (definita altresì “surrogazione di maternità” o “utero in affitto”), ove la stessa terminologia utilizzata dai commentatori denuncia la visione (negativa, positiva o possibilista) che si ha di una simile pratica. Si v., ad esempio, gli interventi (molto diversamente orientati) proposti nel *Focus* della rivista online *Genlus - Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, 2, 2017, 6 ss. e su *BioLaw Journal*, 2, 2016, 1 ss. Sul tema si rinvia al saggio di G. BERCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, frutto della medesima ricerca spagnola entro la quale si colloca anche questo articolo e in corso di pubblicazione.

⁵⁵ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 13.

somma, un corretto e ponderato bilanciamento tra (tutti) i diritti coinvolti nel caso e contemplati nel testo costituzionale; essi deviano invece verso impostazioni integraliste e irriducibili.

È perciò utile muovere proprio dal caso della “sperimentazione animale” anche perché, al proposito, abbiamo a disposizione sia un collaudato e strutturato formante legislativo, sia un’illuminante pronuncia della Corte costituzionale (la sent. n. 166/2004). Si tratta inoltre di un esempio in cui i profili della scienza come “oggetto” di disciplina e come “soggetto” da prendere in considerazione a fini normativi o decisorii tendono a sovrapporsi.

Con la pronuncia appena menzionata la Corte colpisce pertanto la legge della Regione Emilia-Romagna, la quale introduceva ostacoli decisamente aggravati e praticamente insormontabili allo svolgimento delle sperimentazioni animali (elevando di non poco le barriere predisposte dalla disciplina nazionale). Nel sancirne l’illegittimità, la Corte le contrappone dunque le più equilibrate scelte trasposte nella legislazione statale allora vigente in materia (e successivamente modificata in senso anche più – e forse troppo – restrittivo)⁵⁶.

A parte la *quaestio* relativa al riparto di competenze tra Stato e Regione in materia – non rilevante ai nostri fini⁵⁷ – gli interessi in competizione nella circostanza venivano (opportunamente) isolati dalla Corte nella «massima tutela» comunque da assicurare agli animali utilizzati a fini scientifici, sperimentali e didattici; nel fatto che gli animali da affezione, usati a questi scopi, debbano essere solo quelli specificamente allevati in vista di un simile utilizzo; nell’esigenza di perseguire comunque «l’interesse collettivo alle attività di sperimentazione», ritenute davvero «indispensabili, *sulla base delle attuali conoscenze di tipo scientifico*»⁵⁸; nelle collegate garanzie rappresentate dalla necessità di ottenere specifiche autorizzazioni ministeriali ove s’intenda svolgere le pratiche in esame (le quali saranno quindi concesse «nell’esclusiva ipotesi che obiettivo di tali attività siano verifiche medicobiologiche essenziali e gli esperimenti su altri animali non rispondano agli scopi dell’esperimento»)⁵⁹. Un ulteriore interesse calibrato dalla legge statale si rintracciava, poi, nella prevista possibilità che i ricercatori opponessero obiezione di coscienza⁶⁰.

Alla radicalità dell’opzione *iper-animalista* – sposata dal legislatore regionale – e alle tesi *iper-scientiste* di chi vorrebbe “di tutto e di più”, la Corte contrappone, dunque, un ben diverso atteggiamento, rintracciato nella stessa trama della legge statale: quest’ultima ha infatti predisposto – prima

⁵⁶ Si trattava del d. legisl. n. 116/1992. In materia è successivamente entrato in vigore il d. legisl. n. 26/2014, ancora più preciso e “calibrato”. In entrambi i casi si dava con ciò attuazione a specifiche direttive dell’UE. Anzi, il d. legisl. n. 26 pare andare anche al di là di ciò che viene tutelato in Paesi che hanno addirittura il richiamo alla dignità animale in Costituzione. Esso reca infatti una disciplina molto complessa e dettagliata: alcune delle sue previsioni costituiscono infatti un *unicum* nel panorama europeo, al punto da esser state ritenute penalizzanti per la ricerca italiana nel contesto internazionale. Da ciò deriva l’avvio di una procedura di infrazione nei confronti dell’Italia che ha determinato la continua proroga del termine di entrata in vigore delle restrizioni, inizialmente fissato al 1° gennaio 2017 e da ultimo prorogato con il d.l. n. 183 del 31 dicembre 2020 al 1° gennaio 2022. Sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano si v. ora il d. legisl. n. 52/2019.

⁵⁷ Su questi aspetti si rinvia a S. MANGIAMELLI, *Il riparto Stato-Regioni tra assetto delle materie e disciplina delle fonti*, in www.forumcostituzionale.it (2004).

⁵⁸ Corsivo non testuale.

⁵⁹ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁶⁰ La relativa tutela è stata introdotta dalla legge n. 413/1993.

e anche dopo la pronuncia della Corte – una dettagliata «mappa degli interessi in gioco, valutando», poi,

«quanto la protezione di uno comprima la tutela dell’altro, badando che nessuno venga interamente sacrificato, che il sacrificio sia proporzionato, che non vi siano soluzioni meno costose che limitino il sacrificio richiesto, che comunque il sacrificio non tocchi i “contenuti essenziali” del diritto o interesse in questione»⁶¹.

In definitiva, una vera *summa* dei criteri mediante i quali svolgere corrette operazioni di bilanciamento: l’esito è nel senso di consentire la sperimentazione scientifica sugli animali – avvalorata dalla stragrande maggioranza dei ricercatori – ammettendo perciò che si proceda anche oltre il “cerchio” della ricerca puramente teorica: ciò viene tuttavia corredato da una serie di solidi paletti che certamente proteggono dalle possibili esorbitanze della ricerca applicata così come dall’inconsulta previsione di divieti draconiani. Un punto d’equilibrio che, come ammette la stessa Corte, potrà anche evolvere nel tempo, ove mutassero le conoscenze scientifiche in materia.

5. Segue. La Corte “cambia cavallo” e non censura un errato bilanciamento legislativo: il caso della sperimentazione sugli embrioni

Come ogni disegnatore di “mappe”, anche la Corte può nutrire dubbi sul tracciato da vergare sulla carta o imboccare traiettorie non proprio coerenti con i tragitti già disegnati.

Esattamente antitetica rispetto alla vicenda appena illustrata pare pertanto la posizione che essa ha assunto con riguardo alla disciplina di un altro ambito di ricerca alquanto “sensibile” e “divisivo”: la sperimentazione sugli embrioni umani. Anche in questa circostanza si era quindi al cospetto di fattispecie in cui la scienza assume sia il ruolo di “oggetto”, sia, contemporaneamente, quello di “soggetto” di disciplina.

Nella sent. n. 84/2016 la Corte affronta dunque la *quaestio* promossa avverso la roboante normativa italiana che introduce il «divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica e sperimentale che non sia finalizzata alla tutela dell’embrione stesso»⁶². Essa giunge però, in tal caso, a conclusioni decisamente “ostili” alla libertà di ricerca orientata al “bene comune”, pur quando le si chiedeva comunque di circoscriverne l’operatività in modo da tutelare proporzionatamente anche altri interessi di rilievo costituzionale. Le si chiedeva, cioè, di bilanciarli adeguatamente, cassando le nette semplificazioni del legislatore.

In altri termini, la Corte pare dunque respingere, nel caso, esattamente il “modo di fare e pensare” che essa stessa aveva adottato nella sua sentenza sulla sperimentazione animale. In questa circostanza la Corte «sposa [infatti] una concezione discussa e discutibile di “vita” e di “persona”», muovendo dal presupposto legislativo (del tutto ideologico e assiologico) per cui l’embrione e la stessa

⁶¹ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 15.

⁶² Art. 13, commi 1, 2 e 3 della legge n. 40/2004.



blastocisti⁶³ siano da assumersi quali “uno di noi”⁶⁴; da ciò scaturisce la sua “tolleranza” verso proibizioni assolutamente rigide e valide *erga omnes*⁶⁵.

Con il suo divieto senza graduazioni, la disciplina italiana della materia implementa di certo un’opzione miope ed “estrema”; essa evidenzia – come molte altre disposizioni della legge n. 40/2004 (ormai assurta a un autentico “caso di scuola”)⁶⁶ – il più profondo «vizio d’origine» di quest’ultima: aver preteso di sostituire i valori, i principi e il *modus operandi* che caratterizzano «gli ordinamenti costituzionali liberal-democratici con un fondamento d’autorità»⁶⁷ senza sfumature.

Nella circostanza è proprio il giudice rimettente a perseguire dunque il “giusto mezzo”, invocando, cioè, una congrua ponderazione tra i valori in gioco che sfrangiasse le posizioni più estreme sposate dalla legge e incarnasse – all’opposto – un assennato equilibrio tra i numerosi interessi costituzionali che punteggiano la materia: tra questi emergono senz’altro la libertà di ricerca, la tutela della salute, la protezione degli embrioni nella “giusta misura”. L’ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze pratica, cioè, la strada già battuta dalla Corte nella sua costante giurisprudenza e plasticamente riversata nella motivazione della sent. n. 166/2004: è questa la bussola che ha ispirato il giudice *a quo* ma che la Corte disattende in modo plateale.

Il rimettente sollecitava pertanto una sentenza additiva che riplasmasse la norma impugnata, temperandone l’assolutezza proibizionista e le sue inevitabili conseguenze. L’obiettivo consisteva nel permettere – una volta ottenuto il *placet* degli aspiranti genitori – la «ricerca scientifica bio-medica» sugli embrioni giacenti, «in funzione (anche) della tutela della salute come diritto fondamentale dell’individuo e interesse della collettività»⁶⁸. Attività da svolgersi inoltre – ed era un altro limite di non poco momento – nei confronti di embrioni non già appositamente (e strumentalmente) concepiti a fini di ricerca, bensì soltanto nei confronti di quelli non più impiegabili nelle pratiche di procreazione assistita (benché originariamente creati per tali scopi)⁶⁹; a ciò si sarebbero potuti e dovuti aggiungere poi altri controlli e garanzie procedurali. Veniva in tal modo delineata un’alternativa ragionevole all’altrimenti sterile attesa del loro inutile decomporsi ma anche all’opposta pretesa di poterne crearne a piacimento e per un qualsiasi scopo (anche scientifico).

È evidente che il giudice *a quo* reagiva in tal modo alla volontà della legge di procedere a una

«completa negazione delle esigenze individuali e collettive sottese all’attività di ricerca scientifica, proprio in quei settori quali la terapia genica e l’impiego delle cellule staminali embrionali che la comunità medico-scientifica ritiene tra le più promettenti per la cura di numerose e gravi patologie»⁷⁰.

⁶³ Ossia quella fase di sviluppo che taluno definisce addirittura pre-embrionale.

⁶⁴ R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica*, cit., 224.

⁶⁵ Sul punto si v. le osservazioni svolte da Simone Penasa in questo fascicolo, § 2.

⁶⁶ Sulla sequenza di decisioni costituzionale che ne ha letteralmente rivoluzionato i contenuti (riportando la relativa disciplina nell’alveo dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali da essa inizialmente violati) si rinvia, nel dettaglio, al sito <https://www.biodiritto.org/Dossier/Come-e-cambiata-la-legge-40-2004-2017>.

⁶⁷ G. D’AMICO, *Le vicende della legge n. 40 del 2004 come esperienza paradigmatica del costituzionalismo contemporaneo*, in S. AGOSTA, G. D’AMICO, L. D’ANDREA (a cura di), *La Procreazione Medicalmente Assistita. Bilancio di un’esperienza. Problemi e prospettive*, Napoli, 2017, 42.

⁶⁸ Punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

⁶⁹ C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche sulla sent. n. 84 del 2016*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 162 s.

⁷⁰ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

Tra le righe, pare altresì evidente come il rimettente trasferisse in questi ambiti quanto analogamente ispira la disciplina dei trapianti, laddove il soggetto che versi in uno stato di morte cerebrale non viene lasciato deperire senza costruito, venendogli invece riconosciuta la dignità di poter assolvere ai suoi doveri verso gli altri attraverso il dono solidale dei propri organi (*ex art. 2 Cost.*)⁷¹.

Chi, nel caso, si allontana non poco dal percorso che essa stessa ha contribuito a forgiare in altre sue sentenze pare invece essere la Consulta.

Con una sequela di argomentazioni alquanto friabili, essa si orienta infatti per una decisione d'inammissibilità della *quaestio*, trincerandosi oltre lo schermo della discrezionalità del legislatore⁷²: fissa addirittura un suggestivo catalogo delle opzioni e dei "bivi concettuali" rimessi alla sensibilità di quest'ultimo, allorché esso decidesse di porre mente al problema optando per una soluzione più ragionevole⁷³.

Ciò, tuttavia, non significa affatto che (all'atto pratico) essa abbia "deciso di non decidere" (come potrebbe apparire): così operando essa avalla infatti, *sine die*, le scelte del Parlamento⁷⁴. Anche perché non le mancava certo la possibilità di ricorrere a strumenti decisori meno arrendevoli. Li avrebbe potuto estrarre dalla sua sempre più folta faretra di "risorse" già sfruttate proprio con l'intento di non rimanere a braccia conserte pur a fronte dell'inerzia del Parlamento, senza però "urtarne" troppo intensamente la suscettibilità⁷⁵. E, nel caso, avrebbe avuto addirittura a disposizione "rime" immediatamente utilizzabili ai fini di una sua efficace pronuncia manipolativa⁷⁶, o, quanto meno, esistevano evidenti spazi per un'additiva di principio.

Il fatto che la *quaestio* rimandi a un tema «gravido di implicazioni etiche oltre che giuridiche» – e che da ciò essa ne ricavi un ostacolo al proprio intervento – dovrebbe in realtà interessare la Corte solo (e

⁷¹ Tra i tanti che hanno proposto una tale (convincente) similitudine si v. C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004*, in *Diritto pubblico*, 2004, 521 s.

⁷² «Quale interprete della volontà della collettività», «tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale» (punto 11 del *Considerato in diritto*).

⁷³ Punto 11 del *Considerato in diritto*.

⁷⁴ La Corte legittima, cioè, anche gli orientamenti del tutto contrari alla ricerca sugli embrioni "sempre e comunque": v. criticamente A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati, (a margine di C. cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 247.

⁷⁵ Si pensi solo al dibattito suscitato dalla sent. n. 242/2019 (che pone termine al c.d. "caso Cappato"), ove la Corte introduce, di fatto, una disciplina dell'aiuto al suicidio del malato sofferente, capace e consapevole, dopo aver affermato che le scelte in materia spettano al Parlamento, ma rinviando l'udienza a una data *ad hoc*, così prefigurando una sua futura decisione d'accoglimento (cfr. l'ord. n. 207/2018): tra i tantissimi commenti sia consentito rinviare a P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina", "frena" e "rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, 5 ss. Sull'abbandono, sempre più visibile da parte della Corte, della teoria delle "rime obbligate" quale presupposto essenziale delle sentenze manipolative (anche e specialmente in materia penale) e per l'approdo a una più lasca eventualità che si adottino pronunce additive anche solo in presenza di rime meramente "possibili", si v. A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2019, 785 ss. Per una serrata critica a queste e ad altre strategie decisorie implementate dalla Corte negli ultimi anni si v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 251 ss.

⁷⁶ Facendo ricorso alle normative già disponibili in materia di sperimentazione umana, ad esempio.

soltanto) il giusto: essa non ha del resto espresso ansie analoghe allorché ha definito altre vicende intrise di analoghi intrecci problematici⁷⁷.

Ben più significativo appare invece il fatto che quanto ospitato nelle maglie della legge n. 40/2004 palesemente confligga con la più completa tavolozza dei valori e degli interessi costituzionali troppo grossolanamente manovrati e azzerati dalla normativa impugnata⁷⁸.

Né convince il richiamo al fatto che il conflitto «tra il diritto della scienza», «i vantaggi della ricerca ad esso collegati» e «il diritto dell’embrione», affondi in un terreno sul quale «i giuristi, gli scienziati e la stessa società civile sono profondamente divisi»⁷⁹. Una “frattura” che la Corte addirittura esalta, elencando piuttosto atipicamente – e nel dettaglio – gli argomenti praticati dai sostenitori dell’una e della contraria tesi⁸⁰: un dissidio che – con il suo substrato prevalentemente ideologico e religioso – sarebbe ingenuo pensare possa ricomporsi o coagularsi in una futura unanimità⁸¹.

La Corte ignora dunque tutti quegli elementi che paiono, invece, assolutamente centrali al fine di mettere correttamente a fuoco la *quaestio* sottoposta alla sua attenzione.

È il caso per cui, nella circostanza, si discutesse di embrioni non più impiantabili e, quindi, non più utilizzabili in vista del progetto procreativo per cui erano stati concepiti⁸²; che in Italia sia comunque già consentito svolgere ricerche sperimentali sulle linee embrionali importate dall’estero⁸³; che la maggioranza degli scienziati abbia più volte segnalato l’opportunità di procedere a indagini sperimentali non solo sulle cellule staminali pluripotenti indotte “per regressione”, ma anche sulle cellule staminali embrionali “in senso stretto”⁸⁴: tutti fattori la cui corretta presa in carico avrebbe illuminato di una luce più intensa la centralità da riservare, nel caso, agli artt. 9, 32 e 33 Cost.⁸⁵.

Questa pronuncia evidenzia perciò come, al cospetto di questioni scientifiche controverse, ma ancor di più a fronte di troppo esasperate implicazioni politiche ed etico-religiose, aventi riflessi sulla stessa pubblica opinione, acquisti massimo rilievo l’articolato «contesto fattuale» in cui va immersa la deci-

⁷⁷ Lo ricorda esplicitamente C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale*, cit., 160. Taluni casi, assai noti, sono quelli della sent. n. 27/1975 (in materia di aborto), delle sentt. nn. 151/2009, 162/2014 e 96/2015 (sulla legge n. 40/2004, in materia di procreazione assistita), della sent. n. 242/2019 in materia di fine vita. Si v. G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scienza*, in S. AGOSTA, G. D’AMICO, L. D’ANDREA (a cura di), *La Procreazione Medicalmente Assistita*, cit., 371, che opportunamente menziona anche la sent. n. 414/1995 (sulla definizione di morte cerebrale). Non a caso, proprio chi supporta le conclusioni alle quali giunge la Corte nella sentenza di cui si discute nel testo, lamenta il fatto che essa non abbia adottato le medesime coordinate nelle altre pronunce che hanno letteralmente demolito i pilastri portanti della legge n. 40/2004: si v., ad esempio, G. RAZZANO, *Corte cost. n. 84/2016, sulla tutela dell’embrione e l’interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 223 ss.

⁷⁸ G. SORRENTI, *Note minime*, cit., 372.

⁷⁹ Punto 8.1 del *Considerato in diritto*.

⁸⁰ Punti 10.1 e 10.2 del *Considerato in diritto*.

⁸¹ A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati*, cit., 251.

⁸² Oltre alla già citata presa di posizione di C. CASONATO, si v. anche, tra gli altri, A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati*, cit., 251 s.

⁸³ E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall’estero e legge penale italiana*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, 453 ss.

⁸⁴ C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale*, cit., 165 s.

⁸⁵ *Ibidem*, 162 ss.

sione richiesta alla Corte⁸⁶. Si tornerà su questo profilo anche più oltre⁸⁷: sin d'ora può dirsi però che spesso, in tali circostanze, un fattore prevale dunque sugli altri, e non è affatto detto che vinca necessariamente “il migliore”. Le esigenze e i risultati della scienza, manovrati dal giudice delle leggi e dal legislatore, vengono cioè spesso filtrati e adattati in base, per esempio, alle ipotesi politiche che si contendono “violentemente” il campo, alla difficoltosa comprensione di ciò che è già assodato sul piano scientifico, alle troppo esasperate posizioni emerse in seno all'opinione pubblica, alla coscienza sociale e alla stessa comunità scientifica: elementi che vengono a formare una consistente “massa d'urto” e possono dunque indurre la giurisprudenza costituzionale ad assumere un atteggiamento più o meno netto e deciso in un senso o nell'altro.

La scienza può così diventare, di volta in volta, l'effettiva protagonista nel tarare la bilancia maneggiata dal legislatore e (poi) dalla Corte, così come – all'opposto – venire proditoriamente collocata nelle “retrovie”. Il dato scientifico entra insomma in gioco, nel ragionamento politico-giuridico, quale un elemento accanto agli altri nell'*iter* logico delle scelte normative e delle decisioni che pur lo chiamano in causa⁸⁸: talvolta esso finisce così per supportare, *a fortiori*, l'opportunità di pronunce di accoglimento; altre volte – specie se non ben “compreso” o troppo efficacemente avversato – risulta invece soccombere.

È quanto accade proprio nel caso in analisi: la volontà di non invadere un terreno che si vuole riservato alle sole scelte legislative lascia infatti intonsa una previsione palesemente sbilanciata, irragionevole e controproducente. Un esito che evidenzia come, nella circostanza, la libertà di ricerca scientifica e il diritto alla salute non siano stati adeguatamente collocati nell'esatto *range* che loro compete⁸⁹.

6. Alla scienza (e non al diritto) ciò che spetta alla scienza

Le conclusioni sposate dalla Corte nella sent. n. 84/2016 – di sostanziale *favor* (o “indifferenza”) verso la scelta ideologica del legislatore tesa a limitare oltremodo taluni filoni di ricerca scientifica – appaiono ancor più fuori luogo se raffrontate ad altre sue prese di posizione in contesti forse meno problematici ma ugualmente divisivi.

⁸⁶ G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 97 s., il quale sottolinea come è proprio dall'acquisizione di tale “contesto” che andrà formandosi la regola che costituirà il parametro del giudizio. Si pensi a quanto accadde anche nella sent. n. 185/1998 sul c.d. “caso Di Bella”. La Corte decide senza alcun riferimento al fondamento scientifico del trattamento medico in discussione (che afferma essere incerto ma «non implausibile»), fondando la propria pronuncia solo sul «fatto legislativo» consistente nell'avvio della relativa sperimentazione. Questa ha creato aspettative negli affetti da patologie tumorali in stato avanzato, così da ritenersi illegittima la loro esclusione dal percorso sperimentale oltre che dalla disponibilità gratuita dei farmaci (creandosi discriminazioni fondate sulla disponibilità economica dei singoli).

⁸⁷ V. *infra* nelle Conclusioni.

⁸⁸ Per riflessioni più ampie si rinvia al mio *Le cognizioni scientifiche e la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 605.

⁸⁹ Si v. le pronunce opportunamente citate e analizzate da 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*, 2015, 2, 295 ss., le quali talvolta conducono a decisioni d'illegittimità costituzionale ma altre – appunto – ad approdi simili a quelli di cui alla sent. n. 84/2016.

Valgano, in tal senso, i contenuti di una delle pronunce da essa adottate nel controverso “caso Di Bella”⁹⁰.

Nella sent. n. 121/1999 la Corte sviluppò infatti un concetto che avrebbe poi ulteriormente precisato e valorizzato in altre sue decisioni: in sintesi, non spetta né al legislatore, né ai giudici, stabilire se una terapia o una ricerca scientifica finalizzata alla cura abbiano efficacia o meno; solo gli scienziati possono pronunciarsi al proposito con cognizione di causa⁹¹. E benché, nel caso, fossero utilizzati, a mo' di parametri, i soli artt. 23, 95, 97 e 102 Cost. it., parve sin da subito chiaro che a essere in palio era una posta assai più alta: la libertà di ricerca scientifica, la corroborata autorevolezza delle conclusioni raggiunte appoggiandosi agli *steps* del metodo galileiano (e non ad altro), gli effetti virtuosi che solo un simile approccio può determinare sul piano della salute individuale e collettiva perseguite dalla pratica medica.

Coerentemente, la Corte afferma perciò che costituisce un esercizio «abnorme» del potere giurisdizionale⁹², ogni tentativo di «rivalutazione dei giudizi resi dagli organismi tecnico-scientifici che hanno coordinato la sperimentazione»⁹³, inseguendo, va da sé, l'evidente scopo di sconfessarli. Obiettivi che devono quindi essere sottratti a qualsivoglia altro potere, fosse pure quello legislativo.

Ancora una volta si distingue dunque il “dentro” e il “fuori” da un “cerchio ideale” e protetto, avente contenuti che devono essere lasciati nell'assoluta disponibilità della scienza.

Per quest'ultima si delinea così un'altra “zona franca” rispetto alle potenziali aggressioni di qualsivoglia potere dello Stato.

7. Segue. “Deleghe di bilanciamento in concreto” (a favore della scienza)

Tale conclusione è corroborata da altre decisioni costituzionali, le quali esplicitano la stessa presa d'atto: taluni terreni d'azione propri alla scienza e alla medicina sono esclusi dal capriccioso e ideologico intervento legislativo, il quale può regolarne, al più, le applicazioni pratiche o sperimentali solo se entrassero concretamente in gioco altri interessi e diritti di rango costituzionale (da bilanciare adeguatamente).

In un ormai famosissimo passaggio contenuto nelle sentt. n. 282/2002 e n. 338/2003, la Corte sancisce quindi 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

⁹⁰ La vicenda riguardava l'utilizzo di un particolare cocktail di farmaci (il c.d. “multitrattamento”) del quale si sostenevano le enormi potenzialità curative (in riferimento alle patologie tumorali) ma che non era stato sottoposto a una corretta sperimentazione scientifica (che poi ne rivelò l'inutilità). Il caso – opportunamente montato da talune parti politiche e presso l'opinione pubblica – diede il via a una serie di pronunce (anche costituzionali: oltre a quella citata di seguito nel testo si v. la sent. n. 185/1998).

⁹¹ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 21.

⁹² Punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁹³ Punto 3 del *Considerato in diritto*.

responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione».

L'autonomia riconosciuta al medico e il suo «obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali» già raggiunte – configurando tutto ciò un limite per la legittimità della sua azione – costituiscono, dunque, «il punto d'incrocio dei principi» che innervano la materia⁹⁴.

Esistono, quindi, margini d'intervento per il legislatore, ma questi non sono affatto illimitati. Egli può, ad esempio, stabilire procedure particolari per avviare e autorizzare trattamenti terapeutici a rischio, ma mai incidere sul «merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza»; questo non è un terreno sul quale possa esplicarsi una «pura discrezionalità politica», la quale deve quindi fondarsi sullo «stato delle conoscenze scientifiche ed evidenze sperimentali acquisite» per il «tramite di istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico scientifici”»⁹⁵.

Men che meno sarebbe legittimo che il legislatore intervenisse a ostacolare la scienza (e le sue implementazioni) imponendo limiti dettati esclusivamente da visioni ideologiche “di parte” o da ipotesi etico-religiose, calate sul tavolo anche a scapito di altri beni costituzionalmente tutelati⁹⁶.

La Corte delinea dunque – in base alla Costituzione – una doppia sfera di autonomia privilegiata e rafforzata: quella degli organismi scientifici che svolgono le sperimentazioni – pur nei limiti già indicati allorché entrino in gioco altri beni costituzionalmente significativi – nonché quella dei medici, i quali, a valle, ne applichino opportunamente gli approdi («sempre con il consenso del paziente» e alla luce della particolare fisionomia del caso)⁹⁷.

Si profila quindi, per questi “operatori”, un'autentica “delega di bilanciamento in concreto”: la riserva, cioè, di un ambito d'azione esclusivo a favore degli esperti che si trovino a decidere nel luogo più vicino a quello in cui si accende il caso che occorre risolvere⁹⁸.

Sono approdi senz'altro “forti” – oltre che ragionati e misurati – ai quali la Corte non esita a ricorrere anche quando si trovi a inquadrare altri contesti sostanzialmente analoghi⁹⁹: autorevole segnale del

⁹⁴ Così nella sent. n. 282/2002, punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁹⁵ Punto 5 del *Considerato in diritto*. Si ribadisce qui quanto affermato anche nella sent. n. 185/1998 sul “caso Di Bella” (che viene espressamente citata).

⁹⁶ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 19. V. anche E. CHELI, *Scienza, tecnica, diritto*, cit., 6.

⁹⁷ Sul ruolo sempre più pregnante assolto dal “consenso informato” – quale “nuovo” diritto fondamentale sgorgante dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. – si v. la sent. n. 438/2008 e la sent. n. 353/2009.

⁹⁸ Sulla “delega di bilanciamento in concreto” (generalmente rivolta ai giudici) si v. l'intuizione di R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 120 ss. L'applicazione di tale strategia decisoria con riguardo, però, al campo degli operatori sanitari, è stata già sottolineata nel mio *Le cognizioni scientifiche e la Costituzione*, cit., 607. Applica efficacemente questa categoria alla giurisprudenza costituzionale in materia biogiuridica anche S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 300 e 305. In senso del tutto analogo, ragiona di una «riserva di scienza» C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., 6.

⁹⁹ Si v., ad esempio, le sentt. n. 151/2009, n. 162/2014 e n. 96/2015 sulla procreazione assistita (con la conseguente sent. n. 229/2015), in cui la delega è assegnata ai medici specialisti (v. tra gli altri C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., 7); la sent. n. 188/2000, sulla definizione dell'elenco delle patologie tumorali per le quali si può accedere alla somministrazione gratuita dei farmaci, in cui si chiamano in causa gli «organi tecnico scientifici della sanità»; la sent. n. 307/2003 sull'inquinamento elettromagnetico (che si rifà agli organi competenti); la sent. n. 8/2011, sull'utilizzo dei farmaci *off-label* (punto

fatto che tale sbocco incarna un “punto fermo” della sua giurisprudenza. Si tratta senz’altro dell’atteggiamento consono a un ordinamento democratico e “illuminista”, specie a fronte di scelte difficili quando non addirittura «tragiche» o, in vario modo, dirompenti¹⁰⁰.

8. Il “credito” riconosciuto al legislatore e il sindacato sulla “ragionevolezza scientifica” delle leggi

Dai casi appena presi in esame emerge dunque come la legge – in quanto frutto di scelte discrezionali talvolta dettate da ragioni squisitamente politiche – possa spesso entrare in collisione con gli approdi della scienza variamente intesa, con gli esiti delle più collaudate sperimentazioni scientifiche e con le conseguenti acquisizioni della medicina; in altra prospettiva, essa potrebbe inoltre essere tentata di violare le condizioni richieste (e garantite) affinché queste attività si svolgano in modo consono ai principi costituzionali, frapponendo ostacoli non giustificati.

Analizzando la più consolidata (e convincente) giurisprudenza costituzionale in materia, ne deriva che se le stesse acquisizioni scientifiche devono essere assunte dal legislatore nei modi (e nei limiti) anzidetti¹⁰¹, ciò comporta che esse debbano essere utilizzate altresì quali parametri dei giudizi sulle leggi che ne ignorino (o ne contrastino irragionevolmente) gli esiti¹⁰². Assumendo cioè la scienza quale “soggetto” *tout court* del “fare diritto”¹⁰³.

Sotto un altro punto di vista, le acquisizioni scientifiche e tecnologiche possono entrare in campo anche quali inevitabili stimoli e «motori» dell’interpretazione legislativa e costituzionale, così da consentire magari “oggi” quel che “ieri” non era neppure pensabile in base alle medesime norme e ai “fatti scientifici” allora a disposizione¹⁰⁴.

Sono questi gli ambiti in cui può esprimersi quel sindacato sulla «ragionevolezza scientifica delle leggi», il quale realizza un ulteriore capitolo del più generale controllo di ragionevolezza sempre più

1.1.3 del *Considerato in diritto*), la sent. n. 5/2018 sulla reintroduzione delle vaccinazioni obbligatorie, che si fonda su quanto avallato dagli esperti (punto 7.2.2 del *Considerato in diritto*).

¹⁰⁰ G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Milano, 1999, *passim*.

¹⁰¹ La scienza costituisce cioè un fattore di determinazione e costante rinnovamento del diritto: G. D’AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 261. V. altresì, dello stesso A., *Le vicende della legge n. 40 del 2004 come esperienza paradigmatica del costituzionalismo contemporaneo*, cit., 41 s.

¹⁰² V., ad esempio, C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., spec. 8 ss. C. DI COSTANZO, A. SIMONCINI, *Il contributo della Corte costituzionale*, cit., 209, ragionano, a tal proposito, di una «relazionalità cognitiva» (tra il giudice delle leggi e le conoscenze scientifiche).

¹⁰³ In tali operazioni la Corte potrà ora fare uso del suo recente intervento sulle sue *Norme Integrative* che regolano il processo costituzionale (gennaio 2020): con esse si è infatti regolamentata la figura degli *amici curiae* nonché la possibilità che la Corte consulti «esperti di chiara fama» ove «ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline». Si v., *ex multis*, G. BATTAGLIA, *Dall’intervento di terzi a Strasburgo all’“apertura” del processo costituzionale*, in *Studium iuris*, 12, 2020, 1485 ss.

¹⁰⁴ Si v., più distesamente, P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir.), *Trattato di Biodiritto*, tomo 1 - *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, 139 ss.

spesso praticato dalla Consulta¹⁰⁵. La scienza può così essere configurata quale un vero «parametro interposto di costituzionalità»¹⁰⁶, e la legge di volta in volta sotto esame essere quindi sottoposta a un penetrante «giudizio scientifico» che consenta di metterne in risalto l'illegittimità¹⁰⁷: un vero e proprio «vincolo modale», la cui «intensità» finisce per essere «influenzata dal livello di “stabilità” o di incertezza del presupposto scientifico»¹⁰⁸.

Si tratta di approcci i quali paiono ricalcare – *mutatis mutandis* – quanto elaborato dalla Corte nella sua giurisprudenza sull'illegittimità dei decreti legge adottati in assenza dei presupposti previsti dall'art. 77 Cost. it. In tali sue pronunce essa ha infatti più volte chiarito che è possibile sancirne l'incostituzionalità solo in quanto sia palese l'«evidente mancanza» dei loro requisiti¹⁰⁹.

Assai simile pare dunque l'atteggiamento che la Corte adotta nella sua giurisprudenza sull'illegittimità delle leggi che contrastino con le sicure risultanze della scienza. Essa – di norma – muove pertanto da una sorta di «presunzione favorevole» circa la ricezione dei dati scientifici operata dal legislatore¹¹⁰. Tale punto di partenza può essere tuttavia disatteso in presenza di un «contrasto con [...] sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire». Perché avvenga ciò occorre dunque che «i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo un'interpretazione ed un'applicazione razionali da parte del giudice»¹¹¹. Solo ove siano in discussione approdi scientifici assolutamente certi possono perciò imporsi all'attività discrezionale del legislatore taluni (solidissimi) limiti. Per verificare ciò la Corte dovrà dunque rifarsi alle più diffuse e consolidate acquisizioni della scienza¹¹², intendendo quest'ultima come la disciplina fondata sul rigore del metodo scientifico¹¹³.

¹⁰⁵ Si v. S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 284, nonché, da ultimo, S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 353. Ragiona – analogamente – di «un'istanza di razionalità scientificamente orientata» che si esprime ed è immanente al diritto costituzionale, A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 273.

¹⁰⁶ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 177 s.

¹⁰⁷ G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 37 s., che ricostruisce i tratti di tale giudizio ancorandosi al criterio della “pertinenza”.

¹⁰⁸ A. D'ALOIA, voce *Biodiritto*, in U. POMARICI, *Atlante di filosofia del diritto*, II, Torino, 2012, 56.

¹⁰⁹ Come noto, questa giurisprudenza è stata inaugurata dalla sent. n. 29/1995 e ha avuto una delle sue più recenti applicazioni nella sent. n. 5/2018 (alla quale si rinvia per i riferimenti alle ulteriori decisioni costituzionali in materia). Per il rilievo che i dati scientifici assumono ormai anche per giudicare della legittimità dei decreti legge v. S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche*, cit., 365, che porta a esempio la sent. n. 5/2018.

¹¹⁰ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 6.

¹¹¹ Così nella sent. n. 114/1998, punto 5 del *Considerato in diritto*. Altri esempi in tal senso si ritrovano nella sent. n. 323/2008, punto 2.2 del *Considerato in diritto* (ove si evoca il riferimento al dato scientifico più aggiornato), e nella sent. n. 307/2003, punto 7 del *Considerato in diritto*. Riferimenti al dato scientificamente provato si trovano anche nella sent. n. 55/2019 (sul Talidomide). Un tale approccio sarebbe anche presente nella giurisprudenza costituzionale tedesca: R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 331 s. Su questo punto si v. ora anche S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche*, cit., 360 s.

¹¹² M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, cit., 623.

¹¹³ G. D'AMICO, *Le vicende della legge n. 40 del 2004*, cit., 40 s.

È la strada praticando la quale la Corte può colpire l'illegittimità di scelte legislative evidentemente immotivate e irragionevoli sotto il profilo scientifico¹¹⁴. Pronunce in cui la Corte acquisisce dati scientifici mediante le allegazioni dei giudici *a quibus*, da proprie fonti informali, in quanto ritenga che esse facciano ormai parte di un patrimonio di conoscenze comuni nonché, a decorrere dal gennaio 2020, mediante il coinvolgimento diretto di esperti o l'ausilio di *amici curiae*¹¹⁵. Atteggiamento che, soprattutto in passato, non ha escluso del tutto il rischio che la Corte adeguasse il proprio responso a soluzioni scientifiche non proprio aggiornate¹¹⁶.

Un modo di fare che si ripropone – in direzione contraria – allorché le leggi vengono “salvate” dalla Corte proprio in quanto la soluzione adottata dal legislatore sia pianamente suffragata da quanto si evince anche dalla scienza¹¹⁷.

Ma questi sono percorsi argomentativi e approdi decisori che non producono particolari strattoni.

9. Segue. Di contro, lo “spazio” (variabile) concesso al diritto

Quando i sicuri riferimenti scientifici ancora manchino, oppure quando entrino prepotentemente in gioco – assieme al dato scientifico – altri elementi costituzionalmente rilevanti (ad esempio allorché si ragioni di concrete sperimentazioni sull'uomo o su peculiari applicazioni dei nuovi assunti della scienza), oppure ancora quando si discuta di filoni di ricerca fortemente contrastati da *lobbies* variamente autorevoli, il legislatore e la stessa Corte recuperano – com'è inevitabile – più ampi spazi di manovra. Se ne è, del resto, già incidentalmente trattato¹¹⁸.

In altri termini,

«quando le ricadute operative del progresso scientifico finiscono per avere implicazioni (non solo sulla sfera giuridica del singolo, sulla sua autonomia ma) sul complesso delle relazioni sociali e sugli *altri*, emergono con evidenza accanto ai risvolti etici quelli di natura più propriamente giuridico-costituzionale»¹¹⁹.

¹¹⁴ Si v., ad esempio, le sentt. n. 266/2006, n. 559/1997, n. 438 e n. 439/1995, ord. n. 111/1990, sent. n. 96/1981.

¹¹⁵ Dopo le già citate novità introdotte nelle sue *Norme integrative* (si v. *supra* la nota 102).

¹¹⁶ Si v., ad esempio, la sent. n. 226/1974 in materia radiotelevisiva, in cui la Corte contrappone proprie informazioni a quanto contenuto in un parere del Consiglio Superiore Tecnico delle Telecomunicazioni: cfr. Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso agli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 170.

¹¹⁷ Tra le tante si v. le sentt. n. 160/1977, n. 161/1985, n. 49/1995 e l'ord. n. 306/2001. Particolarmente limpida è la sent. n. 414/1995, in cui la Corte, ragionando del nuovo concetto di “morte cerebrale”, afferma che esso è del tutto giustificato allo stato dell'arte e delle acquisizioni scientifiche (alludendo in tal modo anche a sempre possibili cambiamenti di rotta).

¹¹⁸ V. *supra* § 5. Sul tema si v. altresì E. CHELI, *Scienza, tecnica, diritto*, cit., 3, per il quale «la migliore conoscenza della realtà che la scienza, nella oggettività dei suoi prodotti, è in grado di offrire al diritto, può contribuire alla maturazione delle decisioni che l'operatore giuridico è chiamato ad adottare ma non può mai surrogarne la volontà che viene a trovare il suo fondamento e la sua legittimazione nel circuito politico attivato dalla sovranità popolare».

¹¹⁹ G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura*, cit., 78.

Da questa stessa premessa scaturisce anche la cautela con cui la Corte si è espressa, ad esempio, su almeno talune questioni attinenti alle prime tappe del “caso Di Bella”, e persino – in parte – quanto essa ha concluso nell’ambito dell’ancora più raccapricciante vicenda “Stamina”¹²⁰.

Le decisioni alle quali si allude sono state infatti adottate del tutto a prescindere dall’accertamento della fondatezza o infondatezza scientifica di quanto costituiva oggetto della disciplina impugnata, concentrando invece e prevalentemente l’attenzione – soprattutto nel primo caso¹²¹, più limitatamente nel secondo¹²² – sulla valutazione dei corretti e degli scorretti bilanciamenti tra i diritti e le aspettative (costituzionali) rilevanti nelle due circostanze fattuali (esattamente circoscritte). In base, cioè, ad assunti squisitamente giuridico-costituzionali, ritenuti comunque risolutivi quanto meno «in via provvisoria»¹²³, a prescindere dal resto (talvolta ancora da appurare, ma talaltra no).

Un *trend* – quest’ultimo – che ha avuto modo di manifestarsi in ulteriori vicende. Come a dire che i giudizi formulati dalla Corte – e, ancor prima, quanto stabilito dal legislatore – spesso richiedono che il dato scientifico sia messo a sistema con altri elementi giuridicamente di rilievo e che, talvolta, il primo non sia neppure decisivo. Anche in casi così discussi e aberranti, come quelli appena sopra menzionati, vi possono insomma essere pieghe, sia pur circoscritte, in cui la prospettiva giuridica sovravanza quella scientifica in senso stretto, la quale adotterebbe invece assunti assai più *tranchant*.

Un’ulteriore conferma del fatto che l’esito dei giudizi di costituzionalità, così come le scelte nella disponibilità del legislatore, non sempre coincidono con quanto scaturirebbe dalla piana applicazione delle possibilità messe a disposizione della scienza (ove queste, cioè, non fossero adeguatamente filtrate da ulteriori elementi di rilievo giuridico-costituzionale)¹²⁴, oppure che, in altri casi, la soluzione da adottare prende spunto, innanzi tutto, dai dati giuridici a disposizione e dal complessivo “contesto” in cui ci si trova a operare piuttosto che dalla “forza” delle risultanze scientifiche.

Spesso i dati scientifici si collocano quindi nell’*iter* logico del legislatore e della Corte «come parte di un ragionamento che resta comunque basato su argomenti di diritto e precedenti di giurisprudenza»¹²⁵. Ciò emerge soprattutto quando il dato scientifico non sia inequivocabile, oppure quando, accanto o anche al di là di quest’ultimo profilo, vengano contemporaneamente in rilievo altre esigenze sociali, altri diritti, l’esigenza di approntare opportune precauzioni, nuove determinazioni della cultu-

¹²⁰ Nella sent. n. 272/2014 la Corte afferma che la particolare situazione fattuale in cui è intervenuto il legislatore avrebbe giustificato la continuazione delle terapie già iniziate con esiti apparentemente positivi e non già la sua estensione anche chi non vi era ancora stato sottoposto. Una decisione, quindi, diversa da quella seguita nel citato “caso di Bella” e forse determinata dal fatto che cominciavano a fluire dati sulla sperimentazione che rivelavano l’assoluta inutilità (quando non la pericolosità) della sedicente terapia. Significativo altresì che nello stesso senso si fosse pronunciata anche la Corte Edu, con la sent. 6 maggio 2014, Durisotto c. Italia. Per una ricostruzione dell’intera vicenda (nei suoi risvolti giuridici) si rinvia a P. VERONESI, *Al crocevia del “caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali”*, in www.forumcostituzionale.it (11 luglio 2014).

¹²¹ Esemplificativo quanto accadde nella sent. n. 185/1998 (appunto sul “caso Di Bella”): v. quanto già precisato *supra* alla nota 85.

¹²² V. *supra* la nota 89.

¹²³ S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche*, cit., 363 s.

¹²⁴ Si è già avuto modo di affrontare il tema (e illustrare esempi) in P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, 610 ss. Ma si pensi altresì ai casi emblematici (e già menzionati) della ricerca sugli embrioni non adeguatamente “bilanciata” o a un’analogha sperimentazione sugli animali e sull’uomo.

¹²⁵ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 5.

ra giuridica, il mutamento delle cognizioni scientifiche e delle possibilità tecnologiche, persino l'atteggiamento dell'opinione pubblica o di taluni gruppi di pressione¹²⁶. Fattori che potrebbero – giustamente o ingiustamente – essere ritenuti prevalenti dal legislatore e/o dalla Corte¹²⁷.

10. Un “nuovo diritto”: il “diritto alla scienza”

Se la scienza costituisce oggetto delle libertà e dei diritti previsti in Costituzione (già richiamati), se essa costituisce inoltre – in dosi e modi diversi – un efficace parametro mediante il quale sondare la legittimità delle leggi, e se essa forgia altresì strumenti posti nelle mani di tutti i giudici per la soluzione delle fattispecie sottoposte alla loro attenzione¹²⁸, l'ulteriore conferma che la scienza costituisce un “diritto costituzionale accanto agli altri” deriva dal dibattito sull'opportunità di plasmare un “nuovo diritto” fondamentale a essa attinente, estraendolo dai materiali costituzionali già ben conosciuti: come già si anticipava, si ragiona, a tal proposito, di un autentico “diritto alla scienza”¹²⁹.

Anche questo “corollario” suffraga l'idea che le libertà e i diritti attinenti alla scienza (a muovere, principalmente, dagli artt. 9 e 33 Cost. it., senza trascurare l'art. 117, comma 7)¹³⁰, sono davvero dotati delle stesse potenzialità già viste all'opera con riguardo agli altri diritti menzionati in Costituzione: anch'essi forniscono insomma materiale utile per ulteriori effetti “a catena”.

Il nuovo “diritto della scienza” deriverebbe pertanto da una costola dei ben conosciuti principi costituzionali dedicati alla scienza e alla ricerca scientifica (nei loro risvolti “negativi” e “positivi”). Tale ulteriore diritto darebbe, però, più pienamente corpo all'idea per cui la scienza presenta ormai un'ulteriore e inevitabile *mission* (o, addirittura, un'autentica «funzionalizzazione») mirante ad agevolare lo “sviluppo della persona umana”¹³¹. In questa sua traiettoria il nuovo diritto intercetterebbe lo stesso principio di uguaglianza, inteso sia come parità di *chance* da riconoscere agli scienziati, sia (soprattutto) come aspirazione all'uguale godimento dei benefici che scaturiscono dalle scoperte e dalle innovazioni scientifico-tecnologiche¹³².

¹²⁶ 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*, cit., XVII. V. anche S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche*, cit., 366.

¹²⁷ Emblematico è il dibattito sorto in Italia già da qualche anno relativamente alla menzione della «razza» nel quadro dell'art. 3 Cost. it., quale illegittimo motivo di discriminazione. È ormai scientificamente certo che le “razze umane” non esistono (si v., per tutti, G. BARBUJANI, *L'invenzione delle razze. Capire la biodiversità umana*, Firenze, 2006), eppure non è affatto sicuro che sia consigliabile eliminarne il riferimento dal testo costituzionale, posto che il razzismo rimane un fenomeno comunque conosciuto e sempre in agguato: si rinvia alla meticolosa e convincente analisi di questo dibattito svolta da G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura*, cit., 47 ss.

¹²⁸ Cfr. S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., spec. 298 ma *passim*.

¹²⁹ Suggestioni in tal senso si reperiscono già in R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica*, cit., 227 ss.

¹³⁰ D'AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, cit., 13, menziona, a tal proposito, anche l'art. 117, comma 7, e richiama l'art. 27 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948, oltre che l'art. 15 del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali del 1966 (p. 13).

¹³¹ L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, cit., 118 ss.

¹³² G. D'AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, 7.

È dubbio che un simile approdo sia davvero indispensabile; in altri termini, non è davvero chiaro se ai medesimi risultati non si possa giungere interpretando le disposizioni costituzionali già specificamente dedicate alla scienza. È, anzi, molto probabile che sia effettivamente così.

Questa tesi ha tuttavia il merito di sottolineare uno spunto sempre più evidente: l'emergere, cioè, della rivendicazione collettiva dei benefici resi possibili dagli avanzamenti scientifici, andando anche oltre la sfera del diritto alla salute *tout court*¹³³. Un fenomeno che – come spesso accade – conosce anche il suo contrario: il rivolgersi cioè – di singoli o di gruppi – a voci scientifiche a dir poco controverse quando non addirittura (e all'evidenza) solo sedicenti tali.

Anche per evitare simili derive verso le spiagge di un «populismo pseudoscientifico» – il quale, per definizione, ama appellarsi «ad una sensibilità diffusa ma non scientificamente fondata» – al (nuovo) diritto alla scienza viene quindi attribuito un ulteriore compito, arduo ma sempre più fondamentale: avviare, cioè, «un percorso virtuoso di riduzione del divario di conoscenze scientifiche tra i cittadini», evitando, in tal modo, «irragionevoli discriminazioni» tra gli stessi e, di risulta, concreti danni sociali¹³⁴.

Anche questo peculiare “diritto alla conoscenza” pare comunque ricostruibile manovrando specifiche norme costituzionali: il problema di fondo al quale con esso s'intende più efficacemente reagire rimane però intonso e sempre più centrale.

11. Conclusioni

L'approdo di questo *excursus* è che – in base alla Costituzione – nel rapporto tra scienza, diritto e politica, vanno sempre accuratamente evitate le scelte “estreme” e immotivatamente disposte a favore dell'uno o dell'altro di tali fattori in gioco. Nessuno di tali elementi può insomma divenire “tiranno” nei confronti dell'altro¹³⁵. Come accade, del resto, per ogni prerogativa degna di essere desunta dalla Carta: non siamo insomma al cospetto di una novità.

Se, sotto taluni aspetti (e muovendo dalla Costituzione), la scienza deve quindi essere tutelata “senza se e senza ma” nei confronti delle possibili ingerenze del legislatore o degli altri poteri dello Stato – è quanto accade, come si è detto, per la ricerca teorica, per le scelte legislative su materie in cui siano emerse “sicure evidenze scientifiche”, per quanto deve essere lasciato alle conclusioni e alle determinazioni delle istituzioni scientifiche nazionali o sovranazionali, oltre che alle meditate scelte terapeutiche rimesse ai medici e ai pazienti – in altre circostanze (quando, cioè, si transiti sul piano sperimentale, quando ciò che sarebbe scientificamente e tecnicamente raggiungibile appaia in contrasto con altri diritti costituzionali, quando il dato scientifico sia più o meno incerto ovvero richieda, per la sua implementazione, la presa in carico di altri diritti, interessi e aspettative che potrebbero indurre a mitigarne l'applicazione), i diritti e le libertà connesse alla scienza devono inevitabilmente scendere a patti con altri elementi supportati dalla Carta e destinati (talvolta) a prevalere. Quando ciò accade, è

¹³³ G. D'AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, cit., 11, che cita l'esempio di *internet*. Si pensi inoltre alle enormi potenzialità dell'Intelligenza Artificiale applicata.

¹³⁴ G. D'AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, cit., 11 e 14.

¹³⁵ Si v. la sent. n. 1/2013, sia pur adottata in ben altro contesto ma recante indicazioni valide in via generale.

peraltro sempre all'erta il rischio di adottare decisioni legislative o giurisdizionali variamente sbilanciate in senso "antiscientifico", da doversi poi soppiantare in breve tempo.

Tra scienza e diritto deve insomma instaurarsi un'equilibrata e ragionevole "porosità"; è invece patologico ogni eccesso verso l'una o l'altra estremità del pendolo. Tale approccio rifugge insomma i radicalismi di ogni colore e adotta invece una prospettiva di «relativismo moderato»¹³⁶: un approccio (purtroppo) spesso dimenticato allorché la progressiva (e male interpretata) trasformazione in senso maggioritario della democrazia italiana ha finito per incidere, con accenti nefasti, proprio sulla legislazione che si sarebbe dovuta fondare su dati scientifici sgraditi a chi aveva *pro tempore* le leve del governo¹³⁷.

Come per tutti i diritti, anche per i diritti e le libertà relative alla scienza esistono dunque ambiti di operatività in cui la protezione deve ritenersi assoluta e casi in cui – invece – il diritto o la libertà devono essere bilanciati con altre prerogative; queste ultime concorrono con i primi ai fini di un corretto inquadramento delle singole fattispecie in esame¹³⁸. In queste operazioni – com'è noto – l'errore, le soluzioni solo provvisorie o le diverse sensibilità sono sempre in agguato: assai importante è dunque la motivazione offerta dai giudici o dalla Corte costituzionale, così come – ovviamente – le "ragioni della legge", desunte, ad esempio, dai lavori parlamentari o dai dibattiti (anche estranei alle istituzioni) che ne hanno accompagnato l'iter.

È questo il frangente in cui entrano prepotentemente il gioco il legislatore e l'interprete, con tutta la loro sensibilità e il loro portato di conoscenze: ciò determina infatti il (corretto o scorretto) posizionamento rispetto alla catena delle precedenti decisioni in materia e a quelle che seguiranno¹³⁹. In particolare,

«nel rapporto fra scienza e diritto il legislatore dovrebbe essere in grado di valutare il fatto scientifico e le sue conseguenze prima di tutto alla luce dei soli principi costituzionali onde evitare che l'applicazione o l'uso della scienza possa avere conseguenze che contrastino con i principi della Costituzione, e solo dopo tale riscontro, nel caso, verificare se rimangono spazi alla discrezionalità legislativa coerenti, tuttavia, con i primi due elementi»¹⁴⁰.

Di risulta, anche l'interprete deve porre mano a tutte le risorse a sua disposizione per "correggere" o denunciare la legge che fuoriesca da tali circuiti, evidenziando un vizio di eccesso di potere¹⁴¹. Si è tuttavia visto che, in taluni casi, la decisione richiesta al giudice possa anche prescindere dalla fonda-

¹³⁶ Si rinvia alle coinvolgenti riflessioni ed esemplificazioni di V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, 2017, *passim*.

¹³⁷ Si v. le pertinenti osservazioni di F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020, 14 ss.: esemplare quanto accaduto con la già ricordata approvazione della legge n. 40/2004.

¹³⁸ Si rinvia a R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, fasc. 14, 15 ss. nonché ID., *Libertà della ricerca scientifica*, cit., 217 ss.

¹³⁹ Si v. quanto già approfondito in P. VERONESI, "Valori", "principi" e "regole": tra dimensione positiva e metapositiva della Costituzione, in *Ars interpretandi*, 1, 2014, 37 ss.

¹⁴⁰ F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita*, cit., 24.

¹⁴¹ V. ancora F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita*, cit., 25 ss.

tezza scientifica di quanto è alla base di ciò che si discute, dovendo invece fare i conti con altri fattori ai quali dare priorità o con emergenze tangibili¹⁴².

Come ogni diritto – poi – anche le libertà e i diritti che la Costituzione nitidamente riconosce alla materia scientifica (o che vengono di volta in volta in rilievo accanto ad essa) possono eventualmente “mescolarsi” e dar vita ad altri diritti e libertà; a “nuovi diritti”, cioè, per i quali possono replicarsi i dubbi e le cautele che sempre devono accompagnare queste operazioni creative, spesso effettivamente superflue allorché i medesimi obiettivi (e le identiche tutele) potrebbero raggiungersi anche solo interpretando altre prerogative indicate nella Carta.

Dalla Costituzione scaturiscono, cioè, dei “paletti” e dei “confini” che, con riguardo alla scienza (ex artt. 9 e 33 Cost.), e nelle varie situazioni in cui questa è coinvolta, non vanno vettorialmente valicati né in un senso, né nell’altro. Tranne per ciò che interessa il “nucleo” del diritto – protetto da qualsivoglia ingerenza – per il rimanente si rientra dunque nell’ambito degli usuali giudizi di ragionevolezza, di uguaglianza e di bilanciamento (e che possono dunque essere, di volta in volta, più o meno corretti, giustificati e superabili).

È peraltro questo il destino – per nulla sorprendente – riservato a tutti i diritti e le libertà di rilievo costituzionale (espliciti o impliciti che siano). Anche a quelli riservati alla scienza.

Ciò significa, altresì, che ogni bilanciamento e ogni attuale (pur ragionata) determinazione riguardante la scienza come diritto, come libertà, come elemento da ponderare rispetto ad altri fattori costituzionali, potrà essere – un domani – superato da nuove sensibilità, nuove scoperte, nuove “visioni” e concezioni. I problemi emergono quando il legislatore non asseconi con sufficiente tempismo questi “spostamenti” o preferisca comunque trincerarsi oltre la cortina di opzioni del tutto ingiustificate e solo ideologicamente comprensibili; e ancor di più quando la Corte costituzionale – chiamata in causa – non ritenesse di “andare fino in fondo”, valorizzando i principi personalista, pluralista, di ragionevolezza e d’uguaglianza, nonché la libertà e il diritto alla scienza, alla salute, all’ambiente. Come è emerso dai casi menzionati *supra*, talvolta (obbiettivamente) essa non potrebbe davvero farlo; talaltra, però, gli spazi ci sarebbero ed è solo la pressante incidenza di altri elementi del «contesto fattuale»¹⁴³ entro cui opera a indurla – a ragione o a torto – verso questa deriva. Ma – anche in tal caso – nulla di nuovo sotto il sole: è il prezzo da pagare per tutto ciò che attiene all’agire umano.

¹⁴² V. *supra* § 9.

¹⁴³ Si usa qui la già citata espressione di Giacomo D’Amico.

Il giudice al crocevia tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica dei casi. Riflessioni a partire dalla giurisprudenza italiana

Simone Penasa*

THE JUDGE AT THE CROSSROADS BETWEEN THE TECHNO-SCIENTIFIC ELEMENT AND THE AXIOLOGICAL COMPLEXITY OF REALITY. REFLECTIONS FROM THE ITALIAN CASE LAW

ABSTRACT: Moving from the recognition of a mutually influential relationship between the evolution of bio-law and the role of the judge in contemporary societies, the article aims to offer a systematisation of the main approaches that courts tend to adopt when faced with scientifically characterised cases. The proposed classification is based on the function that scientific data can play within the judicial reasoning, as an instrument of recognition and exercise (at least potential) of fundamental rights of the person, as it happens in the context of the beginning of life; or, alternatively, as a context of manifestation of these rights, and of the more general ethical, scientific, and social pluralism that characterizes the issues of bio-law (end of life).

KEYWORDS: Science; jurisdiction; techno-scientific issues; science autonomy; beginning and end-of-life issues

SOMMARIO: 1. Diritto, scienza e giudice: la reciprocità tra evoluzione del biodiritto e del ruolo del giudice – 2. Giudice e biodiritto: sussidiarietà rispetto alla discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale – 3. Il giudice tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica: una proposta di classificazione – 3.1. Giudice e rinvio all'autonomia medico-scientifica: l'impatto sulla profondità dello scrutinio e sulla tutela concreta dei diritti coinvolti – 4. La scienza integra e definisce la complessità assiologica dei casi: il caso dell'inizio vita – 5. La scienza come contesto di manifestazione del pluralismo assiologico: il fine vita – 6. Riflessioni conclusive: il giudice e la scienza nel prisma della complessità assiologica dei casi.

1. Diritto, scienza e giudice: la reciprocità tra evoluzione del biodiritto e del ruolo del giudice

L'esistenza di una relazione costante tra esercizio della funzione giurisdizionale e utilizzo di dati tecnico-scientifici nel processo rappresenta un ambito ormai consolidato della riflessione dottrinale e della realtà giuridica negli ordinamenti contemporanei¹. Tanto che, sotto molti aspetti, alcuni dei quali verranno analizzati nel presente contributo nella prospettiva

* Ricercatore in Diritto pubblico comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento. Mail: simone.penasa@unitn.it. Contributo elaborato nel quadro del gruppo di ricerca spagnolo "Proyecto DERFUNDAT (PGC2018-093737-B-I00), financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación". Contributo sottoposto a referaggio anonimo. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ *Ex plurimis*, G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, 2, 2004, 412 ss.; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008.

dell'ordinamento italiano, non appare possibile – da un lato – analizzare in modo esaustivo il rapporto tra diritto e scienza senza indagare il ruolo svolto dalle corti all'interno della costante evoluzione che lo caratterizza dal punto di vista normativo e epistemologico²; e – dall'altro lato – l'ormai sistematico coinvolgimento delle corti nazionali in casi connotati da una natura tecnico-scientifica rappresenta una prospettiva privilegiata dalla quale osservare l'evoluzione della natura della funzione giurisdizionale all'interno degli stati costituzionali contemporanei³.

L'intreccio tra diritto, scienza e giurisdizioni rappresenterà l'oggetto del presente scritto, nel quale si affronteranno preliminarmente le due dimensioni appena richiamate – l'evoluzione di ciò che convenzionalmente viene definito biodiritto nel prisma del ruolo svolto dalle corti e il mutamento che caratterizza la giurisdizione (intesa sia come ordinaria che come costituzionale) all'interno dello stato costituzionale – per poi proporre una sistematizzazione dei più consolidati approcci giurisprudenziali in ambiti tradizionalmente ricondotti alla relazione tra diritto e scienza, quali l'inizio e il fine vita. Pur essendo consapevoli di non potere esaurire nel presente contributo le molteplici e complesse questioni giuridiche sollevate dall'intreccio tra diritto e scienza, ci si vuole soffermare sull'esistenza di un rapporto di reciprocità tra fattori sistemici che hanno consentito l'evoluzione – da un lato – del biodiritto, all'interno del quale il ruolo dei giudici risulta come si vedrà determinante, e – dall'altro lato – della giurisdizione all'interno dell'ordinamento italiano, che ha visto nel sistematico coinvolgimento delle corti in questioni scientificamente connotate uno dei contesti più paradigmatici di manifestazione.

2. Giudice e biodiritto: sussidiarietà rispetto alla discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale

In prima battuta, è possibile affermare che il biodiritto – non solo in Italia⁴ – abbia una natura originaria prevalentemente giurisprudenziale, tanto che in dottrina si è evocata la possibilità di «configurare la bioetica come un diritto fondamentalmente di origine giurisprudenziale»⁵. Significativamente rispetto alla prospettiva appena evocata, l'Autore citato da ultimo mette in relazione la «fine del mito liberale del giudice bouche de la loi» e l'ampio spazio dell'interpretazione nell'odierna società, sottolineando che «ciò è ancor più vero in tutti i settori dove lo sviluppo tecnologico e scientifico costituiscono fattori di forte cambiamento dinamico e complessità delle materie da normare»⁶. Secondo D'Aloia «il modo di essere del biodiritto, come diritto prioritariamente giurisprudenziale, costituisce, al tempo stesso il segno di una trasformazione profonda del ruolo del giudice e della giurisdizione

² Su tale aspetto, sia consentito il rinvio a S. PENASA, *Ai confini del diritto pubblico: ibridazione dei metodi e identità epistemologiche nel prisma del primato della Costituzione*, in *Rivista AIC*, 3, 2020, 203-223.

³ In riferimento alla dottrina italiana relativa all'evoluzione del ruolo del giudice, *ex plurimis* e senza pretesa di esaustività, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari, 2017; S. BARTOLE, *Ragionando di giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2018, 3-14; AA. VV., *Il giudice e la legge*, in *Questione giustizia*, 4, 2016; AA.VV., *Dibattito su «Giudici e legislatori»*, in *Diritto pubblico*, 2016, 483-623; N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 919-929; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva quantistica*, Milano, 2013; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.

⁴ Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, 8 ss.

⁵ A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, 2016, 49.

⁶ *Ivi*, 50.

nello Stato costituzionale “aperto”⁷. In tal senso, si aderisce in questa sede – pur dovendosi sottolineare la pluralità di impostazioni dottrinali sul punto⁸ – alla teoria che considera fisiologico all’interno di uno stato costituzionale di diritto⁹ il riconoscimento di una funzione sostanzialmente normativa in capo alle corti, individuando proprio negli ambiti in cui più complesso e inestricabile si presenta l’intreccio tra dimensione scientifica e dimensione assiologica un caso paradigmatico di integrazione (secondo alcuni di «co-produzione»¹⁰) tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale¹¹.

Appare quindi condivisibile – oltre che fondata su una solida giurisprudenza costituzionale, come si vedrà subito *infra* – l’opinione di chi afferma che «la scienza è al contempo il presupposto per l’esercizio tanto della valutazione politica alla base dell’esercizio del potere legislativo tanto dell’attività ermeneutica con cui il giudice ricava la norma da applicare al caso concreto»¹². Il ruolo del giudice appare quindi configurabile quale elemento costitutivo delle dinamiche normative e istituzionali che caratterizzano la dimensione biogiuridica¹³. Una volta riconosciutane la natura necessaria, occorre evidentemente ribadire il carattere sussidiario rispetto agli altri strumenti di disciplina, *in primis* quello legislativo: in altre parole, occorre stabilire il perimetro fisiologico, in termini di equilibrio tra poteri, e legittimo, in termini di compatibilità con il quadro dei principi costituzionali, di esercizio della funzione giurisdizionale in ambiti scientificamente connotati¹⁴.

In tale prospettiva, l’analisi della giurisprudenza costituzionale può fornire utili spunti al fine di giungere a una razionalizzazione, inevitabilmente flessibile e dinamica tenuto conto della costante evoluzione delle acquisizioni tecnico-scientifiche, da un lato, e della coscienza sociale relativa a questioni eticamente sensibili, dall’altro lato, del rapporto tra legislazione e giurisdizione, interpretato alla luce di una concezione contemporanea di stato costituzionale¹⁵. Chiamata ad affrontare questioni relative

⁷ A. D’ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 105.

⁸ Si pensi ad esempio a quanto proposto da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 251-290; N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 919-929. Per una utile analisi delle diverse impostazioni, G. D’AMICO, *Le vicende della legge n. 40 del 2004 come esperienza paradigmatica del costituzionalismo contemporaneo*, in S. AGOSTA, G. D’AMICO, L. D’ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, 2017, 32 ss.

⁹ M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2016, 7-20.

¹⁰ A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, 2015. Dovuto è inoltre il riferimento agli scritti di M. TALLACCHINI e S. JASANOFF, in particolare almeno M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012, 313-336; S. JASANOFF, *Science and democracy*, in ULRIKE FELT, RAYVON FOUCHÉ, CLARK A. MILLER, LAUREL SMITH-DOERR (eds.), *The Handbook of Science and Technology Studies*, 2017, 259-287; Id. (ed.), *Reframing Rights: Bioconstitutionalism in the Genetic Age*, MIT, 2011.

¹¹ Secondo G. SILVESTRI, *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, 1985, «la funzione normativa non si identifica con l’attività legislativa», la quale «è solo uno dei modi procedurali concreti con i quali si può svolgere una funzione normativa».

¹² A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., 50.

¹³ Ad esempio, 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*, 2014.

¹⁴ Si è proposto in passato una classificazione che tentava di razionalizzare tale intreccio (S. PENASA, *Giudice “Ercole” o giudice “Sisifo”? Gli effetti del dato scientifico sull’esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina nei tribunali*, 2016, 69-102).

¹⁵ M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, cit.

all'inizio e al fine vita, la Corte costituzionale sembra concepire la relazione tra le due fonti – legislazione e giurisprudenza – in termini di compatibilità e non esclusività, riconoscendo la centralità – in un certo senso un ordine di precedenza – della funzione legislativa che non esclude l'esistenza di uno spazio incomprimibile nel suo nucleo essenziale di esercizio della funzione giurisdizionale. Da un lato, quindi, la Corte costituzionale afferma che il legislatore rappresenta l'autorità più legittimata a compiere determinate scelte di natura assiologica, in particolare quando è richiesta l'individuazione di un bilanciamento tra principi e diritti costituzionalmente garantiti a livello costituzionale; dall'altro lato, ciò non preclude al giudice di svolgere anche in tali casi – in particolare quando il legislatore si astenga dal prevedere una disciplina – la propria funzione, determinandosi una sorta di integrazione di competenze – di aree normative e funzionali di intervento – che risulta finalizzata alla massima realizzazione del progetto costituzionale.

La Corte costituzionale ha in tal senso affermato, rilevata l'assenza di una disciplina legislativa in un ambito particolarmente rilevante in termini di esigenza di tutela di diritti delle persone coinvolte quale la donazione di gameti a fini riproduttivi e accesso alle tecniche di procreazione assistita (fecondazione eterologa), che rappresenta un «compito del legislatore» specificare l'ambito di esercizio e le garanzie da assicurare ai diritti coinvolti (in particolare, secondo la Corte, quelli di cui il nato da tali tecniche risulta titolare) e che di conseguenza «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore»¹⁶. L'utilizzo non casuale dell'avverbio «primariamente», in luogo ad esempio di «esclusivamente», apre al riconoscimento di uno spazio sussidiario per il giudice, al quale spetta – in particolare in caso di carenza legislativa – la funzione di «ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»¹⁷.

Un approccio analogo è riscontrabile in una decisione che ha ad oggetto – nell'ambito di un caso relativo alla richiesta di sospensione di un trattamento sanitario *life-sustaining* presentata dal tutore di una persona in stato vegetativo permanente in assenza, anche in questo caso, di una specifica disciplina legislativa – un conflitto di attribuzioni tra il Parlamento, da un lato, e la Corte di cassazione, dall'altro lato¹⁸. In assenza – come anticipato – di una legge in materia, la Corte di cassazione aveva individuato, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata del materiale normativo esistente all'epoca, alcuni principi di diritto da applicare al caso oggetto di giudizio e a casi analoghi, riconoscendo la configurabilità di un diritto costituzionale al rifiuto dei trattamenti sanitari, esercitabile anche da una persona incapace nel caso in cui fossero soddisfatte una serie di condizioni. Secondo il Parlamento, così facendo la Corte di cassazione avrebbe utilizzato «la funzione giurisdizionale per

¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, sulla quale – *ex plurimis* – A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima sull'eterologa*, in *Forum cdi Quaderni costituzionali*, 11 giugno 2014, 1-7; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, luglio 2014, 1-15; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 17 giugno 2014; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2014, 2, 13 ss.

¹⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, cit.

¹⁸ Corte cost., ord. n. 334 del 2008, sulla quale R. BIN, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/2008)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 ottobre 2008; R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro italiano*, I, 2009, 49 ss.

modificare in realtà il sistema legislativo vigente, così invadendo l'area riservata al legislatore»¹⁹, finendo con l'adottare «un atto sostanzialmente legislativo»²⁰, che della sentenza assumerebbe meramente la forma. Tuttavia la Corte costituzionale non ritiene le doglianze fondate, basandosi su un duplice ordine di argomentazioni. Da un lato, si afferma la natura sostanzialmente giurisdizionale della decisione, non potendosi in alcun modo ritenere che

«i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare»²¹;

dall'altro lato, la Corte ribadisce, seppur implicitamente, la natura sussidiaria e non esclusiva della relazione tra giurisdizione e legislazione, ricordando che «il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti», senza che dalla precedente attività giurisdizionale possano derivare vincoli all'esercizio della discrezionalità politica.

La natura costituzionalmente necessaria della coesistenza tra legislazione e giurisdizione, nello specifico contesto della disciplina degli effetti derivanti dall'applicazione delle acquisizioni tecnico-scientifiche in ambito biomedico, si esprime non solo quando sussista una lacuna legislativa²² – come nei casi appena richiamati – con la conseguenza inevitabile di trasferire la responsabilità di inventare²³ la regola più adeguata al caso quasi interamente sulle corti²⁴. Anche in presenza di una legge, la Corte

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Secondo A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, cit., 106, si tratta di «Una creatività imposta dalla sua funzione, non usurpata. Il giudice [...] deve essere creativo: il giudice creativo non è il giudice che pretende di essere un legislatore, ma il giudice che usa doverosamente la ricchezza dei materiali e delle risorse che appartengono alla sfera interpretativa, che fa parlare le norme giuridiche, incrociando principi e clausole generali (che sono diritto scritto), con la straordinaria varietà dei fatti e dei contesti umani, sociali, culturali che danno vita e restano sullo sfondo dei casi giudiziari».

²² Secondo A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudice*, cit., 37, «senza legge, i giudici acquisiscono poi una ineludibile funzione di “legislatori interstiziali” in un campo dove il legislatore [...] non può tutto regolare e disciplinare ogni aspetto, senza lasciare adeguato flessibile spazio a giudici, scienziati e operatori sanitari». E. TIRA, *Qualche suggestione sull'equilibrio fra istanze politiche e istanze giurisdizionali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2018, 1-24, sottolinea «un problema di inerzia del legislatore in certi settori, soprattutto quelli eticamente sensibili (riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, bioetica, testamento biologico, eutanasia, e più in generale tutto l'ambito dei c.d. nuovi diritti), che risultano pertanto più o meno involontariamente demandati alle decisioni dell'autorità giudiziaria». Secondo l'Autrice da ultimo citata, «In questi casi il giudice, dinanzi alla necessità di pronunciarsi e all'inerzia del legislatore, agisce necessariamente come un “supplente” di quest'ultimo, dando luogo ad una giurisprudenza a volte criticabile, ma non concretamente evitabile».

²³ Si richiama l'espressione utilizzata da P. Grossi, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari, 2017.

²⁴ R. BIN, *Il giudice*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, *Special Issue*, 204, individua quale fattore di modificazione del ruolo del giudice il «pessimo funzionamento del circuito politico-rappresentativo» e la «intollerabile sciattezza legislativa, che rende le leggi sempre meno leggibili, interpretabili e chiare nel fissare la disciplina dei diritti».

costituzionale riconosce comunque l'esistenza di una necessaria (fisiologica) funzione attuativa del quadro legislativo in capo ai giudici²⁵.

Un esempio paradigmatico è rappresentato dalla determinazione dello *status filiationis* dei nati da maternità surrogata nell'ordinamento italiano, nel caso di coppie che si siano recate all'estero per sottoscrivere tale tipo di accordi²⁶, ponendosi la questione di quale criterio privilegiare nell'ottica del rispetto del miglior interesse del nato. Partendo dal presupposto che l'accertamento della verità biologica non assume un rilievo *ex se* decisivo ma concorre con altri elementi alla definizione della complessiva identità del minore, unitamente ad esempio al rilievo giuridico acquisito dalla genitorialità sociale, la Corte costituzionale individua esplicitamente nel giudice il soggetto chiamato a svolgere tale valutazione. In particolare, si riserva all'apprezzamento del giudice la decisiva operazione di determinare di volta in volta «il concreto interesse del minore»²⁷, attraverso una «valutazione comparativa» basata su una serie di variabili che la medesima Corte costituzionale individua formalmente, pur non trovando queste ultime non trovano una formale tipizzazione a livello legislativo²⁸. A prescindere dalla complessità della questione oggetto della decisione richiamata, ai fini del presente contributo occorre sottolineare come – anche in questo caso – la stessa giurisprudenza costituzionale ribadisca l'ineluttabilità di ciò che in dottrina è stata definita una relazione di «leale collaborazione» tra legislatore e giudici, all'interno della quale si riconosce la centralità dell'apporto che può essere assicurato – in quanto debitamente metabolizzato a livello normativo e istituzionale – dalle «indicazioni offerte dall'etica e dalla scienza»²⁹. Secondo tale impostazione, pertanto, la scienza – e più pre-

²⁵ A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, cit., 110, ritiene che «Il ruolo centrale della decisione giudiziaria non dipende solo dalla carenza di regolazione legislativa. Anche quando il legislatore interviene, non per questo vengono meno i margini di intervento del giudice: per adattare la rigidità della regola legislativa alla imprevedibile singolarità dei casi e al continuo mutare dei paradigmi scientifici e tecnologici, che finisce col rendere provvisorie tutte le “certezze” via via raggiunte; ma anche per riaprire i termini del dibattito, proponendo (con gli strumenti dell'interpretazione costituzionalmente conforme o della questione di legittimità costituzionale) una differente proiezione applicativa dei principi costituzionali».

²⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 272 del 2017. Per un commento. G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 marzo 2018; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, 149-177. Cfr. anche il Focus “Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)”, in *GenIUS*, 2, 2017, 6-67.

²⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 272 del 2017.

²⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 272 del 2017. Secondo la Corte costituzionale, «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», oltre all'«elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità».

²⁹ Secondo A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit., 272-273, spetterebbe «al legislatore, dunque, il compito di tracciare la cornice del quadro, ai giudici il riempimento dello stesso: entrambi, poi, devono trarre luce e alimento dalle indicazioni offerte dall'etica e dalla scienza, non limitandosi peraltro ad una mera “razionalizzazione” dell'esistente bensì sollecitando l'una e l'altra al proprio

cisamente una fisiologica integrazione dei dati scientifici nell'esercizio delle funzioni tipiche di uno stato costituzionale di diritto – può contribuire in modo decisivo al «reciproco completamento tra dimensione legislativa e dimensione giudiziaria», in quanto «tanto in presenza di una disciplina legislativa tanto in colpevole assenza dell'intervento legislativo sarà comunque il giudice, con l'auspicabile ausilio della scienza, a ricavare la "regola del fatto" da applicare al caso concreto»³⁰.

Coerentemente con il metodo adottato nel presente scritto di affiancare l'analisi teorica della relazione tra giudici, scienza e legislazione al costante richiamo della giurisprudenza costituzionale, intesa quale prisma attraverso cui verificare la tenuta della prima, occorre qui richiamare il fatto che la Corte costituzionale sembra affermare l'esistenza di ambiti nei quali, seppur caratterizzati dalla presenza di elementi di natura tecnico-scientifica, la carica assiologica delle questioni che vengono in rilievo raggiunge un livello di complessità sociale, etica, e quindi giuridica, così elevato da comportare l'intangibilità delle scelte operate dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità politica, tanto in sede di controllo di costituzionalità quanto attraverso l'utilizzo di metodi ermeneutici quali l'interpretazione conforme a costituzione. Il legislatore – tenuto conto anche della situazione di incertezza che caratterizza la comunità scientifica di riferimento – può legittimamente introdurre divieti assoluti allo svolgimento di determinati tipi di ricerca scientifica³¹, in quanto interprete della volontà della collettività. Più nello specifico, la Corte costituzionale ha individuato nel legislatore l'autorità chiamata 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»³². Rispetto al 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»³³.

rinnovamento [...)]. L'Autore rileva inoltre «la necessità (e non la mera opportunità) di dare largo spazio soprattutto ai giudici», in quanto anche la legge più aperta alla scienza «per suo strutturale limite non è in grado di tenere il passo della scienza stessa, seguendone gli sviluppi con la stessa rapidità con cui si evolvono le circostanze, al pari di come può invece fare il giudice che dà risposte "mirate" in ragione delle complessive esigenze del caso» (*Ivi*, 274-275).

³⁰ A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., 150-1. Il medesimo Autore evoca il rischio di «un giudice che, senza l'intermediazione legislativa, vada in sostanza a interpretare direttamente istanze presenti e vive nella società, ma non ancora "trasformate" in diritto» (*Ivi*, 153).

³¹ Nel caso di specie, la ricerca e sperimentazione che prevedono l'utilizzo di embrioni umani.

³² Corte costituzionale, sentenza n. 86 del 2014. Per un commento, il *Focus on* pubblicato su *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 157-269.

³³ Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 2019, sulla quale L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2020, 227-247; M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omolesuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 144-165.

Pur a fronte del complesso quadro appena richiamato, le corti stanno sempre più assumendo la funzione di mediatrici³⁴ tra pluralismo assiologico emergente dalla società e complessità scientifica che deriva dagli incessanti progressi a livello biomedico, tanto che in dottrina ci si è espressi in termini di «prospettiva concorrenziale» tra autonomia (in termini costituzionali, appare configurabile un vero e proprio dovere) del legislatore di intervenire in tali ambiti, da un lato, e «[...] intrinseca dinamicità del potere giudiziario e con la sua naturale capacità di farsi interprete, in tempo reale, delle esigenze emergenti dai contesti sociali»³⁵. Nella seconda parte dello scritto si offriranno alcuni esempi concreti delle diverse declinazioni che la relazione tra legislatore e giudice, da un lato, e giudice e scienza, dall'altro, può assumere in ambiti eticamente sensibili quali l'inizio e il fine vita.

3. Il giudice tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica: una proposta di classificazione

La seconda parte dello scritto verrà sviluppata riconoscendo la centralità del dato scientifico, non tanto nel senso del suo utilizzo e quindi valutazione con finalità probatorie³⁶, quanto nella prospettiva del "posto" occupato dal medesimo all'interno del processo e, più nello specifico, delle argomentazioni utilizzate dalle corti per decidere il caso. A tal fine, si assumerà come essenziale la necessità di integrare nell'analisi della relazione tra diritto, scienza e ruolo delle corti un elemento ulteriore rispetto a quello del ruolo svolto dai dati scientifici nell'ottica dell'esercizio di funzioni di natura giurisdizionale: la relazione di questi ultimi con la carica assiologica che i casi del biodiritto inevitabilmente esprimono.

Il dato scientifico non è destinato infatti ad entrare in relazione esclusivamente con determinati ambiti giuridici, nel caso di specie con la giurisdizione, rispetto alla quale tradizionalmente può venire ad assumere la natura di "oggetto" o di "strumento" del giudizio (e della disciplina, nel diverso contesto della produzione legislativa in ambiti scientificamente connotati³⁷). Esso assume rilievo – potenzialmente decisivo nell'orientare le modalità di esercizio della funzione, come si dimostrerà nella seconda parte dello scritto – anche se identificato e interpretato alla luce della sua relazione con la complessità etica e assiologica che le questioni poste dall'evoluzione tecnico-scientifica e dalla sua applicazione nell'ambito delle scienze della vita inevitabilmente producono. Complessità scientifica e complessità assiologica insistono – e connotano – in modo spesso inestricabile sui temi tipici del biodiritto ma, alla luce della giurisprudenza analizzata e anticipando una delle premesse teoriche del presente scritto, per giungere a una classificazione attendibile dell'impatto esercitato dal formante scientifico sul diritto e sulla giurisdizione in particolare appare opportuno distinguere le diverse for-

³⁴ C. CASONATO, S. PENASA, *Dinamiche costituzionali e biodiritto. Il ruolo del giudice tra inerzia e solerzia*, in L. MEZZETTI, E. FEROLI (a cura di), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bologna, 2018, 879-888.

³⁵ G. D'AMICO, *Le vicende della legge n. 40 del 2004 come esperienza paradigmatica del costituzionalismo contemporaneo*, cit., 35.

³⁶ Pur essendo consapevoli della centralità che la valutazione delle prove scientifiche può assumere all'interno del giudizio.

³⁷ Sulla relazione tra dati scientifici e legislatore, sia consentito il riferimento a S. PENASA, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, 2015.

me nelle quali si può concretizzare la relazione tra dimensione scientifica e dimensione assiologica dei casi posti all'attenzione delle corti.

3.1. Giudice e rinvio all'autonomia medico-scientifica: l'impatto sulla profondità dello scrutinio e sulla tutela concreta dei diritti coinvolti

Preliminarmente, occorre specificare che la questione della formazione, assunzione e valutazione della prova scientifica nel processo non formerà oggetto di analisi³⁸. Su tale aspetto, nella specifica prospettiva della delimitazione dei margini di apprezzamento riservati al giudice (tanto ordinario quanto costituzionale), appare però opportuno richiamare la giurisprudenza della Corte costituzionale avente ad oggetto il "caso Di Bella"³⁹, in riferimento alla ampiezza e profondità dello scrutinio che le corti sono legittimate a svolgere rispetto alla legittimità delle valutazioni operate da organismi di natura tecnico-scientifica, nell'ambito di competenze e funzioni attribuite a questi ultimi dal legislatore. La Corte costituzionale ha individuato in tal senso il principio secondo cui autorità diverse da quelle direttamente individuate dal legislatore non possono legittimamente sostituire «il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'è dell'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici»⁴⁰. In particolare, nella sentenza n. 121 del 1999 la Corte costituzionale afferma l'esistenza di limiti, valida anche per i giudici ordinari, al potere di sostituire una propria valutazione discrezionale, attraverso l'utilizzo di strumenti peritali, a quella fornita, o comunque di competenza, di organismi tecnico-scientifici, accogliendo un conflitto di attribuzione tra poteri dello stato sollevato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri sulla base del fatto che il giudice ha utilizzato a fini del tutto impropri lo strumento della consulenza tecnica d'ufficio. Attraverso tale istituto, infatti, non è possibile operare una «rivalutazione dei giudizi resi dagli organi tecnico-scientifici che hanno coordinato la sperimentazione», in quanto il giudice si deve limitare a valutare esclusivamente la concreta situazione medica delle parti processuali⁴¹, risultando al contrario in un esercizio abnorme della funzione giurisdizionale⁴². Ciò rappresenta un aspetto decisivo al fine di definire l'ambito di valutazione nel merito di questioni di carattere tecnico-scientifico che i giudici ordinari possono legittimamente svolgere, rappresentando in tal senso la rilevanza dei dati scientifici nel processo una variabile in grado di limitarne la natura e la profondità dello scrutinio operabile. Un ulteriore limite all'esercizio della funzione, che al contempo ne rappresenta però un obiettivo (quello di tutelare i diritti soggettivi coinvolti anche attra-

³⁸ Su tale aspetto, è dovuto il riferimento all'Opera di Michele Taruffo, in particolare da ultimo M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, 2020, 286 ss.; cfr. anche D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, 2020, in particolare 236 ss.; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, 591-618.

³⁹ Si rinvia al contributo di Paolo Veronesi pubblicato in questa *Rivista*.

⁴⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 185/1998. Per un commento, A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul "caso Di Bella"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1510 ss.; E. CASTORINA, *Riflessioni sul contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute: la sperimentazione terapeutica di farmaci ed il "rispetto della persona umana"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2535 ss.; T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra "fatto legislativo" e "fatto sociale"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2798 ss.

⁴¹ Corte costituzionale, sentenza n. 121/1999.

⁴² P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche*, cit., 599, si esprime in termini di «sfere di competenza violate».

verso il riconoscimento e la garanzia dell'autonomia decisionale dei professionisti coinvolti, su cui *infra*), è rappresentato dall'esigenza di riconoscere ai professionisti della salute coinvolti nel caso concreto un adeguato spazio di autonomia decisionale, al fine di definire i trattamenti sanitari più adeguati alle caratteristiche della persona coinvolta. Tale riconoscimento può avvenire anche a livello giurisdizionale attraverso la tecnica della delega di bilanciamento in concreto⁴³. Anche tale dimensione conformativa dell'esercizio della funzione giurisdizionale trova ormai solide basi all'interno della giurisprudenza costituzionale italiana.

La Corte costituzionale ha infatti, a partire dalla sentenza n. 282 del 2002, affermato il principio secondo cui, nell'ambito della pratica terapeutica,

«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»⁴⁴.

In tal senso, il richiamo all'autonomia professionale dei medici o di organismi dotati di specifiche competenze tecniche coinvolti nel caso oggetto di giudizio finisce con lo svolgere potenzialmente due funzioni.

Nella prospettiva dell'ampiezza dello scrutinio operato dal giudice, la natura scientificamente connotata del caso può condurre il giudice ad applicare una presunzione forte di legittimità delle valutazioni operate dai soggetti appena richiamati e, comunque, a riconoscere uno spazio di autonomia decisionale che difficilmente può essere invaso da poteri eteronomi, in particolare attraverso un intervento legislativo o amministrativo. Un caso paradigmatico in tal senso è rappresentato dalla sentenza del TAR Lombardia⁴⁵, con la quale sono state annullate linee guida regionali che modificavano il momento, individuato previamente dal legislatore statale, a partire dal quale l'interruzione della gravidanza può avvenire esclusivamente quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna. I giudici affermano l'insuperabilità della scelta operata a livello legislativo – individuare tale criterio nella «possibilità di vita autonoma del feto»⁴⁶ – in quanto essa esprime la

«chiara decisione [...] di non interferire in un giudizio volutamente riservato agli operatori, i quali [...] debbono poter effettuare le proprie valutazioni esclusivamente sulla base delle risultanze degli accertamenti svolti caso per caso e sulla base del livello delle acquisizioni scientifiche e sperimentali raggiunto nel momento in cui vengono formulate»⁴⁷.

In questi casi, i giudici si fanno garanti delle scelte discrezionali operate a livello legislativo, quando queste ultime risultano definite in modo tale da assicurare alla autonomia professionale uno spazio

⁴³ Si richiama la nota espressione di R. BIN, *Diritti e Argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, 1992, 120 ss.

⁴⁴ Sul punto la dottrina è ormai vasta, cfr. da ultimo A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, 2018; G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, 2020.

⁴⁵ TAR Lombardia, 29 dicembre 2010, n. 7735, sulla quale B. LIBERALI, *Costituzione e interpretazione nella disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza fra progresso scientifico ed evoluzione della coscienza sociale*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 2, 2019, 449-451.

⁴⁶ Art. 6, primo comma, lett. a, l. n. 194/1978.

⁴⁷ TAR Lombardia, 29 dicembre 2010, n. 7735, cit.

adeguato di esercizio. Quando però ciò non avvenga a livello legislativo, le corti tendono a intervenire, attraverso l'utilizzo dei tradizionali strumenti ermeneutici, al fine di adeguare l'assetto normativo all'esigenza di riservare alla autonomia e alla responsabilità dei soggetti coinvolti uno spazio adeguato di espressione. Ciò è avvenuto ad esempio, a livello di magistratura ordinaria, relativamente alla possibilità di autorizzare l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili. In tale ambito⁴⁸, il riferimento all'autonomia del medico nel definire il trattamento più adeguato viene utilizzato in modo sistematico da quelle decisioni che riconoscono a tali coppie il diritto di accedere alle tecniche di PMA e di effettuare una diagnosi genetica preimpianto sugli embrioni prodotti. È utile rilevare come ciò che in altra sede si è qualificato come rinvio alla scienza⁴⁹ da parte dei giudici ordinari trovi un consolidato fondamento nella giurisprudenza costituzionale, nella quale l'esigenza di riconoscere e riservare un adeguato margine di autonoma valutazione delle caratteristiche dei singoli casi concreti oggetto di intervento medico viene ribadita in modo sistematico a fronte a scelte legislative relative alla adeguatezza scientifica di determinati trattamenti sanitari che vincolano in modo irragionevole e comunque eccessivo le scelte operate dai professionisti responsabili⁵⁰.

Questa ultima osservazione consente di introdurre la seconda funzione dell'ingresso dei dati scientifici nel processo evocata in precedenza, relativa al riconoscimento delle pretese individuali o di coppia dedotte dalle parti processuali. In questa prospettiva, il richiamo all'autonomia decisionale dei professionisti o organismi tecnici responsabili può risultare funzionale alla affermazione di un fondamento costituzionale della pretesa di tutela. Si pensi in tal senso al diritto alla salute della donna sottoposta a trattamenti di procreazione medicalmente assistita, la tutela del quale risulta inevitabilmente condizionata alla possibilità per il medico «di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento»⁵¹. In questo caso, la Corte costituzionale riconosce, quantomeno implicitamente, una funzione direttamente attuativa del diritto alla salute in capo al medico responsabile, al quale viene riservata la determinazione in concreto delle modalità di esercizio dell'attività in vista della effettiva tutela dei diritti in gioco⁵².

Da queste riflessioni, pertanto, emerge un primo elemento utile a comprendere la relazione tra ruolo del giudice e fattore tecnico-scientifico. Il giudice, infatti, risulta interessato in modo costante dal rilievo assunto da elementi extra-giuridici di carattere tecnico-scientifico, i quali contribuiscono a orientare, spesso in modo decisivo, l'esercizio della funzione giurisdizionale. Più precisamente, il dato scientifico, e la tensione valoriale al quale si accompagna, orienta e modula la funzione, in particolare rispetto alla selezione degli strumenti probatori e argomentativi utilizzati dal giudice di fronte a casi

⁴⁸ Per una ricostruzione dell'iter giurisprudenziale, B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni introno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, 2017, 170 ss.; R. FATTIBENE, *Una riflessione sul biodiritto a partire dal dibattito italiano sulla diagnosi genetica preimpianto*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2017, 1-21.

⁴⁹ S. PENASA, *La legge della scienza*, cit., in particolare 374 ss.

⁵⁰ Ad esempio, Corte costituzionale, sentenza n. 151/2009, su cui *infra*.

⁵¹ Corte cost., sent. n. 151/2019, cit.

⁵² In tal senso, ci si è riferiti al concetto di parametro interposto in riferimento alla scienza (C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 1-11).

scientificamente connotati. L'analisi della giurisprudenza negli ambiti richiamati – l'inizio vita, con particolare riferimento alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e la ricerca con embrioni, e il fine vita, in relazione al rifiuto di trattamenti sanitari e alla assistenza al suicidio – sembra indicare l'esistenza di una tendenziale macro-distinzione tra casi in cui la scienza integra la dimensione assiologica, divenendo essa stessa uno strumento per regolare o comunque metabolizzare il pluralismo che la società tende a esprimere; e casi in cui, al contrario, la scienza risulta assorbita nella e dalla dimensione assiologica, rappresentando il "mero" contesto nel quale il pluralismo trova espressione. Gli esempi affrontati nei paragrafi successivi aiuteranno a chiarire il contenuto e la portata di tale classificazione.

4. La scienza integra e definisce la complessità assiologica dei casi: il caso dell'inizio vita

La prima categoria di approccio giudiziale rispetto alla relazione tra dimensione scientifica e complessità assiologica trova senz'altro nelle questioni relative all'inizio vita un ambito paradigmatico di manifestazione. In tale ambito, infatti, la natura scientificamente connotata dei casi si rivela determinante a orientare le decisioni assunte dalle corti, in riferimento sia alla magistratura ordinaria sia alla giurisprudenza costituzionale, le quali verranno trattate congiuntamente al fine di esprimere l'esistenza di una continuità metodologica e argomentativa tra i due livelli di giurisdizione.

La disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita – introdotta dalla legge n. 40 del 2004⁵³ – risulta di particolare interesse, in quanto ha ad oggetto trattamenti sanitari che risultano funzionali all'esercizio effettivo di libertà fondamentali, relative alla autodeterminazione in ambito procreativo e alla procreazione e alla formazione di una famiglia con figli; e, allo stesso tempo, deve tenere conto di ulteriori esigenze di tutela – del nato, dei soggetti coinvolti dal punto di vista medico, in particolare la donna destinataria dei trattamenti⁵⁴, dell'embrione in vitro⁵⁵ – rispetto alle quali i beni costituzionali appena richiamate devono necessariamente trovare un bilanciamento, la ragionevolezza e adeguatezza del quale può dipendere anche da elementi e variabili di natura tecnico-scientifica. In questo senso, quindi, la carica assiologica di tale contesto trova nel fattore scientifico una necessaria – e spesso decisiva – valvola di regolazione. Tale potenzialità sembra emergere in modo evidente dalla giurisprudenza costituzionale, nella quale la Corte costituzionale ha applicato spesso anche a questioni relative alla legittimità costituzionale della legge 40 il principio secondo cui la discrezionalità legislativa incontra dei limiti derivanti dalle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica⁵⁶.

⁵³ Da ultimo, un'analisi degli effetti della legge anche nella prospettiva della funzione del giudice, F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, 2020.

⁵⁴ *Ex plurimis*, M. D'AMICO, *La tutela della salute nella procreazione medicalmente assistita fra progresso scientifico e interpretazione della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 2, 2019, 453-467.

⁵⁵ A. SPADARO, *Il "concepito": questo sconosciuto...*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 2, 2019, 419-436.

⁵⁶ Corte cost., sent. n. 282 del 2002. Oltre alla dottrina citata in precedenza, ricostruiscono da ultimo tale percorso giurisprudenziale e la relativa analisi dottrinale D. ZANONI, *Razionalità scientifica e ragionevolezza giuridica a confronto in materia di trattamenti sanitari obbligatori*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, 140 ss.; C. Di

Se, come avvenuto con la legge n. 40 del 2004⁵⁷, i limiti imposti alla legislazione dalla natura tecnico-scientifica dell'oggetto di disciplina non trovano adeguato riconoscimento e copertura a livello legislativo, ciò può avvenire attraverso l'intervento rimediabile della giurisprudenza, in funzione complementare e sussidiaria rispetto alla legge e orientata dall'obiettivo di garantire tutela effettiva alle posizioni giuridiche soggettive coinvolte nei casi concreti.

Il richiamo all'esistenza di tali limiti "eteronomi" rispetto all'ordine giuridico, che secondo parte della dottrina esprime una dimensione autonoma del tradizionale parametro di ragionevolezza delle leggi ex art. 3 Cost., è stato utilizzato in modo sistematico⁵⁸ all'interno di giudizi di legittimità aventi ad oggetto la appena evocata legge n. 40 del 2004, in funzione rafforzativa della dichiarazione di illegittimità di alcune sue parti. In particolare, nel dichiarare contraria agli articoli 3 e 32 della Costituzione la disposizione che imponeva al medico responsabile del trattamento di produrre un numero di embrioni comunque non superiore a tre e di effettuare un unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni prodotti, la Corte costituzionale (sent. n. 151/2009) richiama l'esistenza di limiti *science-based*⁵⁹ all'esercizio discrezionale del potere legislativo per affermare il principio secondo cui «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». Su tali basi, la Corte afferma 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».

Analogamente, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione eterologa, la Corte costituzionale richiama i limiti che il legislatore incontra nel compiere un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, il quale non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati. Ancor più significativamente ai fini del presente scritto, la Corte chiarisce che l'imposizione di un limite siffatto non risulta strumentale al soddisfacimento di qualsiasi desiderio della coppia nella sfera procreativa, ma deve essere considerato funzionale a garantire 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,

COSTANZO, A. SIMONCINI, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, *Special Issue*, 205-240

⁵⁷ Significativamente, da A. D'ALOIA, *L'(ex) 40*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 997-999; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione assistita*, cit., 33 ss.

⁵⁸ Per una ricostruzione G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., in particolare 144 ss.

⁵⁹ A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 1, 2020, in particolare 120 ss., distingue tra leggi *science-based* e leggi *science-driven*.

ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango»⁶⁰.

Volgendo lo sguardo alla magistratura ordinaria, nel lungo e complesso filone giurisprudenziale relativo alla possibilità di autorizzare l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili⁶¹ – finalità, questa, non prevista dall'art. 1 della legge n. 40 del 2004 –, è possibile affermare che le decisioni che hanno riconosciuto fondamento giuridico a tale richiesta abbiano utilizzato il riferimento ad elementi medico-scientifici con una intensità diversa all'interno del percorso argomentativo seguito, da un lato, o del dispositivo della decisione, dall'altro lato. Volendo ricavare da tale giurisprudenza una tendenza comune, che rileva rispetto all'obiettivo di definire le variabili del rapporto tra dimensione scientifica e dimensione assiologica nel biodiritto, è possibile affermare che il ruolo svolto dall'utilizzo di dati medico-scientifici può dirsi, nella fase argomentativa, sussidiario rispetto alle tradizionali tecniche interpretative, le quali vengono utilizzate – l'interpretazione conforme spinta *praeter* (secondo alcuni, *contra*⁶²) *legem* – in modo da fare prevalere esigenze di giustizia sostanziale su quelle di certezza e prevedibilità dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Rispetto a tale fenomeno, la funzione della scienza non può essere considerata decisiva, mentre rispetto alla definizione del dispositivo essa assume la natura di elemento necessario, che si concretizza in una clausola di rinvio mobile allo "stato della scienza" e alle "migliori pratiche mediche". Infatti, i giudici, nel definire le modalità di attuazione della autorizzazione ad accedere alle tecniche, utilizzano in modo sistematico la tecnica del rinvio allo stato dell'evoluzione medico-scientifica ai fini della definizione del protocollo più adeguato al caso, senza vincolare l'autonomia dei medici responsabili a standard o criteri predeterminati, ma utilizzando formule aperte⁶³.

Successivamente, la Corte costituzionale ha stabilizzato la giurisprudenza ordinaria succintamente richiamata, dichiarando illegittima la legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non consentiva il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili⁶⁴. A seguito della richiamata sentenza costituzionale e pur in assenza di un ade-

⁶⁰ Corte cost., sent. n. 162/2014, cit.

⁶¹ Per una ricostruzione B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 170 ss.

⁶² Cfr. C. TRIPODINA, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in www.costituzionalismo.it, 25 marzo 2010; S. AGOSTA, *Dal mero restyling all'integrale riscrittura giurisprudenziale: più rassicurante e disteso il nuovo «volto» del divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione*, in www.forumcostituzionale.it, 2011; I. PELLIZZONE, *Fecondazione assistita e interpretazione costituzionalmente conforme. Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2008, 552 ss.

⁶³ I vari tribunali interessati dalle questioni utilizzano infatti formule quali "quali tecniche procreative medicalmente assistite, imposte dalle migliori pratiche scientifiche" (Trib. Salerno, 2009), «applicazione delle metodiche della procreazione medicalmente assistita, secondo le migliori ed accertate pratiche mediche, previa diagnosi preimpianto di un numero minimo di sei embrioni» (Trib. Bologna, 2009), riferimenti alla necessità di svolgere la diagnosi «secondo le migliori regole della scienza in relazione alla salute della madre» (Trib. Firenze, 2007), o all'utilizzo di «metodologie che, in base alla scienza medica, offrano il maggior grado di attendibilità della diagnosi ed il minor margine di rischio per la salute e le potenzialità di sviluppo dell'embrione» (Trib. Cagliari, 2007).

⁶⁴ Per un commento, 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

guamento del quadro legislativo, come peraltro richiesto espressamente dalla stessa Corte costituzionale⁶⁵, i giudici ordinari si sono trovati a dover valutare l'ammissibilità di richieste di accesso alle tecniche da parte di coppie portatrici di malattie genetiche, che si sono rivolte alla magistratura in seguito al diniego operato dalle strutture sanitarie competenti, e in particolare a verificare, da un lato, la possibilità di autorizzarne l'accesso sulla base della sentenza n. 96 del 2015 e, dall'altro lato, la gravità della malattia genetica alla luce dei criteri richiamati nella medesima. In particolare, il Tribunale di Milano ha dichiarato la propria legittimazione a dare attuazione diretta a quanto sancito dalla Corte costituzionale e quindi a verificare la sussistenza del requisito della "gravità" della malattia genetica, giungendo a considerare integrata tale condizione sulla base di una approfondita analisi – supportata da una consulenza tecnica d'ufficio – di natura medico-scientifica⁶⁶. Quest'ultimo sembra rappresentare un caso tipico di delega di bilanciamento in concreto, attivata non dal legislatore ma in sede rimediata dalla Corte costituzionale, l'ambito materiale del quale assume un contenuto quasi esclusivamente medico-scientifico e all'esito del quale il giudice ha riconosciuto l'esigenza di tutelare la salute della madre e, in via mediata, del concepito, attraverso l'autorizzazione a svolgere una diagnosi genetica preimpianto all'interno del percorso di procreazione medicalmente assistita.

In tutti i casi richiamati i dati scientifici, e più in generale l'utilizzo di rinvii alla dimensione medico-scientifica, entra in modo diretto nel percorso argomentativo del giudice, contribuendo – spesso in maniera decisiva – a determinare il "verso" della decisione. In tal senso, è possibile affermare che, in questa prima categoria di casi, la dimensione scientifica concorre con quella assiologica, della quale i casi sottoposti a giudizio sono espressione, a determinare il contenuto del bilanciamento operato, eventualmente anche riparametrando – riequilibrando – quello svolto in sede legislativa.

Peraltro, occorre chiarire come non siano mancati casi nei quali i giudici, posti di fronte a questioni di natura medico-scientifica, abbiano privilegiato un approccio fondato essenzialmente su valutazioni di carattere assiologico e di equità, finendo in tal modo per depotenziare il rilievo che avrebbero potuto assumere i dati ricavabili dalla verifica delle evidenze sperimentali che caratterizzavano il concreto ambito di giudizio⁶⁷. Un caso paradigmatico è rappresentato senz'altro dal "caso Stamina"⁶⁸, rispetto

Consulta Online, 2, 2015, 533 ss.; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3, 2015.

⁶⁵ S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, 755-758.

⁶⁶ Tribunale di Milano, ord. 18 aprile 2017, reperibile sul sito www.biodiritto.org. Per un commento, R. FATTIBENE, *La diagnosi genetica preimpianto dalla sentenza della Corte costituzionale all'ordinanza del giudice comune. Ed il legislatore? Considerazioni, a prima lettura, sull'ord. Tr. Milano, sez. I civ., depositata il 18 aprile 2017*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2017, 209-229.

⁶⁷ Evoca, anche se non pare poter essere applicata al caso Stamina, il concetto di *bio-equity*, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 117-125, intesa quale fonte materiale di natura *extra ordinem* che «tenta di rimediare alla rigidità ed alla percepita ingiustizia del formante codicistico e legislativo attraverso il riferimento alla dimensione equitativa» (*Ivi*, 124).

⁶⁸ G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 150 ss.

al quale nelle decisioni (anche se una generalizzazione appare impossibile, dato la diversità di esiti⁶⁹) che hanno condotto alla autorizzazione dell'applicazione del protocollo in oggetto le valutazioni di carattere assiologico hanno consentito ai giudici di superare i dubbi relativi all'esistenza di un fondamento scientifico adeguato. Un approccio di questo tipo, se potrebbe apparire in linea teorica percorribile⁷⁰, non può comunque prescindere – nel caso concreto – da una valutazione relativa all'attendibilità e fondatezza scientifica del protocollo oggetto di valutazione⁷¹. A tale dinamica ha preso parte anche la Corte costituzionale⁷², la quale ha valutato la legittimità del regime transitorio che autorizzava la prosecuzione dei trattamenti posti in corso al momento dell'entrata in vigore della legge. In questa sentenza, la Corte costituzionale sembra riconoscere l'assenza di un fondamento minimo di scientificità del protocollo Stamina, affermando che «allo stato, la sussistenza delle condizioni per la prosecuzione della sperimentazione prevista dalla legge censurata risulta esclusa dal decreto del Ministero della salute adottato, sulla base della relazione dell'apposito comitato scientifico, il 4 novembre 2014»⁷³. Come è stato rilevato in dottrina⁷⁴, nell'orientare la Corte costituzionale verso la dichiarazione di legittimità della scelta legislativa risulta decisivo il richiamo alla assenza di una divergenza di opinioni relativamente all'utilità del trattamento all'interno della comunità scientifica di riferimento, non potendosi pertanto ritenere violato il diritto alla salute delle persone malate escluse – su tali basi scientificamente corroborate – dal protocollo. In tal senso, è possibile individuare una funzione ulteriore del richiamo allo stato delle conoscenze medico-scientifiche: una funzione di limite alla possibilità per i giudici di proporre interpretazioni del quadro giuridico esistente che si pongano in palese e insanabile contrasto con i dati scientifici rilevanti e con la valutazione che di questi ultimi ne offrano la comunità scientifica di riferimento e eventualmente organismi tecnici indipendenti a ciò deputati dal legislatore.

5. La scienza come contesto di manifestazione del pluralismo assiologico: il fine vita

In riferimento alla seconda categoria di casi, la natura scientifica della questione rappresenta il “mero” contesto nel quale può trovare espressione il pluralismo assiologico, venendo pertanto assorbita da quest'ultima in termini di rilevanza giuridica. La dimensione scientifica, quindi, svolge una funzio-

⁶⁹ Per un'analisi approfondita dei diversi “trend” giudiziari, cfr. M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2013, 63-85.

⁷⁰ Per M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, 690, «il ricorso alla scienza non risolve tutte le difficoltà degli aspetti metagiuridici del ragionamento decisorio e dell'accertamento dei fatti nel processo».

⁷¹ In dottrina si è sottolineata la «mancanza di evidenze scientifiche» sull'utilità della terapia» (P. VERONESI, *Al crocevia del “caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali”*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2015, 102) e di «presupposti minimi di scientificità» (G. SERENO, *Il “caso Stamina” all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio AIC*, 2015, 8).

⁷² Corte costituzionale, sentenza n. 274/2014.

⁷³ Secondo G. D'AMICO, *Caso “Stamina”: la “lotta per la salute”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2015, 3, la mancata valorizzazione di questo elemento da parte della Corte può essere spiegata dal fatto che i presupposti scientifici della legge non fossero oggetto della questione.

⁷⁴ G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 152.

ne di espansione e crescita della densità assiologica delle questioni affrontate, dal momento che le innovazioni tecnico-scientifiche mettono a disposizione nuovi strumenti di realizzazione ed espressione per le domande di riconoscimento di tutela che emergono dalla società. In questi casi, i giudici – sia ordinari che costituzionali – tendono a fare un utilizzo moderato di elementi e dati di natura scientifica, privilegiando operazioni ermeneutiche di tipo più tradizionale, fondate su valutazioni di natura prettamente valoriale e assiologica. Tale tendenza deriva anche dal fatto che, in tale categoria di casi, le questioni sottoposte ai giudici non si innestano solitamente su un quadro scientifico incerto o complesso, aperto quindi a interpretazioni diverse a livello sociale, politico e scientifico, ma riguardano essenzialmente l'impatto sociale e giuridico prodotto dalle richieste – assiologicamente connotate – che emergono dalla società.

Allo stesso tempo, non mancano casi nei quali l'utilizzo da parte del giudice di dati e parametri di natura tecnico-scientifica contribuisce a chiarire – a determinare – l'ambito di applicazione di concetti giuridici *science-based*, finendo con il determinare in tal modo il concreto ambito di esercizio di diritti costituzionali, come nel caso del diritto a rifiutare o sospendere trattamenti sanitari salva-vita. L'ambito più significativo in tal senso è senz'altro quello relativo alle scelte di fine vita, in quanto quest'ultimo rappresenta un contesto paradigmatico all'interno del quale la dimensione scientifica risulta tendenzialmente residuale rispetto a valutazioni di carattere assiologico, pur non mancando casi nei quali il riferimento a dati scientifici risulta determinante all'interno del percorso argomentativo svolto dal giudice.

Una prima categoria di casi è rappresentata da quella giurisprudenza che si riferisce allo stato delle conoscenze medico-scientifiche consolidato all'interno della rispettiva comunità epistemologica al fine di determinare l'ambito di applicazione di una disposizione. Un esempio che ha coinvolto a più riprese la giurisprudenza, tanto ordinaria quanto amministrativa, è rappresentato dalla individuazione del contenuto normativo di "trattamento sanitario", al quale si riferisce l'articolo 32 della Costituzione italiana e dal quale la giurisprudenza ha ricavato per via interpretativa la configurabilità di un diritto al rifiuto dei trattamenti. La questione ha riguardato quali trattamenti, disponibili a livello sanitario con finalità diagnostica, terapeutica o comunque di cura, possano essere sussumibili all'interno di tale categoria: si tratta, quindi, di una questione essenzialmente tecnica, dalla risoluzione della quale dipende la possibilità di applicare una disposizione costituzionale e, di conseguenza, di esercitare legittimamente un diritto fondamentale.

Un caso emblematico è rappresentato dalla alimentazione e idratazione artificiali, delle quali si è posta a livello giurisprudenziale la questione della loro riconducibilità all'ambito dei trattamenti sanitari⁷⁵. La giurisprudenza ha tendenzialmente risposto univocamente in senso affermativo; l'elemento utile ai fini del presente lavoro è il fatto che a orientare i giudici in tal senso si è rivelato il rinvio alla opinione maggioritaria della comunità medico-scientifica. La Corte di cassazione ha in tal senso affermato che «non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario», in quanto «esse [...] integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e con-

⁷⁵ In dottrina, S. CANESTRARI, *La relazione medico-paziente nel contesto della nuova legge in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (commento all'art. 1)*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, 22.

siste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche»⁷⁶. Per rafforzare tale assunto, la Corte richiama la posizione della comunità scientifica internazionale, nella quale si è consolidata una posizione favorevole a tale qualificazione. Il rinvio alla opinione medico-scientifica prevalente è utilizzato quale elemento conoscitivo, funzionale a verificare la sussumibilità della fattispecie fattuale in quella normativa, cioè dello specifico trattamento operato dai medici nella categoria di “trattamento sanitario” utilizzata dalla Costituzione. In questo caso, il giudice ritiene possibile individuare un orientamento consolidato e univoco all’interno della comunità scientifica di riferimento⁷⁷ e ne assume le risultanze – le acquisizioni – nel processo. Una volta risolto tale dubbio interpretativo sulla base delle risultanze tecniche a disposizione, le valutazioni operate dalle Corte assumono natura essenzialmente giuridico-assiologica, al fine di determinare la configurabilità nel caso concreto – paziente in stato vegetativo permanente – di un diritto alla sospensione di tali trattamenti *life sustaining*.

Successivamente, il Consiglio di Stato⁷⁸ ha confermato quanto sancito sul punto dalla Cassazione⁷⁹. Le argomentazioni dei giudici amministrativi risultano di particolare rilievo, in quanto entrano nel merito tecnico della questione – sempre basandosi sulla *communis opinio* della comunità scientifica internazionale – specificando come la nutrizione artificiale rappresenti «un complesso di procedure mediante le quali è possibile soddisfare i fabbisogni nutrizionali di pazienti che non sono in grado di alimentarsi sufficientemente per la via naturale» e che pertanto non possa in alcun modo essere qualificata come «una forma di alimentazione sui generis, quasi un regime dietetico a parte, un surrogato della normale alimentazione e idratazione naturale»⁸⁰. I giudici, quindi, anche in assenza di una copertura legislativa, svolgono una funzione di riallineamento tra dimensione scientifica e dimensione giuridica, la quale risulta fondamentale al fine della tutela effettiva di diritti costituzionalmente garantiti (nel caso di specie il diritto al rifiuto o alla sospensione dei trattamenti sanitari).

All’interno di tale categoria, è possibile individuare un esempio ulteriore di determinazione in concreto del contenuto giuridicamente rilevante di un concetto tecnico attraverso l’utilizzo o il rinvio a competenze e conoscenze di natura tecnico-scientifica. Ci si riferisce al concetto di “dipendenza da trattamenti di sostegno vitale”, la cui concreta perimetrazione risulta decisiva al fine di poter escludere eventualmente la responsabilità penale ex art. 580 c.p., che punisce le ipotesi di assistenza al suicidio. La Corte costituzionale ha infatti escluso la punibilità delle condotte tipizzate dal citato articolo del codice penale, a condizione che siano soddisfatti nel caso concreto alcune condizioni, una

⁷⁶ Corte di Cassazione, sent. n. 21748, 16 ottobre 2007, I sez. civ.

⁷⁷ Sulla configurabilità in termini di soggettività o rilevanza giuridica della comunità scientifica, utili considerazioni in G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, 2005, 31 ss.

⁷⁸ Consiglio di Stato, sentenza n. 04460, depositata il 2 settembre 2014.

⁷⁹ Il Consiglio di Stato, nel dichiarare l’illegittimità dell’atto regionale, si è soffermato sulla fondatezza scientifica di uno dei presupposti sui quali si fondava la richiesta del tutore: la possibilità di qualificare, alla luce dello stato dell’arte delle acquisizioni scientifiche in materia, l’alimentazione e l’idratazione artificiali come “trattamenti sanitari”, al fine di ricondurli all’ambito di applicazione dell’art. 32 Cost. La Regione, infatti, aveva argomentato il proprio diniego anche sulla base di una presunta assenza di un consenso a livello scientifico su tale aspetto, affermando che «la natura di trattamento sanitario dell’alimentazione e dell’idratazione artificiale [...] resta asserzione più che dubbia ed oggetto di controversie scientifiche».

⁸⁰ Consiglio di Stato, sentenza n. 04460, cit., punto 38.5.

delle quali è stata individuata proprio nella dipendenza da trattamenti di sostegno vitale⁸¹. Chiamata a verificare la sussistenza di tale condizione in un caso nel quale la persona accompagnata in altro Paese al fine di porre fine alla propria esistenza non risultava stabilmente collegata ad un respiratore automatico o ad altro meccanismo strettamente funzionale al suo mantenimento in vita, la Corte d'Assise di Massa⁸² ha proposto – utilizzando le risultanze della consulenza tecnica della difesa – una interpretazione estensiva di tale condizione, rispetto alla quale le valutazioni di natura tecnico-scientifica sono risultate decisive, anche se integrate da ulteriori motivazioni di carattere prettamente giuridico⁸³.

Nello specifico, la Corte d'assise afferma chiaramente che «la dipendenza da “trattamenti di sostegno vitale” non significa necessariamente ed esclusivamente “dipendenza da una macchina”»⁸⁴. Partendo dall'analisi integrata delle disposizioni della l. n. 219/2017⁸⁵ e di quanto previsto nella sent. 242 del 2019, la Corte d'assise ritiene che

«ciò che ha rilevanza sono tutti quei trattamenti sanitari – sia di tipo farmaceutico, sia di tipo assistenziale medico o paramedico, sia, infine, con l'utilizzo di macchinari, compresi la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale – senza i quali si viene ad innescare nel malato “un processo di indebolimento” delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte»,

richiamando quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 242 del 2019. È interessante notare come, in questo caso, di un concetto tecnico – “dipendenza da trattamenti di sostegno vitale” – venga proposta un'interpretazione alla luce del quadro legislativo (legge n. 219/2017) e giurisprudenziale (242/2019) esistente, invertendo l'ordine funzionale che usualmente caratterizza l'utilizzo di dati scientifici da parte dei giudici. Di conseguenza, alla luce dell'interpretazione proposta dalla Corte costituzionale della legge n. 219 del 2017, la Corte d'Assise di Massa ritiene – sulla base della ricostruzione tecnica fornita dalla consulenza tecnica della difesa – che il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale risulti integrato da «qualsiasi tipo di trattamento sanitario, sia esso realizzato con terapie farmaceutiche o con l'assistenza di personale medico o paramedico o con l'ausilio di macchinari medici».

In questo caso, la Corte decide di integrare valutazioni di tipo medico-scientifico, che la conducono – sulla base degli elementi dedotti in sede dibattimentale (nello specifico, dalla consulenza tecnica della difesa) – a estendere il concetto di “sostegno vitale” a casi ulteriori rispetto a quello tipico di “di-

⁸¹ Corte costituzionale, sentenza n. 242 del 2019. La dottrina sulla sentenza è ormai ampia, ci si limita a richiamare quella in cui è stato valorizzato in particolare il ruolo dell'evoluzione tecnico-scientifica, tra cui C. CASONATO, *La giurisprudenza costituzionale sull'aiuto al suicidio nel prisma del biodiritto, fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 307-310; A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 4, 2019, 592.

⁸² Corte d'Assise di Massa, sentenza del 27 luglio 2020.

⁸³ Ad esempio, l'applicazione analogica di norma favorevole al reo, come nel caso delle scriminanti, riconducibile in questo caso alla «dipendenza della persona da altri (siano essi cose o persone) per il soddisfacimento di bisogni vitali».

⁸⁴ Punto 15.2 della motivazione.

⁸⁵ Secondo la Corte la legge n. 219 del 2017 riconosce «il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorchè necessario alla propria sopravvivenza, comprendendo espressamente nella relativa nozione anche i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale».

pendenza da una macchina”, con valutazioni di carattere prettamente giuridico – basandosi sull’interpretazione costituzionalmente orientata, alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia (sentenza n. 242/2019) – alla luce delle quali individua il criterio in base al quale definire un “trattamento sanitario” di sostegno vitale estendendone in modo decisivo l’ambito concettuale e quindi giuridico⁸⁶.

Un’ipotesi ulteriore di rinvio alla dimensione medico-scientifica da parte dei giudici al fine di definire la *regula iuris* da applicare al caso è rinvenibile nella già citata sentenza della Corte di cassazione relativa al caso Englaro. All’interno delle condizioni che possono legittimare l’interruzione delle cure in caso di persona incapace, la Corte ne individua una a contenuto esclusivamente medico-scientifico, la valutazione della quale è rimessa *in toto* al «rigoroso apprezzamento clinico» della irreversibilità della condizione di stato vegetativo e della mancanza di «alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una vita fatta anche di percezione del mondo esterno»⁸⁷. Anche in questo caso, dunque, appare evidente come il personale medico responsabile del trattamento sia individuato dalla Corte come uno dei soggetti che concorrono alla concreta attuazione del bilanciamento individuato *in abstracto* dal giudice tra tutela della vita e della autodeterminazione della persona incapace, essendo a loro delegata la valutazione del rispetto della condizione appena richiamata.

Nell’ambito del fine vita, la particolare carica assiologica espressa dai casi sottoposti ai giudici può condurre questi ultimi ad adottare un atteggiamento di rigoroso *self-restraint* quando sia accertata l’assenza di consenso o di indicazioni di carattere clinico in merito al contenuto di concetti a contenuto tecnico-scientifico utilizzati nel contesto del rifiuto o sospensione di trattamenti sanitari. Più nello specifico, in un caso relativo alla richiesta di interrompere un trattamento di sostegno vitale da parte di una persona capace⁸⁸, il giudice non ha autorizzato la sospensione della ventilazione meccanica – pur avendo riconosciuto la configurabilità *in abstracto* del diritto al rifiuto – sul presupposto che «in assenza della previsione normativa degli elementi concreti, di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato “accanimento terapeutico”» non può essere individuata una forma di tutela giurisdizionale. In sostanza, il giudice ritiene che spetti in via esclusiva al legislatore definire cosa si debba intendere giuridicamente per accanimento terapeutico, non potendo il giudice colmare autonomamente tale vuoto di disciplina. Allo stesso tempo, il giudice rileva come l’esercizio di discrezionalità politica in tale contesto debba fondarsi «su solidi e condivisi presupposti scientifici che consentano di prevenire abusi e discriminazioni», richiamando – seppur non formal-

⁸⁶ Secondo la Corte d’Assise «per trattamento di sostegno vitale, deve intendersi qualsiasi trattamento sanitario interrompendo il quale si verificherebbe la morte del malato anche in maniera non rapida».

⁸⁷ L’altro criterio è che «tale condizione – tenendo conto della volontà espressa dall’interessato prima di cadere in tale stato ovvero dei valori di riferimento e delle convinzioni dello stesso – sia incompatibile con la rappresentazione di sé sulla quale egli aveva costruito la sua vita fino a quel momento e sia contraria al di lui modo di intendere la dignità della persona».

⁸⁸ Tribunale di Roma, sez. civ. I, ordinanza 16 dicembre 2006, relativa al caso Welby. Sul punto, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 101 ss.

mente – un consolidato principio desumibile dalla giurisprudenza costituzionale⁸⁹. Ciò incide inevitabilmente sul rilievo che valutazioni di carattere medico-scientifico possono svolgere all'interno del percorso argomentativo, in quanto i giudici valutano necessaria una preventiva copertura legislativa affinché possano assumere rilievo giuridico a livello giurisdizionale. Un approccio siffatto rischia però di tradursi – come nel caso citato – in un sostanziale vuoto di tutela rispetto a pretese soggettive delle quali sia stata precedentemente affermato il fondamento costituzionale (artt. 2, 12, 32, secondo comma, Cost.) e medico-scientifico.

Infine, all'interno di questa categoria sono sussumibili casi che confermano come, in particolare nell'ambito delle questioni relative al fine vita, la natura tecnico-scientifica delle questioni possa non rilevare direttamente all'interno del processo argomentativo ma finisca senz'altro con l'aumentare, da un lato, la densità assiologica delle medesime e, dall'altro lato, lo spettro dei casi nei quali possono essere legittimamente rivendicati spazi inediti di esercizio di libertà costituzionali, come nel caso del diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari. Un esempio paradigmatico è rappresentato dalla già citata sentenza n. 242/2019, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato parzialmente illegittima la norma incriminatrice dell'assistenza al suicidio (art. 580 c.p.). Anche in tale sentenza, si riconosce l'impatto dell'evoluzione medico-scientifica nella costante ripermetrazione dell'ambito e delle forme di esercizio dei diritti individuali⁹⁰. Si tratta – sostanzialmente – di un'ipotesi di anacronismo legislativo provocato dall'evolvere delle applicazioni tecnologiche all'ambito medico e della sensibilità sociale nei confronti di tali questioni, che nel caso citato la Corte costituzionale ha superato comprimendo l'ambito di applicazione della norma oggetto di scrutinio (art. 580 c.p.) e proponendo una procedura attraverso la quale è possibile richiedere un aiuto al suicidio limitatamente ai casi nei quali la persona avrebbe potuto alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita. Significativamente, tale procedura viene definita «medicalizzata», in quanto caratterizzata dal sistematico utilizzo di meccanismi di rinvio alla dimensione medico-scientifica, che di volta in volta è espressa dall'autonomia e responsabilità del medico al quale la richiesta di assistenza viene portata, dalla funzione di controllo e garanzie delle strutture sanitarie pubbliche nelle quali la procedura viene eseguita e da quella consultiva del comitato etico che deve emanare un parere obbligatorio⁹¹.

⁸⁹ Il già richiamato filone giurisprudenziale relativo alla ragionevolezza scientifica inaugurato dalla sentenza n. 282 del 2002 (S. PENASA, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, 817-841).

⁹⁰ La Corte ricorda come si tratta di «situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali» e come «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 e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost.».

⁹¹ Secondo G. BATTISTELLA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara incostituzionale la fattispecie penale di «favoreggiamento commerciale del suicidio» (§ 217 StGB): una lettura in parallelo con il «caso Cappato»*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 339, «lo specifico ambito nel quale viene svolto questo tipo di accertamento conferisce alla procedura una connotazione intrinsecamente medica, divenendo il sapere medico-scientifico un elemento indispensabile, da cui dipendono sia il diritto a ricevere aiuto a morire, sia l'esimente penale per i professionisti sanitari che abbiano preso parte alla procedura».

6. Riflessioni conclusive: il giudice e la scienza nel prisma della complessità assiologica dei casi

Nel presente scritto si è preso avvio riconoscendo la natura originaria – genetica – del biodiritto come essenzialmente giurisprudenziale, alla luce anche del costante ritardo che caratterizza l'intervento legislativo in ambiti scientificamente connotati. In tal senso, il giudice deve essere considerato come elemento necessario delle dinamiche normative e istituzionali che connotano la dimensione biogiuridica. In tale prospettiva, la relazione tra dimensione legislativa e dimensione giurisprudenziale è stata quindi declinata in termini di leale cooperazione, partendo dal presupposto della natura sussidiaria di tale relazione⁹².

Il ruolo svolto dall'utilizzo di dati, criteri e concetti scientificamente connotati all'interno del processo – tanto ordinario quanto costituzionale – è stato assunto quale prospettiva di analisi della giurisprudenza proposta nei paragrafi precedenti, ponendolo in relazione con la complessità etica e assiologica che le questioni poste dall'evoluzione tecnico-scientifica e dalla sua applicazione nell'ambito delle scienze della vita inevitabilmente producono. Coerentemente a tale approccio, l'analisi della giurisprudenza ha confermato la teoria proposta, secondo la quale è possibile distinguere due categorie di approcci sulla base del diverso rapporto tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica espresso dai casi oggetto di valutazione, per quanto queste ultime si presentino ulteriormente differenziati al loro interno.

Da un lato, attraverso l'analisi della giurisprudenza in materia di inizio vita, è stata razionalizzata la categoria di casi nei quali la scienza fa ingresso nel processo e integra la dimensione assiologica, divenendo essa stessa uno strumento per regolare o comunque metabolizzare il pluralismo che la società tende a esprimere. In tale ambito, l'utilizzo o il rinvio a conoscenze e acquisizioni consolidate di natura medico-scientifica risulta solitamente decisivo a orientare le decisioni assunte dalle corti, in particolare nello scrutinio della ragionevolezza del bilanciamento operato a livello legislativo, a livello di giurisprudenza costituzionale, e nell'interpretazione delle norme, da parte dei giudici comuni. Un elemento comune ai casi sussumibili a tale categoria è rappresentato dal fatto che i dati scientifici, attraverso la tecnica privilegiata del rinvio a competenze o acquisizioni consolidate, connotano in modo decisivo il percorso argomentativo svolto dai giudici, venendo in tal senso a concorrere – integrandole – con le più tradizionali valutazioni di ordine assiologico a determinare il contenuto del bilanciamento da operare, contribuendo in taluni casi a riconfigurare le valutazioni svolte a livello legislativo.

Dall'altro lato, le questioni emergenti dalle scelte di fine vita hanno consentito di chiarire il contenuto della seconda categoria descritta, caratterizzata da quei casi nei quali la scienza rappresenta la “mera” occasione di espressione del pluralismo assiologico emergente dalla società. In tali casi, le innovazioni tecnico-scientifiche mettono a disposizione nuovi strumenti di realizzazione ed espressione per le domande di riconoscimento di tutela che emergono dalla società, funzione che viene solitamente

⁹² Analizza criticamente tale dinamica, con riferimento in particolare al rapporto tra legislatore e Corte costituzionale, P. ZICCHITTO, *Cosa resta della discrezionalità legislativa? A proposito di due recenti pronunce della Corte costituzionale in tema di maternità surrogata*, in *PasSaggi costituzionali*, 1, 2021, in particolare 220-222, il quale sottolinea il rischio che «i ruoli tradizionalmente assegnati al Parlamento e al giudice delle leggi potrebbero diventare perfettamente alternativi [...]».

riconosciuta e utilizzata dal giudice al fine di chiarire le caratteristiche fenomenologiche del caso e che si pone in una relazione servente rispetto alle valutazioni di ordine assiologico. Tuttavia, anche in tale categoria sono state evidenziate occasioni nelle quali i giudici si riferiscono a elementi, dati e interpretazioni derivate dal contesto medico-scientifico, al fine di chiarire il significato giuridicamente rilevante di concetti a contenuto scientifico, concorrendo alla determinazione del concreto ambito di esercizio di diritti costituzionali, come nel caso del diritto a rifiutare o sospendere trattamenti sanitari salva-vita.

La relazione tra giudice e fattore tecnico-scientifico risulta pertanto irrinunciabile nel contesto bio-giuridico, essendo – da un lato – una conseguenza automatica che deriva dalla sempre più forte pressione esercitata dai casi scientificamente connotati sul diritto e – dall’altro lato – un elemento fisiologico dell’esercizio della funzione giurisdizionale, soprattutto quando intesa nell’ottica di una relazione cooperativa rispetto all’esercizio di discrezionalità politica del legislatore. Assorbendo la variabilità tipica di un esercizio costituzionalmente orientato della giurisdizione, l’analisi condotta ha confermato come gli esiti di tale relazione – scienza, giudici, casi – risulta poter essere sistematizzata solo parzialmente, potendosi individuare degli elementi ricorrenti tipici che accomunano le diverse categorie di approcci proposte.

L'aiuto a morire nell'ordinamento spagnolo e definizione del contesto eutanasi

Ugo Adamo*

ASSISTED-DYING LEGISLATION IN SPAIN AND DEFINITION OF THE EUTHANASIC CONTEXT

ABSTRACT: This essay analyzes Spain's recent organic legislation on state assisted dying. After analyzing the context in which the reform has developed, this article seeks to identify the strengths and weaknesses of the new law. Moreover, the article considers the compliance of the new law with the Spanish Constitution and the European Convention on Human Rights. Finally, the analysis focuses on the legislative vacuum following the Italian Constitutional Court's ruling no.242/2019.

KEYWORDS: Spanish organic law; help to die; assisted suicide; euthanasia; conscientious objection

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Cosa si deve intendere per *prestación de ayuda a morir* – 3. La novella fra (molte) luci e (qualche) ombra – 4. Una legislazione statale che si "riappropria" della competenza in materia di diritti. Dal (vuoto) diritto *statutario* a morire con dignità al diritto *statale* dell'aiuto a morire – 5. Quando il sistema è fisiologicamente orientato: il bilanciamento è operato dal Legislatore e il controllo della ragionevolezza di *quel* bilanciamento è nella disponibilità dell'organo della giurisdizione costituzionale – 6. Conclusioni (aperte) per l'Italia.

«Il corpo interviene giorno e notte; si smussa o si affila, si colorisce o scolora [...] La creatura che vi sta rinchiusa può solo vedere attraverso il vetro, imbrattato o roseo; non può separarsi dal corpo come il coltello dalla guaina o il seme dal baccello per un solo istante».
V. WOOLF, *Sulla malattia*, Torino, 2006, 9.

1. Premessa

L'Assemblea del *Congreso de los Diputados* spagnolo – durante la sessione svoltasi lo scorso 18 marzo – ha approvato la *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia* con una maggioranza ancor più ampia di quella prescritta dall'art. 81, c. 2, della Costituzione spagnola, per il quale si richiede che l'adozione di una legge organica per l'attuazione e lo sviluppo dei diritti fondamentali sia approvata con almeno la maggioranza assoluta dei componenti del Congresso. Il testo – in seconda lettura a seguito di emendamenti votati in Senato – è stato approvato con ben 202 voti a favore, 141 contrari e solo 2 astenuti, ed è stato, quindi, pubblicato nel *Boletín Oficial del Estado* (n. 72 del 25 marzo) come legge organica n. 3/2021, del 24 marzo, che disciplina l'aiuto a morire e che modifica l'art. 143 del Codice penale.

* Ricercatore (RTD-B) di Istituzioni di diritto pubblico, Università della Calabria. Mail: ugo.adamo@unical.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

In un periodo di regime democratico relativamente breve, il Legislatore spagnolo nella sua funzione nomopoietica ha avuto la volontà e, quindi, la capacità di normare in maniera sia reattiva che proattiva in tema di diritti civili, tanto che è riuscito a mantenere un passo non troppo distante da quello, velocissimo, della scienza e della tecnica (ad esempio, in materia di *reproducción asistida*¹ e di *instrucciones previas*²), che in tale ambito esercitano, ormai da decenni, una influenza indiscutibile e ripercussioni inarrestabili.

La pressante richiesta da parte di una considerevole fascia della popolazione ha rappresentato uno stimolo per un maggiore attivismo del Parlamento al fine di una vieppiù ampia attuazione del testo costituzionale. Il conseguente dibattito pubblico e parlamentare ha favorito quei momenti di mediazione e di coesione che sono propri del processo legislativo e un po' meno di quello giurisdizionale, tradizionalmente chiamato a pronunciarsi sulle questioni non risolte dal potere politico ma alle quali non si può non rispondere stante il divieto del *non liquet*. In Spagna si è consolidato ciò che in Italia molte volte manca, ovvero sia un rapporto fisiologico tra gli organi della forma di governo, per cui il Legislatore esercita la propria funzione, che potrà, poi e sempre, essere sindacata dalla Corte costituzionale.

Il caso spagnolo ci consegna anche un'altra considerazione preliminare, quella per cui un Parlamento che 'decide di decidere' può adottare in un tempo relativamente breve una deliberazione legislativa su materie molte volte definite divisive. Sono trascorsi poco più di due anni da quando in Spagna si è aperto un dibattito pubblico sul tema dell'eutanasia, proprio lì dove risiede la sovranità popolare, nelle *Cortes Generales*. Nel luglio del 2018 (XII Leg.) la Camera dei deputati accolse la proposta legi-

¹ In riferimento alla materia e in ultimo alla *ley estatal* 14 del 26 maggio 2006, in dottrina almeno M. OLAYA GODOY, *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Madrid, 2014; F.J. JIMÉNEZ MUÑOZ, *La reproducción asistida t su régimen jurídico*, Madrid, 2021. Fra la dottrina italiana: S. PENASA, *La procreazione medicalmente assistita: due modelli a confronto*, in C. CASONATO, E. CAMASSA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005, 93-135; M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. CASONATO, T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 37-91. Solo se si vuole, si rinvia anche al nostro *La tecnica di riproduzione assistita in Spagna. Regolamentazione giuridica e giurisprudenza costituzionale*, in *DPCE Online*, 1, 2017, 109-134.

² Sugli aspetti giuridici della *ley estatal* 41/2002, cfr., almeno, J. SÁNCHEZ CARO, F. ABELLÁN SÁNCHEZ, *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Albolete, 2008. Si v. anche i diversi contributi raccolti in A.M^a. MARCOS DEL CANO (a cura di), *Voluntades anticipadas*, Madrid, 2014; C. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Testamento vital y voluntad del paciente (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Siviglia, 2003, 125; J.A. SEOANE, *Derecho y planificación anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España*, in *Derecho y salud*, 14/2006, 289; M. ALONSO OLEA, F. FANEGO CASTILLO, *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Madrid, 2003, 55; B. CASADO CASADO, *El testamento vital como instrumento jurídico de protección de derechos* in G. RUIZ-RICO RUIZ-M^a.L. MORENO-TORRES HERRERA-N. PÉREZ SOLA (a cura di), *Principios y derechos constitucionales de la personalidad: su proyección en la legislación civil*, Valencia, 2010, 58; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentario a la ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Valladolid, 2003, 358; F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *Límites a la autonomía de voluntad e instrucciones previas: un análisis desde el Derecho Constitucional*, in *Derecho y salud*, 20, 2010, 81; S. GALLEGU RUESTRA, *El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas*, Madrid, 2009, 92. Solo se si vuole, si rinvia anche al nostro, *Sulla disciplina giuridica delle istruzioni previas nell'ordinamento spagnolo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2017.

slativa in materia di eutanasia avanzata dal Gruppo parlamentare socialista (rimasto al governo anche dopo le ultime elezioni per la XIV Leg.) dopo una deliberazione adottata con 206 voti a favore, 132 contrari e 1 astenuto.

Ciò risulta ancora più rilevante in una situazione politica e istituzionale chiamata a fronteggiare una crisi insieme economica, sociale, territoriale e, soprattutto, pandemica; anche in un tale contesto, si è andati avanti su un tema che pure dicevamo divisivo e che è stato affrontato e risolto senza che il richiamo all'eticamente sensibile³ sia stato finalizzato a frenare la discussione sulla materia da disciplinare.

È da molti anni che il dibattito sull'eutanasia non si è mai arrestato, anzi si è alimentato attraverso discussioni che hanno riconosciuto il diritto a morire in modo dignitoso e questo anche a seguito della nota *sentencia* del *Tribunal Constitucional de España*⁴, per la quale non esiste una dimensione negativa del diritto alla vita e il contenuto di protezione positiva di tale diritto non permette di includervi il diritto alla propria morte. Per gran parte della dottrina⁵ ciò non significa che il diritto di vivere (art. 15 *Constitución Española*, d'ora in avanti *CE*) possa essere trasformato in un dovere di vivere a qualunque costo né esclude che non si possa parlare di un diritto a morire dignitosamente riconosciuto attraverso un'interpretazione sistematica dei diritti di libertà e di eguaglianza (art. 1, c. 1, *CE*), della dignità umana e del libero sviluppo della personalità (art. 10 *CE*), del divieto di trattamenti inumani o degradanti (art. 15 *CE*) e della libertà ideologica (art. 16 *CE*) o del diritto all'intimità personale (art. 18, c. 1, *CE*).

Ma il dibattito non si è mai arrestato, anche per drammatici fatti di cronaca giudiziale⁶ e per una legislazione regionale che, almeno nominalmente, "spingeva" per un "riconoscimento" (già) di un *derecho (estatutario) a una muerte digna*⁷.

2. Cosa si deve intendere per *prestación de ayuda a morir*

Nel titolo di questo nostro contributo⁸ non si è fatto esplicito riferimento all'eutanasia, anche se tale lemma appare nella stessa rubrica della legge, e ciò per un motivo evidente: il testo normativo ana-

³ O al diffuso e sfuggente argomento del benaltrismo. Si pensi che nella medesima seduta si è approvata una normativa sull'emergenza pandemica da Sars-Cov-2 e sulla protezione della vittima da violenza di genere.

⁴ STC 120/1990, del 27 giugno, FJ 7.

⁵ *Ex multis*: F. REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Madrid, 2008, 147 ss.; F.J. ANSUÁTEGUI ROIG (a cura di), *Problemas de la eutanasia*, Madrid, 1999; C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida: aspectos constitucionales*, in *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2003, 55 ss.

⁶ In dottrina almeno M³P. MOLERO MARTÍN-SALAS, *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*, Madrid, 2014, 219.

⁷ Cfr. *infra* § 4.

⁸ Per un primo commento della legge organica si veda il recente numero della Rivista *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 29/2021, il cui numero monografico è dedicato a *La Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia, a debate*, 17 ss.; cfr., altresì, C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA (cur.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Madrid, 2021; C.M. ROMEO CASABONA, *La ley orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del código penal*, in *Questa Rivista*, 2, 2021, 283 ss. Se si vuole, si rinvia anche al nostro *In Spagna è riconosciuto il diritto (con limiti) a richiedere e a ricevere l'aiuto medico a morire (con dignità)*, in *Diritti comparati*, 25 marzo 2021.

lizzato non riguarda solo ed esclusivamente tale pratica ma, più in generale, la *prestación de ayuda a morir* (aiuto medico a morire: eutanasia e aiuto al suicidio). Tale prestazione, infatti, si può mettere in atto con due modalità: 1. la somministrazione diretta di una sostanza al paziente da parte di un medico competente (l'eutanasia); 2. la prescrizione o la fornitura al paziente da parte del medico di una sostanza da autosomministrare per provocare la morte (l'ausilio al suicidio).

Il termine *eutanasia* a differenza che nel Preambolo e nel Titolo, compare solo tre volte nel testo e una sola nella *Disposición final primera* nella quale si modifica l'art. 143 del Codice penale, con l'aggiunta di un comma che introduce una scriminante procedurale.

L'*iter legis*, incardinato nella Camera, durante la discussione in Senato ha conosciuto alcune proposte emendative, che poi la Camera ha accolto, deliberando e licenziando definitivamente il testo con voto finale.

Così come specificato dal testo di legge, questa entrerà in vigore dopo 3 mesi dalla sua pubblicazione sul *Boletín Oficial del Estado* (d'ora in avanti *BOE*)⁹, a esclusione dell'articolo 17 che riguarda l'istituzione e la composizione delle *Comisiones de Garantía y Evaluación* (organi di natura amministrativa, anche giustiziale, a base territoriale), che dovranno essere formate e costituite entro 3 mesi dalla entrata in vigore dell'articolo (il giorno stesso della pubblicazione sul *BOE*) e non già della legge (tre mesi dalla pubblicazione). Grazie a questo sfasamento temporale, l'entrata in pieno regime delle Commissioni da istituirsi in ogni *comunidad autónoma* non sarà ritardata¹⁰ rispetto alla entrata in vigore della legge tutta ma sarà ad essa contestuale, e ciò proprio al fine di non ritardare la concretizzazione di un diritto finalmente riconosciuto.

Quindi, nell'ordinamento giuridico spagnolo si introduce l'aiuto medicalizzato a morire come un *nuovo diritto individuale*. In tale quadro, l'eutanasia è descritta in modo chiaro¹¹ – come chiari¹² sono i

⁹ La legge è, quindi, entrata in vigore lo scorso 25 giugno. Fatta salva la *cuestión de inconstitucionalidad*, entro lo stesso termine (tre mesi a partire dalla pubblicazione) è, inoltre, possibile presentare ricorso di incostituzionalità (proposto, fra gli altri, da *cincuenta Diputados y cincuenta Senadores*). Questo, del resto, è ciò che è accaduto proprio il 16 giugno su iniziativa dei parlamentari appartenenti al partito politico *Vox*. Il TC ha, con *providencia*, accolto il ricorso ma ha rigettato l'istanza di sospensione; la legge è, quindi, entrata in vigore. Il *Tribunal* non ha sospeso l'applicazione della legge (non siamo dinanzi ad un ricorso dello Stato avverso una legge regionale) alla luce dell'art. 30 della *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*.

¹⁰ *Rectius*: non avrebbe dovuto essere ritardata. E infatti, dal sito telematico del *Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social* e da quelli delle *Comunidades Autónomas*, si ha contezza che le *Illes Balears* sono state le prime a creare la Commissione e a nominare tutti i suoi membri; tale CA fu quindi seguita da quelle di *Aragón, Castilla-La Mancha, la Comunidad Valenciana, la Murcia* e il *País Vasco*. Diversamente, *Asturias, Canarias, Cantabria, Cataluña* ed *Extremadura* hanno solo approvato i decreti per costituire le Commissioni e non anche nominare i membri. Diversamente ancora, *Andalucía, Castilla y León, Galicia, la Comunidad de Madrid, Navarra* e *La Rioja* non hanno prodotto alcun risultato, anche se, e ciò vale ad esempio per *Madrid*, in alcune esiste già il Registro per gli obiettori di coscienza.

¹¹ S. ROMBOLI, *Una storia a lieto fine: la Spagna approva i trattamenti eutanasi di fine vita*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, 431.

¹² Sulla giurisprudenza della CEDU, si rinvia, anche per la dottrina ivi citata, a L. POLI, *L'ultimo diritto. Esitazioni, contraddizioni, ma anche aperture nella giurisprudenza della Corte EDU in materia di fine vita*, in *Giurisprudenza penale WEB*, 2019, 1-bis - "Questioni di fine vita". Solo se si vuole, si rinvia anche al nostro *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Rivista aic.it*, 2, 2016, 1-31.

limiti per la richiesta¹³ – come quella «azione che produce direttamente e intenzionalmente, attraverso una relazione di causa-effetto unica e immediata, la morte di una persona che ne abbia fatto richiesta informata, espressa e ripetuta nel tempo, in un contesto di sofferenza causato da una malattia *incurabile* che la persona valuta come inaccettabile e che non può essere mitigata con altri mezzi»¹⁴.

La legge approvata consta di ben 19 articoli e di diverse disposizioni transitorie e finali.

L'articolato è preceduto da un Preambolo, e quindi dai *motivi* che hanno spinto alla presentazione e all'approvazione di una legge che intende assicurare «una risposta giuridica, sistematica, equilibrata e garantista a una domanda, qual è l'eutanasia, sollecitata dall'attuale società»¹⁵.

La legge si prefigge fin da subito l'obiettivo di stabilire cosa si debba intendere per eutanasia, quali siano i principi costituzionali di riferimento, quali i limiti alle libertà individuate.

Per il Legislatore, con il termine eutanasia non si intende fare riferimento ad altre situazioni già lecite nell'ordinamento spagnolo; non ci si riferisce cioè ai concetti errati e fuorvianti di “eutanasia passiva” (rifiuto delle cure) e di “eutanasia attiva indiretta” (impiego di trattamenti che hanno il solo fine di sedare il dolore fisico e psichico). Per eutanasia (senza aggettivazione alcuna) è intesa quella pratica medica il cui nucleo essenziale è così riassumibile: richiesta libera e consapevole da parte di un soggetto malato; raggiungimento di uno stato di malattia talmente grave da essere definito come irreversibile e che comporta che il vivere non sia più accettabile dalla (e solo dalla) persona richiedente la pratica eutanasi; espressione del principio personalista e della libera autodeterminazione del soggetto richiedente¹⁶.

Alla base della decisione legislativa – si legge ancora nei *motivi* – vi è la volontà politica di *parlamentarizzare* un dibattito già da tempo avviato in ambito accademico così come in quello della società civile e che ciclicamente e carsicamente si ripropone all'indomani di casi tragici che continuano a non avere una risposta seppur richiesta.

Come sottolineato ormai da anni dalla dottrina, l'odierno dibattito trova l'abbrivio dalla sempre più incisiva influenza che la tecnica (nei paesi “sviluppati”) ha sul corpo e più in generale sulla vita di ognuno, tanto che è sempre più “naturale”, ad esempio, trovarsi in quello che il Legislatore spagnolo

¹³ La ragionevolezza della previsione di limiti all'autodeterminazione si fonda sull'assunto che seppure «ogni persona ha il diritto di prendere da sola decisioni personali importanti [, ...] le persone possono fare scelte di tale portata in modo impulsivo o spinte dalla depressione». R. DWORKIN, *Introduzione* alla memoria presentata, in qualità di *Amicus curiae*, alla Corte Suprema, che doveva decidere sul caso Quill, da vari filosofi, oltre allo stesso DWORKIN da T. NAGEL, R. NOZICK, J. RAWLS, J. JERVIS THOMSON. Tale *Introduzione* è pubblicata nella traduzione italiana in *Suicidio assistito: la memoria dei filosofi* come inserto speciale della *New Review of Books – Rivista dei libri*, Luglio-Agosto, 2, 1997. Nelle parole di Corte cost., sent. n. 242/2019: «il mantenimento di una “cintura di protezione” penalmente presidiata è giustificata, nell'ipotesi in esame, da esigenze di tutela del bene supremo della vita umana», p.to 6 *cons. in dir.*

¹⁴ Punto II del *Preámbulo* della *Ley Orgánica 3/2021*.

¹⁵ Punto I del *Preámbulo* della *Ley Orgánica 3/2021*.

¹⁶ Per una definizione del termine eutanasia, limitatamente alla dottrina spagnola, cfr. a F. REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos*, cit.; C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Eutanasia (jurídico)*, C.M. Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, I, Granada, 2011, 831 ss.; I. DE MIGUEL BERIAIN, *El derecho en el final de la vida: rechazo al tratamiento, limitación del esfuerzo terapéutico, sedación en la agonía, auxilio al suicidio y eutanasia*, in D.L. RISCO, L.G. GARCÍA, F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (coord.), *Tratado de derecho sanitaria*, I, Navarra, 2013, 893 ss.; M^oP. MOLERO MARTÍN-SALAS, *op. cit.*, 219.

ha chiamato «*contexto eutanásico*», vale a dire quella condizione di prolungamento dell'aspettativa di vita, anche in condizioni di grave malattia, pur in assenza di cure efficaci e adeguate o di un significativo miglioramento della qualità della vita stessa: comunemente, infatti, si parla di *processo* del fine vita¹⁷, in quanto *il morire* costituisce non tanto un momento, un atto puntuale nel tempo, un fatto ineluttabile, quanto piuttosto una fase (anche lunga), non limitata da una fine imminente. Se ci si trova nelle condizioni che legittimano la morte volontaria medicalmente assistita, ovverosia nel *contexto eutanásico*, «il bene della vita può recedere a favore degli altri beni e diritti con cui deve essere soppesato, non essendoci alcun dovere costituzionale di imporre o tutelare la vita a tutti i costi e contro la volontà del titolare del diritto alla vita. Per questo stesso motivo, lo Stato è obbligato a fornire un regime giuridico che stabilisca le necessarie garanzie e certezza del diritto»¹⁸.

Tutto ciò è chiaro al Legislatore spagnolo così come lo è lo stretto collegamento che intercorre tra il tema della disponibilità della vita¹⁹ e i diritti fondamentali della libertà, dell'autonomia e del bene della dignità²⁰ della persona. Ma la tutela di questi diritti, *in primis* quello della vita, esige che la richiesta di porvi fine tramite un *facere* (vale a dire un intervento attivo) da parte di terzi possa e debba essere avanzata ma solo ed esclusivamente in alcune, tassative e legalizzate circostanze.

La tutela della vita e della dignità – in particolare la necessaria protezione dei soggetti più deboli e vulnerabili – si assicura proprio garantendo che ogni persona possa sì esprimersi attraverso la propria autodeterminazione, ma sempre nel rispetto di determinati limiti anche quando non si interferisca in sfere giuridiche altrui; d'altronde, in uno Stato costituzionale nessun diritto può considerarsi esente da limiti, e ciò per scongiurare che un diritto diventi *tiranno* nei confronti degli altri²¹. Per assicurare poi che l'autonomia del richiedente l'eutanasia si esprima nel modo più pieno e libero ed affinché lo Stato possa adempiere al compito di tutelare il soggetto anche contro se stesso, è necessario che il ricorso all'aiuto medico a morire sia ben limitato e rigidamente circoscritto.

D'altronde, in tutti i Paesi dove le pratiche eutanasiche sono riconosciute con legge, il vaglio del controllo di costituzionalità è stato favorevole nei riguardi di quelle legislazioni che appunto prevedevano il rispetto di concreti requisiti e garanzie (anche la Corte europea di Strasburgo assume questa chiave interpretativa tutelativa).

3. La novella fra (molte) luci e (alcune) ombre

Per quanto finora detto e per quanto si dirà, la legge spagnola s'inscrive pienamente in quegli ordinamenti definiti come *permissivi*²².

¹⁷ Se si vuole si rinvia alla nostra voce *Costituzione e (processo del) fine vita*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Agg. XII, Torino, 2019, 143-182.

¹⁸ Punto I del *Preámbulo* della *Ley Orgánica* 3/2021.

¹⁹ Si rinvia, per tutti, al contributo più completo, oltre che recente, prodotto dalla dottrina: G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Torino, 2020.

²⁰ R. CHUECA (a cura di), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid, 2015.

²¹ Implicito, ma neanche tanto, il riferimento alla nota teoria schmittiana e, quindi, a Corte cost., sent. n. 85/2013.

²² Il riferimento va alla costruzione idealtipica proposta da C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 124 ss.

Nell'articolato si definiscono i termini impiegati nel disposto legislativo; fra questi – oltre a quello di «malattia grave ed incurabile»²³ – si descrive lo stato di *sofferenza grave, cronica e invalidante* come quella

«situazione che fa riferimento a limitazioni che incidono direttamente sull'autonomia fisica e sulle attività della vita quotidiana, tali da non consentire di badare a sé stessi, nonché sulla capacità di espressione e relazione, e che sono associate a sofferenza fisica o psichica, costante e intollerabile per chi ne soffre, con la sicurezza o l'alta probabilità che tali limitazioni persistano nel tempo senza possibilità di cura o di apprezzabile miglioramento. A volte²⁴ può significare dipendenza assoluta da un supporto tecnologico»²⁵.

Nel Capitolo II si stabiliscono i presupposti per la richiesta di aiuto medico a morire, inteso (lo si ripete) sia come aiuto al suicidio che come omicidio del consenziente (impiegando il lessico codicistico-penalistico italiano): qualsiasi persona maggiorenne, in piena capacità di agire e decidere, in possesso di cittadinanza spagnola, della residenza legale in Spagna oppure di un certificato anagrafico dal quale risulti un periodo di residenza nel paese superiore a dodici mesi²⁶ (per impedire il c.d. *turismo dei diritti*)²⁷, che soffra di «una malattia grave e incurabile»²⁸ o di «sofferenza grave, cronica e invalidan-

²³ Art. 3, c. 1, lett. c), della *Ley Orgánica 3/2021*: «quella che per sua natura è fonte di sofferenze fisiche o psichiche *costanti e insopportabili senza possibilità di un sollievo* che la persona consideri come tollerabile, con una aspettativa di vita limitata, in un contesto di *fragilità progressiva*».

²⁴ Vale a dire che non è richiesto che ciò si verifichi *sempre*. Come si può notare con una certa immediatezza, non si accoglie quel vincolo *stretto* – per chi scrive persino *irragionevole* («*Senza distinzione di ... condizioni personali*»). Sulla tenuta di uno dei limiti all'aiuto al suicidio definiti dalla Corte costituzionale, in *Critica del Diritto*, 2, 2019, 19-38) – richiesto dalla Corte costituzionale italiana con la sent. n. 242/2019 – che, lo ricordiamo, si occupava solo dell'aiuto al suicidio e non già di eutanasia – per il quale si limita la liceità dell'aiuto al suicidio al caso in cui il soggetto agevolato sia *anche* tenuto in vita per mezzo di trattamenti di sostegno vitale. Per una interpretazione estesa della nozione di “trattamenti di sostegno vitale” tanto da “escluderne” una reale portata cfr., però, una recente giurisprudenza di merito: Corte di Assise di Massa del 27 luglio 2020 confermata nel giudizio di gravame. La nozione di *trattamento di sostegno vitale* non significa necessariamente ed esclusivamente dipendenza «da una macchina», ma si riferisce a qualsiasi tipo di trattamento sanitario, sia esso realizzato con terapie farmacologiche o con l'assistenza di personale medico o paramedico o con l'ausilio di macchinari medici, compresi anche la nutrizione e idratazione artificiali: per trattamento di sostegno vitale deve intendersi «qualsiasi trattamento sanitario interrompendo il quale si verificherebbe la morte del malato anche in maniera non rapida», così a fine del p.to 15.2. In dottrina: C. CUPELLI, *il caso Cappato e i nuovi confini di liceità dell'agevolazione al suicidio. dalla 'doppia pronuncia' della Corte costituzionale alla sentenza di assoluzione della corte di assise di Milano*, in *Cassazione Penale*, 4/2020, 1428 ss.; G. BARCELLONA, *Suicidio e ragionevolezza: la "cura" come lex specialis*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2020, 1558 ss.

²⁵ Art. 3, c. 1, lett. b), della *Ley Orgánica 3/2021*.

²⁶ Cfr. *I requisitos para recibir la prestación de ayuda para morir* e, quindi, l'art. 5, c. 1, lett. a), della *Ley Orgánica 3/2021*. In Spagna l'età anagrafica che segna il passaggio dalla minore alla maggiore età è definita nella stessa Carta costituzionale il cui articolo 12 recita, appunto, che «[g]li spagnoli acquistano la maggiore età a 18 anni».

²⁷ Si pensi al caso svizzero. Su tale espressione per tutti si rinvia a S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 56 s. In riferimento anche S. ROMBOLI, *Una storia a lieto fine*, cit., 431.

²⁸ Cfr. l'art. 5, c. 1, lett. d), della *Ley Orgánica 3/2021*.

te certificata dal medico responsabile»²⁹, può richiedere e ricevere tale aiuto, a condizione che lo faccia in modo autonomo, cosciente e informato (anche tramite *instrucciones previas*³⁰, quelle che in italiano possono essere tradotte come disposizioni anticipate di trattamento secondo l'espressione impiegata nella l. n. 219 del 2017)³¹ e purché abbia i requisiti tassativamente richiesti dalla legge per ricevere *l'ayuda para morir*.

Per come si noterà, i requisiti e i controlli sono precisi, tipizzati e dettagliatamente previsti per l'esercizio del diritto a richiedere l'aiuto a morire.

Una volta ricevuta la prima richiesta di accesso al trattamento a morire sulla base di quanto richiesto dall'art. 5, c. 1, lett. c), il medico responsabile³² del procedimento deve verificare, entro due giorni, i requisiti di cui all'art. 5, c. 1, lett. a), c) e d), e iniziare con il paziente un *proceso deliberativo* sul suo stato, sulle possibilità terapeutiche e sui risultati sperabili, fornendogli al tempo stesso tutte le informazioni sulle cure palliative. Tutto ciò assicurando sempre che la comunicazione sia non solo comprensibile ma soprattutto compresa dal suo interlocutore; inoltre, seppur fornite oralmente, tutte le suddette informazioni dovranno comunque essere presentate al paziente per iscritto entro un termine massimo di cinque giorni.

²⁹ Cfr. l'art. 5, c. 1, lett. d), della *Ley Orgánica 3/2021*. La malattia cronica, grave e invalidante è quella che provoca una «sofferenza fisica e psichica intollerabile», così come specificato nel modificato quarto comma dell'art. 143 della *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (si v. la *Disposición final primera*).

³⁰ L'attuale regolamentazione delle *voluntades vitales anticipadas* non prevede l'uso previsto dalla legge organica. Si v. l'art. 11 della *ley estatal 41/2002*.

³¹ Qualora l'interessato abbia sottoscritto tali *instrucciones* non si applicherà quanto disposto dall'art. 5, c. 1, lett. b), per cui il richiedente deve avere a disposizione delle informazioni scritte sul suo decorso clinico, sulle alternative esistenti e sulle possibilità di attuazione, comprese le cure palliative prestate dal Servizio sanitario nazionale e le prestazioni di cui potrebbe beneficiare secondo la legge riguardo alle persone vulnerabili (*ley de dependencia*); lett. c), per cui è anche necessario che il richiedente presenti la sua istanza per iscritto o in altro modo che ne permetta traccia e lo faccia per due volte, in un lasso di tempo non inferiore a quindici giorni, volontariamente e senza pressioni esterne; lett. e), per la quale è richiesto il consenso informato che dovrà essere inserito nella propria cartella clinica. Quindi, tali previsioni normative non si applicheranno nella misura in cui il paziente non si trovi più nel pieno uso delle sue facoltà e abbia già sottoscritto un documento di disposizioni di volontà anticipate, un testamento biologico o un documento equivalente con valore legale. In questa ipotesi, qualora nominato, il rappresentante sarà l'interlocutore del medico responsabile (art. 5, c. 2). È altresì previsto che la richiesta di aiuto a morire possa essere presentata da un terzo (maggiorenne e pienamente capace di agire), che dovrà presentare il documento di direttive anticipate (o equivalente) firmato dall'interessato. La richiesta potrà essere presentata anche dal medico dell'interessato qualora sia a conoscenza delle *instrucciones previas* e, dopo aver avuto accesso al registro nazionale di tali disposizioni, sarà obbligato a darne seguito (art. 6, c. 4; art. 9). La legge organica prevede che la decisione del richiedente l'aiuto a morire può sempre essere revocata con la registrazione nella propria cartella clinica. Allo stesso modo, potrà sempre rinviare il momento in cui ricevere l'aiuto a morire (art. 6, c. 3). In dottrina, per tutti, si rinvia a A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir*, in C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA (cur.), *La eutanasia a debate*, cit., 119 ss.

³² Secondo l'art. 3, c. 1, della *Ley Orgánica 3/2021*, il medico responsabile è colui il quale ha «il compito di coordinare tutte le informazioni e l'assistenza sanitaria del paziente, quale *principale interlocutore* dello stesso in tutte le questioni relative alle informazioni dovute e alla sua cura e durante il processo sanitario, e fatti salvi gli obblighi degli altri professionisti che partecipano alle azioni assistenziali».

Trascorsi 15 giorni e avanzata la seconda richiesta, segue un nuovo processo deliberativo, che deve rispettare gli stessi termini di quello precedente, curando ancor di più la fase comunicativo-relazionale medico-paziente.

Trascorse ventiquattro ore dalla fine di questa (*doppia*) fase, il medico responsabile chiede nuovamente al paziente se intenda continuare o meno nella richiesta di aiuto a morire. In caso affermativo, egli ne dà comunicazione all'*équipe* medica, in particolare agli infermieri³³, così come, nel caso lo richieda lo stesso paziente, informerà i familiari o chi per loro; in ogni caso, il medico deve richiedere che il documento sul consenso informato sia debitamente sottoscritto.

È quindi previsto che il medico abbia un consulto con un collega specialista³⁴. Questi deve studiare la storia clinica del paziente ed esaminarlo, nonché controllare i requisiti di cui all'art. 5, comma 1, o, se del caso, del comma 2, e redigere, entro dieci giorni, un parere che verrà inserito in cartella clinica. Di tale parere sarà informato il paziente entro un termine massimo di ventiquattro ore e, *in caso di parere negativo*, questi potrà presentare un ricorso alla *Comisión de Garantía y Evaluación* territorialmente competente (che opererà come organo di natura giustiziale) entro quindici giorni.

In caso di parere positivo, il medico responsabile informa il presidente della *Comisión de garantía e de valoración* (d'ora in avanti Commissione)³⁵, che nomina due membri (un medico e un giurista) affinché controllino la regolarità della procedura entro sette giorni³⁶. Se questi si trovano in disaccordo, decide definitivamente la Commissione riunita in composizione plenaria entro un termine massimo di venti giorni³⁷.

La decisione definitiva è comunicata al presidente della Commissione che, a sua volta, informa entro due giorni il medico.

Con riguardo alla realizzazione del trattamento sanitario di aiuto a morire³⁸, una volta ottenuta la risoluzione positiva, si applicheranno i protocolli sul modo e il tempo di effettuazione del trattamento nel rispetto delle modalità decise dal paziente (eutanasia³⁹ o agevolazione al suicidio). Rispetto a quanto si determinerà, quindi, la realizzazione della pratica medica di aiuto a morire sarà effettuata con l'assistenza ovvero con la presenza dei professionisti sanitari.

Una volta realizzato il trattamento, il medico responsabile – entro un termine massimo di cinque giorni – informa la Commissione⁴⁰ con l'invio di una dettagliata documentazione⁴¹.

³³ Lo stesso dovrà avvenire, ovviamente, nel caso di rinuncia.

³⁴ A questi – medico esterno alla *équipe* del medico responsabile del procedimento e specializzato nelle patologie di cui è affetto il paziente – viene richiesto un parere consultivo: art. 3, c. 1, lett. e), della *Ley Orgánica 3/2021*.

³⁵ Cfr. il Capitolo V della *Ley Orgánica 3/2021 Comisiones de Garantía y Evaluación*: art. 17 *Creación y composición*; art. 18 *Funciones*; art. 19 *Deber de secreto*.

³⁶ Art. 10 della *Ley Orgánica 3/2021*.

³⁷ Art. 18, lett. a), della *Ley Orgánica 3/2021*.

³⁸ Art. 11 della *Ley Orgánica 3/2021*.

³⁹ Nella codicistica italiana si parla di omicidio del consenziente; bisognerebbe, però, seguendo la dottrina di autorevole studioso, riferirsi, nel caso, al «suicidio per mano altrui»: G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita*, cit., 568.

⁴⁰ Cfr. l'art. 18, c. 2, lett. b), della *Ley Orgánica 3/2021*: verifica, entro un periodo massimo di due mesi, se la prestazione di aiuto in caso di morte è stata svolta secondo le modalità previste dalla legge.

⁴¹ Riportata nell'art. 12 della *Ley Orgánica 3/2021*.

La prestazione di aiuto a morire è a carico del Servizio sanitario nazionale, e si può realizzare in centri pubblici, privati o convenzionati oppure a domicilio⁴², ma si esclude che possano intervenire professionisti con conflitto di interessi o chi potrebbe beneficiare della morte del paziente.

Nell'art. 16 della *Ley Orgánica 3/2021* si riconosce il diritto all'obiezione di coscienza dei medici. Tale previsione risulta ragionevole anche perché essa è *successiva* all'affermazione del diritto a *ricevere* l'aiuto necessario a morire (sempre che ricorrano tutte le condizioni) nonché alla previsione che l'assistenza sanitaria richiesta rientra nel Sistema Nazionale di Salute con finanziamento pubblico (garantendo, comunque, che le prestazioni possano avvenire anche nei centri privati e, se imposto dalle condizioni del richiedente, presso il domicilio). Di conseguenza, la prestazione di aiuto a morire non può essere compromessa dall'esercizio dell'obiezione di coscienza. Nell'articolo si precisa anche che «[l]e amministrazioni sanitarie creeranno un albo degli obiettori di coscienza, nel quale saranno registrate le dichiarazioni di obiezione di coscienza, che avrà lo scopo di fornire le informazioni necessarie all'amministrazione sanitaria affinché questa stessa possa garantire un'adeguata gestione dell'assistenza a morire»⁴³.

Il fine del registro (l'albo degli obiettori) deve essere valutato come una forma non di sanzione⁴⁴ quanto piuttosto di funzionalità servente al *dovere* organizzativo delle strutture sanitarie⁴⁵ e all'esercizio del diritto così come legalmente riconosciuto.

Quindi, e in conclusione, si riforma l'art. 143, nei commi 4 e 5, del Codice penale⁴⁶, in maniera che è prevista una esclusione di punibilità a favore del medico che, con atti necessari e diretti, causa o collabora alla morte di una persona⁴⁷ quando questa si trovi nel *contesto eutanasi* secondo quanto disposto dalle condizioni indicate nella *ley orgánica de la eutansia*. Quindi, secondo la *Disposición adicional primera*, la morte, come risultato dell'aiuto a morire, sarà considerata a tutti gli effetti *naturale*.

La legge nel complesso rappresenta un baluardo nella difesa dei diritti delle persone più fragili che già vivono una condizione di grave sofferenza, nonostante rimangano sullo sfondo due aspetti critici che forse avrebbero potuto trovare una diversa soluzione, non apparendo pienamente in linea con un sistema che riconosce un diritto e predispone e regola un più che dettagliato procedimento per la *realización de la prestación de ayuda para morir* (art. 8).

In primo luogo, è prevista una limitazione della richiesta delle pratiche eutanasiche ai soli maggiorenni. Stante il rilievo riconosciuto al principio di autonomia, alla previsione di precisi limiti e controlli, nonché alla presenza di stati di malattia grave e irrecuperabile, la decisione parlamentare è stata

⁴² Così come specificato nell'art. 14 della *Ley Orgánica 3/2021*.

⁴³ Art. 16, c. 2, della *Ley Orgánica 3/2021*. Cfr. A. RUIZ MIGUEL, *Objeción de conciencia y eutanasia*, in C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA (cur.), *La eutanasia a debate*, cit., 265 ss.

⁴⁴ D'altra parte non è pubblico, ma è informato al principio della massima riservatezza e alle norme sulla protezione dei dati personali.

⁴⁵ F. Lazzeri, *Dum Romae (non) consulitur, la Spagna approva una legge che disciplina l'eutanasia attiva*, in *Sistema Penale*, 22 marzo 2021, 11.

⁴⁶ Fra la dottrina penalistica che ha commentato l'articolo *ante* riforma, si rinvia a G. MENDES DE CARVALHO, *Suicidio, eutanasia y derecho penal. Estudio del art. 143 del código penal español y propuesta de lege ferenda*, Granada, 2009; C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo c.p. (art. 143)*, Valencia, 2000; M.Á. NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Madrid, 1999.

⁴⁷ La disposizione abrogata parlava di *vittima*.

comunque quella di non estendere la praticabilità del trattamento anche ai minori di età (evidentemente ai soli c.d. minori maturi). Detto in altro modo, non si riconosce, quindi, lo stesso diritto pieno agli individui di età inferiore a quella prescritta per la generale capacità di agire responsabile del singolo. Questa indicazione legislativa è in parte da annotare sfavorevolmente perché non è del tutto coerente con le disposizioni legislative che riconoscono ai minorenni la possibilità di decidere su altri diritti personalissimi. Sarebbe stato opportuno non vincolarsi al limite della maggiore età, che rappresenta un bilanciamento tra autodeterminazione e responsabilità ma solo "in vitro". Bisognerebbe rispettare, ove possibile, la volontà del minore, dei suoi interessi, della sua volontà, prescindendo dall'età, e tenendo conto, "in vivo", del raggiungimento della sua capacità di discernimento e della piena capacità di poter decidere su di sé e sul proprio corpo (guardando, quindi, alla maturità raggiunta)⁴⁸, così come, del resto, prescrive l'art. 24, c. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

È altresì previsto un intervento rilevante da parte della Commissione che è non solo successivo (di monitoraggio) ma anche preventivo (di consulto) alla richiesta di aiuto a morire. Ciò rischia di burocratizzare eccessivamente la procedura anche e soprattutto per la constatazione che già è richiesto un intervento medico duplice per accertare il rispetto dei requisiti prefissati e per limitare al massimo il rischio di errore medico

(«il medico deve consultare un altro specialista che non faccia già parte dell'équipe sanitaria e che sia competente nel campo delle patologie del richiedente; tale medico, dopo aver analizzato la storia clinica ed effettuato l'esame del paziente, deve confermare la presenza delle condizioni stabilite [dalla legge], entro un periodo massimo di 10 giorni dalla seconda richiesta. Il medico consultato dovrà anche scrivere un rapporto che verrà consegnato al paziente richiedente, e che diventerà parte della sua storia medica»)⁴⁹.

Ma dietro la burocratizzazione vi è il fine – seppure mai citato neanche nelle motivazioni – di controllare il rischio della c.d. *pendiente resbaladiza*⁵⁰. Si è dinanzi a quel fenomeno (*rectius* argomento) per

⁴⁸ Fra gli Stati in cui è legittima la pratica dell'eutanasia rientra il Belgio, paese in cui è stata di recente promulgata la legge del 28 febbraio 2014, di modifica della legge del 28 maggio 2002 sull'eutanasia, che ha eliminato qualsiasi vincolo di età per la richiesta di intervento eutanasi (prima fissato alla soglia dei dodici anni). Il *Conseil d'État* (parere del Conseil d'État del 20 giugno 2001) e la *Cour constitutionnelle* (sentenza di infondatezza n. 153 del 29 ottobre 2015) hanno riconosciuto la piena legittimità delle disposizioni in materia di eutanasia, alla luce sia della Costituzione che del diritto sovranazionale (art. 2 CEDU): la precisazione è che il medico non possa praticare l'eutanasia senza che la capacità di discernimento del minore sia attestata per iscritto da uno psichiatra o da uno psicologo infantile. In dottrina, almeno, F. CEMBRANI-M. CASTELLANI-G. CIRIOLO, *Sulla legge belga che ha esteso anche ai minori (che si trovano in particolari condizioni) il diritto di morire*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2014, 227 ss.; AA.VV., *Forum. Introduzione. Il primo caso di eutanasia minorile in Belgio*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2016, 1-79. Con preciso riferimento alla legge spagnola non si può che rinviare a J. HERNANDEZ GARCIA, *Derecho individual a la eutanasia y la (discutible) exclusión de la personas menores de edad*, in C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA (cur.), *La eutanasia a debate*, cit., 115 ss.

⁴⁹ Art. 8, c. 3, della *Ley Orgánica* 3/2021.

⁵⁰ La «scivolosa china» dei «passi successivi» (F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici della eutanasia*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2/1988, 455; L. CORNACCHIA, *Placing care. Spunti in tema di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, 263 s.; G.M. FLICK, *Dovere di vivere, diritto di morire, oppure ...?*, in *Federalismi.it*, 11; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 230 ss. 109), detta anche del «piano inclinato» (R.G. FREY, *Il timore della "china scivolosa"*, S. BOK, *Eutanasia*, entrambi in G. DWORKIN-R.G. FREY-S. BOK, *Eutanasia e suicidio*

cui «una volta che si sia concesso qualcosa, che in ipotesi è una situazione desiderabile o moralmente accettabile, vi sono buone ragioni per temere che si scivolerà verso qualcos'altro, che è invece unanimemente considerato come una situazione indesiderabile o moralmente inaccettabile. Se ciò è vero, nulla deve essere concesso»⁵¹. Intanto si deve ribadire che l'eutanasia, intesa come qualsiasi atto compiuto da un medico per porre fine alla vita di una persona che si trova in una situazione fisica o psichica ritenuta dalla stessa intollerabile, se intesa in senso assoluto, vale a dire senza limiti, sarebbe da considerarsi intrinsecamente incostituzionale, perché contraria alla tutela del bene vita. L'esistenza dei limiti rende ragionevole il bilanciamento di tutti i diritti fondamentali che vengono in rilievo. È il procedimento che non solo rende controllabile l'abuso e l'errore (possibile in tutti i lavori umani)⁵², ma che anche e soprattutto assicura che il soggetto abbia la capacità di decidere in modo volontario per il suo bene, secondo la definizione che ne darà e che non può essere eterodiretta.

In ogni caso, le due previsioni appena richiamate, pur valutandosi come non *strettamente* imprescindibili, rimangono comunque ragionevoli (per una prima elaborazione legislativa) seppure in modo problematico. Con specifico riguardo al controllo preventivo svolto dalla Commissione di garanzia, è da valutare favorevolmente la previsione precisa dei termini perentori entro i quali rispondere, un po' meno quella per cui non si specifica con la dovuta precisione la composizione della Commissione regionale dal «carattere multidisciplinare»⁵³: si parla genericamente di un numero *minimo* di 7 componenti *tra cui* medici, giuristi e infermieri, ma senza specificarne la specializzazione, e di quali potrebbero essere gli altri componenti a cui la norma pare non chiuda; i criteri sono lasciati alla disponibilità di ogni *comunidad autónoma*, mentre per le *ciudades de Ceuta y Melilla* è il Ministero della Salute a creare e a determinare il regime giuridico di tali Commissioni⁵⁴. Il controllo sarà affidato dal Presidente della Commissione a due componenti (un medico e un giurista), il cui eventuale disaccor-

assistito, Torino, 2001, 52 ss. e 143; R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, Milano, 1994, 263; D. NERI, *Eutanasia: le ragioni del sì*, in M. GENSABELLA FURNARI (a cura di), *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica del morire*, II, Catanzaro, 2001, 157) o della «strage degli innocenti» (per una efficace critica, si v. G. MANIACI, *Eutanasia e suicidio assistito*, in F. POGGI (a cura di), *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Roma, 2013, 166 ss.; C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, 180 ss.; G. FORNERO, *op. cit.*, 499 ss.; e, solo se si v., anche il nostro *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018, 204 ss. Il rischio della «pendiente resbaladiza» (in una cornice di ampia critica alla legge spagnola) è più volte richiamato dal COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación*, in www.comitedebioetica.es.

⁵¹ C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, 180.

⁵² Non convince neanche l'argomentazione – che incentiva il discorso sul pendio scivoloso – per cui esiste pur sempre la possibilità da parte del medico di ricorrere in errore nella valutazione della malattia; non convince, in quanto tale tesi arriva a negare in forma assoluta la procedimentalizzazione della domanda per l'eutanasia fondando ciò su una mera ipotesi. «Per disgrazia, di molti buoni strumenti pensati per fini corretti è possibile fare un cattivo uso, però non per questo dobbiamo privarcene senz'altro, senza che il nostro sforzo si diriga a evitare questi scorretti impieghi», così I. ÁLVAREZ GÁLVEZ, *La eutanasia voluntaria autónoma*, Madrid, 2002, 128. Non si possono evitare, per certo, gli interventi chirurgici anche se esiste sempre il rischio di un abuso della professione da parte del medico chirurgo; la depenalizzazione dell'omicidio per legittima difesa non ha, certo, negato il principio generale del divieto di uccidere.

⁵³ Art. 17 della *Ley Orgánica 3/2021*.

⁵⁴ Art. 17, c. 2, della *Ley Orgánica 3/2021*.

do non si comprende bene su che basi possa fondarsi⁵⁵. È comunque prevista una procedura anch'essa predisposta in tempi stretti per superare il mancato accordo, in assenza del quale il richiedente potrà comunque rivolgersi alla giurisdizione amministrativa.

Dunque, l'intero procedimento dura poco più di un mese⁵⁶: la richiesta⁵⁷ deve essere ripetuta dopo quindici giorni⁵⁸, dopo di che verrà consultato un secondo medico che dovrà scrivere un rapporto; poi interviene la Commissione che in due giorni deve nominare i due membri che in una settimana dovranno stabilire se tutti i requisiti sono stati rispettati; in caso di disaccordo interverrà il Presidente di Commissione, prima, e l'organo giurisdizionale, poi.

La Commissione, oltre ai ruoli di risoluzione di eventuali controversie e di consulto, ne svolge uno di monitoraggio che pare essere determinante per assicurare un'attuazione della disciplina unitaria in ambito nazionale e per uniformare una eventuale interpretazione "disomogenea" della legge, in quanto la *relazione pubblica annuale* che deve preparare⁵⁹ confluirà in una comunicazione, anch'essa annuale, predisposta dal Ministero della Salute. Il fine è quello di standardizzare i criteri (omogeneizzarli) e diffondere le buone pratiche nella disciplina dei trattamenti eutanasi del Sistema Sanitario Nazionale.

4. Una legislazione statale che si "riappropria" della competenza in materia di diritti. Dal (vuoto) diritto *statutario* a morire con dignità al diritto *statale* dell'aiuto a morire

La legge in commento ha avuto anche il pregio di costituire (al momento) l'ultima tappa di un processo che è nato non solo dalle "pressioni" sociali ma anche da una scelta (nominalmente) già compiuta a livello regionale che (in modo per molti versi eccentrico) ha impresso una accelerazione al riconoscimento di diritti intorno al fine vita. Dal primo lustro degli anni 2000, infatti, nell'ordinamento iberico si sono "rincorse" ampie riforme statutarie che, fra l'altro, si proponevano di allargare il proprio contenuto normativo anche ai principi e ai diritti. Se, in generale, con la statutarizzazione dei diritti non si è assistito ad alcun riconoscimento di nuovi diritti *tout court*, quanto piuttosto al "congelamento" – in una fonte del diritto rinforzata (la fonte statutaria è organica) – di ciò che era già presente nell'ordinamento, grazie all'intervento, *in primis*, dei legislatori statale ed autonomici, lo stesso non può dirsi (almeno nelle intenzioni dei legislatori di riforma) con riguardo alla previsione di un diritto che non compariva in nessun disposto normativo sia a livello statale che regionale e che era – fino al momento della sua prima apparizione – *desconocida*⁶⁰ al diritto spagnolo: ci si riferisce al *derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte* e alla sua previsione nei due statuti che più degli altri

⁵⁵ Si v. comunque *infra* nel testo.

⁵⁶ Artt. 8 e ss. della *Ley Orgánica 3/2021*.

⁵⁷ Secondo l'art. 7 della *Ley Orgánica 3/2021*, Le decisioni di rigetto della richiesta di aiuto a morire del medico responsabile devono essere scritte e motivate. L'interessato può presentare un ricorso contro la decisione di diniego dinanzi la *Comisión de Garantía y Evaluación* competente entro quindici giorni.

⁵⁸ Art. 5, c. 1, lett. c), della *Ley Orgánica 3/2021*.

⁵⁹ Artt. 18, c. 1, lett. e), art. 17, c. 5, della *Ley Orgánica 3/2021*, ma si v. anche la *Disposición adicional tercera*.

⁶⁰ J.M^a CASTELLÀ ANDREU, *Nuevos estatutos de autonomía y derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Napoli, 2011, 32.

– quello catalano e quello andaluso – volevano imprimere una spinta vieppiù centrifuga alla forma di Stato spagnola.

Prendiamo le mosse dallo statuto che per primo è stato pubblicato sul *Boletín Oficial del Estado*, vale a dire lo st. della *Cataluña*. Il diritto appare in un apposito articolo, anche se, al di là di quello che farebbe intendere la sua rubrica (“*Derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte*”), in esso trovano regolazione anche altri diritti ai quali ben poteva essere riconosciuta una autonoma regolazione. Questi altri diritti, ai quali il riconoscimento del diritto a vivere con dignità il processo della morte è legato⁶¹, sono il *derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales*, ma anche il *derecho a expresar su voluntad de forma anticipada para dejar constancia de las instrucciones sobre las intervenciones y los tratamientos médicos que puedan recibir*.

Il riferimento per lo statuto andaluso è l’articolo 20, nel quale è riportata una previsione quasi identica a quella catalana. Anche con riguardo a tale articolato, si nota che nel titolo compare il diritto alla *plena dignidad en el proceso de su muerte* (viene omissso, quindi, il verbo *vivir*) e che questo è accompagnato – fin dalla rubrica – dal riconoscimento della possibilità di redigere il testamento “biologico”, che lo anticipa graficamente: *Testamento vital y dignidad ante el proceso de la muerte*, dunque. Nel testo dell’articolo si fa riferimento anche al diritto a ricevere le cure palliative.

Nel testo che fu approvato dal *Pleno del Parlamento de Cataluña* il 30 settembre del 2005⁶², l’articolo 20 era rubricato *derecho a morir con dignidad*, pur se nel comma primo si parlava comunque di *vivir con dignidad el proceso de la muerte*. Durante la discussione nelle *Cortes Generales* la rubrica è cambiata, e il testo dell’articolo ha ospitato anche il diritto al trattamento medico contro il dolore e alle cure palliative. La volontà del legislatore pare essere stata quella di ridurre la portata che poteva avere il diritto ad una morte dignitosa ai fini dell’introduzione dell’eutanasia attiva nell’ordinamento; si giunge a tale risultato, con il cambio di rubrica, con la posposizione, nella parte finale del comma, del diritto a vivere degnamente la fine della propria vita e soprattutto accompagnando tale ultimo diritto con quello a ricevere le cure palliative.

Stante comunque la positivizzazione del diritto e stante anche il fatto che il diritto alle cure palliative – almeno per chi scrive – si pone come un diritto anche non collegato con il primo⁶³, la questione giuridica era posta e chiedeva una risposta circa l’interpretazione da attribuire alla previsione di *vivere*

⁶¹ Sottolineandosi che per la struttura dell’enunciato si tratta di diritti diversi e non equivalenti, la volontà di inserirli in uno stesso articolo è sintomatico del cambio che si è voluto imprimere con la sostituzione del diritto a morire con dignità a quello a vivere con dignità, quindi senza soffrire durante gli ultimi momenti della propria vita dove le cure palliative trovano il loro utilizzo più fecondo.

⁶² Tutti i documenti sono raccolti in J. TORNOS MAS, *Los Estatutos de Autonomía de Cataluña*, Madrid, 2007, in special modo cfr. p. 442. I passaggi parlamentari sono ben affrontati da J.M^o CASTELLÀ ANDREU, *op. cit.*, 34-35 e F. REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, cit., 5-7. Stessa modalità di bilanciare le istanze autonomistiche al riconoscimento di nuovi diritti e stessa volontà della Camera dei deputati di scongiurare interpretazioni che aprissero surrettiziamente alla depenalizzazione dell’assistenza al suicidio si possono notare anche nel caso dello st. andaluso, in quanto l’art. 20 se nella redazione iniziale era rubricato senza incertezza giuridica *Muerte digna*, ora conosce una nuova rubrica e altre modifiche ma esclusivamente di tipo formale.

⁶³ *In mancanza di risposte da parte del Legislatore e in attesa di quelle che potrà comunque darne, la Corte decide sui profili della regolazione dell’aiuto al suicidio medicalizzato*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costano – Diritto costituzionale in trasformazione*, Vol. III – Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale, Genova, 2020, 161-168. *Contra*, per tutti, l’*Informe del Comité de Bioética de España sobre el final de la vida*, cit.

con dignità il processo della propria morte che continuava a costituire una formula ambigua pur se non riferita più al diritto a *morire*⁶⁴.

Rimaneva comunque in piedi una doppia interpretazione, la prima, per cui il complesso di diritti altro non era che la statutarizzazione di ciò che già era riconosciuto in ambito autonomistico e quindi una manifestazione del diritto alla vita dignitosa anche durante le fasi più acute o terminali della malattia, la seconda, per cui si era proceduto ad introdurre surrettiziamente il diritto alla morte assistita e/o all'eutanasia. Il comma 1 dell'art. 20 dello statuto catalano è stato per questo impugnato davanti al *Tribunal*, ed è stato da quest'ultimo dichiarato conforme a Costituzione⁶⁵ nella nota *STC 31/2010 (FJ 19)*, risultando ciò esclusivamente dai motivi della decisione e non anche dal dispositivo della stessa nel quale manca qualsiasi riferimento alla dichiarazione di infondatezza pronunciata. Per il *TC*, l'art. 20, c. 1, dello statuto si limita ad affermare che il diritto in questione rappresenta una *manifestación del derecho fundamental* ex art. 15 *CE*, vale a dire del diritto alla vita e alla integrità fisica e morale, e che in esso non rientra il diritto alla morte assistita o all'eutanasia. Il *TC*, in quella decisione, con estrema sinteticità vuole limitare il più possibile la portata normativa dei diritti statutari in generale, e del diritto a vivere dignitosamente il momento della propria morte in particolare, e lo fa attraverso la giurisprudenza che "trasforma" i diritti in principi e rinvia alla legge regionale (competente) la loro effettiva configurabilità come diritti soggettivi⁶⁶.

Con la sinteticità che caratterizza la lunga ma non prolissa *STC 31/2010*, per il *Tribunal* l'art. 20, c. 1, proclama un diritto al trattamento del dolore e alle cure palliative che rientrano *con perfecta naturalidad* nel diritto fondamentale alla vita e all'integrità fisica e morale ex art. 15 *CE* ed anzi rappresenta «una conseguenza obbligata ed implicita della garanzia di questo diritto fondamentale».

La *ley reguladora de la eutanasia* – che è tutto tranne che inutile così come invece sono risultati i diritti statutari a cui finora si è fatto richiamo – ora disciplina a livello nazionale ex art. 81, c. 1, *CE*⁶⁷, l'aiuto a morire inteso non come legittimo rifiuto di cure o di accesso alle cure palliative, ma come disciplina dell'aiuto al suicidio e dell'eutanasia.

⁶⁴ Cfr., ancora, F. REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, cit., 6 s.

⁶⁵ Lo stesso, quindi, vale per l'art. 20 st. Andalusia. Si v. comunque la legge autonoma di attuazione, la n. 2/2010, che chiaramente esclude che tale diritto possa riguardare tali materie, ma che essa si limiti a contenere in sé altri diritti, quali quello di ricevere delle cure palliative, di poter realizzare il testamento biologico od ancora quello di escludere l'accanimento terapeutico. Tale disposizione, quindi, altro non può significare, concordando, anche con ciò, con autorevole dottrina, nell'affermazione per cui la «*fórmula es perfectamente inútil*», così F. REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, cit., 7. Il diritto in esame compariva anche nello statuto di Castilla-La Mancha, statuto che non compare nella presente analisi, perché il progetto di modifica è stato "ritirato" dal parlamento autonomico quando era in discussione da parte del Parlamento statale. In dottrina, almeno, J. CANTERO MARTÍNEZ, *Derecho a declarar la voluntad vital anticipada y a la dignidad en el proceso de muerte*, in F. BALAGUER CALLEJÓN (a cura di), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Andalucía, 2008, 267-279; J.M^o CASTELLÀ ANDREU, *op. cit.*, 31-48.

⁶⁶ La giurisprudenza inizia con la *STC 247/2007*. Per una critica alla giurisprudenza costituzionale spagnola, ci si permette di rinviare al nostro *La questione dei principi e dei diritti negli statuti delle Regioni e delle Comunità Autonome*, Milano, 2015, 260 ss.

⁶⁷ Con la deroga (criticabile) della composizione e del funzionamento delle *Comisiones de garantía y evaluación*: J.C. CARBONELL MATEU, *Ley de la eutanasia: una ley emanada de la dignidad*, in *Teoría y Derecho*, cit., 55 ss.; J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *El procedimiento y los controles necesarios con el fin de garantizar la observancia de los requisitos objetivos y subjetivos*, in C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA (cur.), *La eutanasia a debate*, cit., 192.

5. Quando il sistema è fisiologicamente orientato: il bilanciamento è operato dal Legislatore e il controllo della ragionevolezza di *quel* bilanciamento è nella disponibilità dell'organo della giurisdizione costituzionale

Per limitare il riferimento ai soli Paesi che in ambito europeo oggi conoscono una disciplina dell'aiuto al suicidio (Austria, Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi, Svizzera, Germania, Italia), possiamo rilevare che quest'ultima – non trovando in nessun ordinamento alcun disposto costituzionale che preveda il “diritto a morire dignitosamente” – ha trovato abbrivio o dallo stesso Legislatore o dai giudici (in special modo da quelli costituzionali: Italia, Austria e Germania *docent*). La Spagna si iscrive in quei Paesi in cui il Legislativo ha anticipato e non ha seguito il Giudiziario, e, rientrando nei modelli *permissivi*, scrive una legislazione *proceduralmente chiara*⁶⁸ tanto da conformarsi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁶⁹. Chiara non significa legislazione chiarissima⁷⁰, potendosi sollevare qualche dubbio su almeno due passaggi: in primo luogo, nella descrizione del contesto eutanasi (art. 3, c. 1, lett. b)) quando si descrive lo stato di malattia grave, cronica e invalidante si impiega una congiunzione⁷¹ che non rende immediatamente chiaro se l'intenzione del legislatore sia quella di creare due distinti requisiti che devono essere presenti cumulativamente ovvero anche isolatamente, anche se è difficile pensare alla presenza solo dei secondi e non anche dei primi (e viceversa). Inoltre⁷², il requisito del «contesto di fragilità progressiva» avrebbe forse richiesto

⁶⁸ Conformemente a F. LAZZERI, *op. cit.*, 4.

⁶⁹ La giurisprudenza convenzionale sul punto può essere così riassunta: essa legittima i vincoli alle richieste di aiuto a morire, anzi li esige nel rispetto dell'art. 2 CEDU, rientrando, comunque, nel margine di apprezzamento degli Stati la decisione di sanzionare penalmente l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio, ovvero quella, opposta, di legalizzarla. Il suicidio assistito, invece, non trova protezione nell'art. 2 della CEDU, che tutela il diritto alla vita e non può tutelare il suo opposto, che, per la Corte, è il diritto alla morte. Spazi interpretativi sono offerti dalla disposizione di cui all'art. 8 (diritto alla vita privata) che ha conosciuto un'interpretazione estensiva aperta a diverse rivendicazioni di tutela di situazioni giuridiche per il riconoscimento del diritto a poter decidere come e quando terminare la propria vita; la Corte ha altresì sottolineato la necessità di procedure e condizioni restrittive per la legittimità del suicidio assistito (Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 28 gennaio 2011, caso *Haas c. Svizzera*, § 51). La Corte, ancora, non ha precisato se sugli Stati insista un obbligo di rispondere positivamente alle istanze dei cittadini che richiedono di poter porre fine alla propria esistenza, anzi, a ben vedere, il richiamo fatto al diritto «di un individuo di decidere in che modo e in che momento mettere fine alla propria vita, purché tale volontà e il conseguente agire siano assolutamente liberi», ha avuto (finora) solo una portata “retorica” e “non concreta” (anche se non per questo meno significativa), non avendo mai, la Corte, condannato alcuno Stato per non aver riconosciuto il “diritto a morire”. La Corte EDU (ad oggi) riconosce un ampio margine di apprezzamento sul se legalizzare o meno le pratiche eutanasiche, ma non sul *come*. Se si decide per la regolamentazione delle pratiche eutanasiche, il margine di apprezzamento si ritrae e il giudice europeo si ritiene competente ad entrare nel merito del ricorso e a pronunciare sentenze particolarmente incisive, che valutano il quadro normativo dei trattamenti disciplinati secondo il “parametro” della chiarezza e della precisione (Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 14 maggio 2013, caso *Gross c. Svizzera* (§§ 65-66)).

⁷⁰ In riferimento C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La ley orgánica de regulación de la eutanasia: valoración global y primeras dudas interpretativas*, in *Teoría y Derecho*, cit., 111 ss.

⁷¹ «[S]ituazione che fa riferimento a limitazioni che incidono direttamente sull'*autonomia fisica* e sulle *attività della vita quotidiana*, tali da non consentire di badare a sé stessi, *nonché* sulla capacità di *espressione e relazione*».

⁷² V. *retro* nota 23.

maggiore precisione nella misura in cui pare aprire alla mera presenza di una patologia degenerativa e non di una condizione di una morte *imminente* ovvero pronosticata come *non lontana nel tempo* (stima della sopravvivenza di 3, 6, 12, 18 mesi a seguito di una valutazione fondata su cognizioni scientifiche). Il Legislatore, anche se non ha inteso inserire un limite temporale, ha, però, definito il contesto eutanasi sulla *base del dolore* (che è sia fisico che psichico) e ciò dovrebbe portare all'interpretazione per cui la richiesta di aiuto a morire rappresenta la più dignitosa liberazione dal corpo⁷³ che è causa (per il richiedente, e solo per lui) di sofferenza grave, cronica e invalidante.

L'aver ricostruito – nei §§ che precedono – nei minimi dettagli la parte dispositiva della legge organica (oneri formali a carico del paziente, del medico responsabile, dell'ausilio medico, degli infermieri, della Commissione) è servita non solo a rilevare il *come* la materia si possa regolare (e la Spagna ha fatto 'tesoro' delle *better practice* dei Paesi che hanno già legiferato) ma come sia indispensabile il ruolo del regolatore statale e come questa materia, se affidata solo alle Corti (l'esempio che si può fare del *seguito* della giurisprudenza costituzionale italiana ci pare illuminante)⁷⁴ comporti il rischio di non trovarsi dinanzi a *diritti* quanto piuttosto a *petitio principii*.

Al fine di condurre la discussione sul principio di autonomia del paziente (e più in generale della persona, quindi dalla sua piena autodeterminazione) nell'ordinamento spagnolo, non ci si può che interrogare sulla disposizione costituzionale che più delle altre entra in questione quando si analizza l'ampia tematica del fine vita, vale a dire l'art. 15 CE il cui oggetto è duplice: il diritto alla vita – che, differentemente da quanto avviene nel testo costituzionale italiano, è testualmente riconosciuto – e il diritto all'integrità fisica e morale.

⁷³ S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021, 33 ss.; A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali sul "caso Cappato"*, in A. MORRONE, (a cura di), *Il "Caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, *Forum Quad. Cost.*, 12 ottobre 2018, 1 ss.; C. Tripodina, *Non possedere più le chiavi della propria prigione. Aiuto al suicidio e Costituzione tra libertà, diritti e doveri*, in *Biolaw Journal*, 1/2019, 1 ss.

⁷⁴ Il riferimento va, prima, all'Azienda Sanitaria Unica Regionale che non ha accolto la richiesta di chi chiedeva – alla luce dei termini posti dalla Corte costituzionale – di accedere al suicidio assistito, poi, al Tribunale di Ancona (in composizione monocratica stante il ricorso *ex art. 700 c.p.c.*) che (lo scorso 24 marzo) ha rigettato il ricorso contro la decisione assunta dalla ASL perché (ricordando in questo la denegata giustizia del giudice capitolino nel caso di P. Welby) ha sostenuto che non esiste una legge sull'aiuto al suicidio in attuazione della sentenza n. 242/2019. L'argomentazione è quella per cui non sussisterebbero i «motivi per ritenere che, individuando le ipotesi in cui l'aiuto al suicidio può oggi ritenersi lecito, la Corte [costituzionale] abbia fondato anche il diritto del paziente, ove ricorrano tali ipotesi, ad ottenere la collaborazione dei sanitari nell'attuare la sua decisione di porre fine alla propria esistenza; né può ritenersi che il riconoscimento dell'invocato diritto sia diretta conseguenza dell'individuazione della nuova ipotesi di non punibilità, tenuto conto della natura polifunzionale delle scriminanti non sempre strumentali all'esercizio di un diritto». A seguito di reclamo avverso l'anzidetta ordinanza di diniego, il Collegio (il 9 giugno scorso) ha disposto una nuova ordinanza con la quale riconosce il diritto del ricorrente all'accertamento e alla verifica dei presupposti indicati dalla Corte costituzionale; il Tribunale ha, quindi, ordinato all'ASL marchigiana di provvedere in tal senso, previa acquisizione del relativo parere del Comitato etico territorialmente competente. In riferimento D. PASSARO, *La rivoluzione "clandestina" dopo il caso Dj Fabo: commento alla sentenza del Tribunale di Ancona del 9 giugno 2021*, in *Giustizia insieme* (9 Luglio 2021).

Si può subito notare che il parametro costituito dall'art. 15 CE è sicuramente quello più utilizzato dalla dottrina⁷⁵ e dalla giurisprudenza, diversamente da quanto avviene in Italia dove il parametro *primus* è l'art. 32 Cost. (in combinato disposto con il 13 Cost.). Difatti l'art. 43 CE – compreso fra i principi di politica sociale ed economica⁷⁶ e che disciplina il diritto alla salute – riguarda più che altro il diritto all'assistenza sanitaria e non già le tematiche oggetto di analisi che rientrano fra quelle del bio-diritto⁷⁷, come quella, ad esempio, del rifiuto delle cure, diritto che nel testo costituzionale spagnolo non è positivizzato in una chiara enunciazione, come avviene invece proprio nell'art. 32 della Costituzione italiana.

La vita, insieme alla dignità della persona ex art. 10, c. 1, CE⁷⁸, costituisce quello che il *Tribunal* ha riconosciuto essere «la proiezione di un valore superiore dell'ordinamento giuridico costituzionale», od anche un «diritto essenziale e fondamentale», che si pone a «presupposto ontologico» di tutti gli altri diritti dei quali costituisce il «germe ovvero il nucleo». Tale diritto⁷⁹, insieme alla dignità, costituisce, quindi, il «*prius* logico ed ontologico»⁸⁰ per l'esistenza e specificazione di tutti gli altri diritti.

⁷⁵ L.M^a. DíEZ-PICAZO, *Derecho a la vida y a la integridad física y moral*, in *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 3/2002; J. PARDO FALCÓN, *A vueltas con el artículo 15 CE y otras cuestiones más o menos recurrentes de nuestro derecho constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 51/1997; J. PÉREZ ROYO, *Derecho a la vida*, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995; A. RUIZ MIGUEL, *Autonomía individual y derecho a la propia vida (Un análisis filosófico-jurídico)*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14/1993.

⁷⁶ «Si riconosce il diritto alla difesa della salute. Spetta ai poteri pubblici organizzare la tutela della salute pubblica attraverso misure preventive, nonché le prestazioni e i servizi necessari. La legge stabilirà i diritti e i doveri di tutti a questo riguardo. I poteri pubblici incoraggeranno l'educazione sanitaria, l'educazione fisica e lo sport. Dovranno, inoltre, facilitare l'adeguata utilizzazione del tempo libero».

⁷⁷ R. CHUECA RODRÍGUEZ, *Nuovi strumenti normativi nell'ambito della biomedicina e della genetica in Spagna*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2007, 1703 ss.

⁷⁸ Che così recita: «La dignità della persona, i diritti inviolabili ad essa inerenti, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale».

⁷⁹ L.M^a. DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, 2: «[i]n quanto diritto soggettivo, il diritto alla vita presenta una peculiarità: ogni violazione dello stesso ha, per definizione, carattere irreversibile perché implica la scomparsa del titolare del diritto. Per questi, il diritto alla vita si trasforma nella imposizione dei doveri allo Stato, inteso nella sua accezione più ampia di insieme dei pubblici poteri: il dovere di non lesionare la stessa vita umana e il dovere di proteggere effettivamente la vita umana dinanzi ad aggressioni di privati». A ben vedere, l'art. 15 CE continua con l'abolizione della pena di morte.

⁸⁰ I riferimenti sono contenuti nella STC 53/1985, dell'11 aprile, FJ 3. A seguito della scelta da parte del legislatore organico di depenalizzare parzialmente l'aborto (con la *Ley Orgánica* 9/1985), la minoranza parlamentare attraverso lo strumento (ora abrogato) del *recurso previo de inconstitucionalidad* aveva presentato ricorso dinanzi al TC, che ha dichiarato infondato il ricorso e quindi la legittimità costituzionale della depenalizzazione e lo ha fatto, riassuntivamente, con due argomentazioni: 1) il nascituro non è titolare del diritto alla vita, ma ciò non significa che la «vita in formazione» non costituisca un bene giuridico *protetto* dall'art. 15 CE (FJ 5); 2) in determinati casi tale bene giuridico, al fine di tutelare altri beni, valori e diritti fondamentali (ad esempio la salute della donna) riceve una protezione relativa e non assoluta (FJ 8). La decisione 53/1985, fra le più rilevanti della giurisprudenza costituzionale spagnola, è annotata, oltre che dagli AA. citati nelle note che seguono, da F. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, *Interrupción voluntaria del embarazo. Derecho a la vida*, in A. DORREGO DE CARLOS, L. MARTÍ MIINGARRO, *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional*, Madrid 2007, 65-72; A. LÓPEZ MORENO, C.M. GARCÍA MIRANDA, J.A. SEOANE RODRÍGUEZ, *La estimativa jurídica en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto*, in *Cuadernos de bioética*, 17-18/1994, 38-48; G. DÍAZ PINTOS, *La concepción "totémica" del "nasciturus" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in *Persona y derecho*,

Che senza la vita non vi sia persona a cui riconoscere diritti e che senza di essa nessuno possa esercitarli è evidente, oltre che tautologico, anche se il ripetersi di espressioni che vogliono la vita umana come un «valore superiore»⁸¹ od anche «un valore fondamentale»⁸² od ancora «un valore centrale»⁸³ dell'ordinamento possono essere alla base di «pericolose gerarchizzazioni assiologiche»⁸⁴, estranee al testo della Costituzione, dove, certamente, nell'art. 1, c. 1, CE si afferma che sono valori superiori dell'ordinamento giuridico la libertà, la giustizia, l'eguaglianza e il pluralismo politico: questo e solo questo»⁸⁵.

Dal diritto alla vita non può discendere un dovere di vivere, un obbligo di vivere coercibile. Inoltre, il diritto alla vita è un diritto fondamentale che, come tutti gli altri diritti fondamentali, è tale perché è riconosciuto in Costituzione, conosce come strumenti di garanzia quelli disciplinati direttamente in Costituzione (in particolare gli artt. 53 e 161 CE), vincola, senza eccezione alcuna, tutti i pubblici poteri e si pone in garanzia della libertà e dell'eguaglianza di tutti gli spagnoli a prescindere dal loro territorio di residenza. Così come per tutti gli altri diritti fondamentali – per la cui tutela, d'altronde, può essere esperito il *recurso de amparo* – il diritto alla vita deve essere bilanciato con gli altri diritti fondamentali⁸⁶; in caso contrario ci troveremmo dinanzi alla manifestazione di una tirannia dei valori di schmittiana memoria⁸⁷. L'affermazione categorica dell'indisponibilità della vita, inoltre, comporte-

54/2006, 185-212; G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981-1991)*, Madrid, 1993, 133 ss.; F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *Muerte digna y Constitución, Los límites del testamento vital*, Madrid, 2009, 205 ss.

⁸¹ STC 53/1985, dell'11 aprile, FJ 3.

⁸² STC 53/1985, dell'11 aprile, FJ 5.

⁸³ STC 53/1985, dell'11 aprile, FJ 9.

⁸⁴ Così come quelle che vogliono il diritto alla vita non come un 'semplice' diritto fondamentale con gli altri bilanciabile, ma come un «soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello, en el catálogo de los fundamentales, tienen un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados», così il TC nella STC 304/1996, del 25 marzo (Sala Segunda, FJ 2). Cfr., anche, le SSTC 120/1990 del 27 giugno (Pleno, FJ 8), e 154/2002 (Pleno, FJ 9).

⁸⁵ Tali parole sono state pronunciate da autorevole componente del Pleno attraverso un voto particolare allegato alla decisione; si v. quindi il p.to 4 dell'opinione dissenziente di Francisco Tomás y Valiente. Si riporta, altresì, un passaggio di una nota giurisprudenza costituzionale italiana «[l]a stessa qualificazione di primario per il diritto alla salute, ad esempio, non deve attribuire una sorta di *prius* assiologico rispetto a tutti gli altri diritti, ma deve comportare la impossibilità di lederne il nucleo essenziale, e ciò vale per tutti i diritti fondamentali; ed infatti: «non si può condividere l'assunto [...] secondo cui l'aggettivo "fondamentale", contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un "carattere preminente" del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come "valori primari" [...] implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali. [...]. La qualificazione come "primari" [...] pertanto [significa] che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. 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», così Corte cost., sent. n. 85/2013, p.to 9 cons. in dir. Più recentemente, si v. anche Corte cost., sent. n. 162/2014.

⁸⁶ R. CHUECA RODRÍGUEZ, *Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia*, in *Derecho y salud*, 16/2008, 4.

⁸⁷ Lo stesso TC, d'altronde, ha avuto modo di precisare che non esiste gerarchia fra diritti tutti fondamentali, allorquando ha affermato che i diritti possono cedere solo dinanzi a quei limiti che «la stessa Costituzione esplicitamente impone quando definisce ogni diritto in modo mediato o indiretto e che dalla stessa si

rebbe la diretta conseguenza che nell'ordinamento esista il dovere di vivere imposto sempre, anche contro la volontà del suo stesso titolare.

La giurisprudenza del *Tribunal* sul riconoscimento e sulla portata del diritto alla vita come diritto fondamentale, pur se non copiosa, è molto rilevante per ciò che è stato affermato durante i trent'anni di lavoro del massimo organo della giustizia costituzionale spagnola. Se l'oggetto della tutela è la c.d. vita biologica (*id est* ciò che va dalla nascita alla morte dell'individuo)⁸⁸, è stato detto che il *TC* ha interpretato il diritto in questione in termini contenutistici esclusivamente «negativi e reattivi»⁸⁹, nel senso che tale diritto richiede sia una protezione dell'individuo dinanzi a minacce o attacchi alla sua vita, sia l'obbligo in capo ai pubblici poteri di non attentare ad essa e di salvaguardarne l'integrità a fronte di pericoli esterni⁹⁰.

Il riferimento giurisprudenziale va alla *STC* 120/1990⁹¹ nella quale il *TC* è chiaro nell'affermare che l'art. 15, oltre al diritto alla vita, garantisce il diritto all'integrità fisica e morale con il quale si protegge l'invulnerabilità della persona.

Anticipando almeno di un decennio la sentenza *Pretty* della Corte EDU⁹², il *TC* ha avuto modo di affermare che «[i]l diritto alla vita ha un contenuto di protezione positiva che non consente di configurarlo alla stregua di un diritto di libertà che comprende il diritto alla propria morte. Esso non impedisce, tuttavia, di riconoscere che, essendo la vita un bene della persona integrato nel cerchio della sua libertà, l'individuo può di fatto disporre sulla propria morte, ma tale disposizione costituisce una manifestazione di *agere licere* (potere di agire), in quanto la privazione della propria vita o l'accettazione della propria morte è un atto che la legge non vieta, non proibisce».

Il *TC* chiarisce che non si è in alcun modo in presenza di un diritto soggettivo che in quanto tale consentirebbe la possibilità di richiedere un intervento da parte del pubblico potere, né, tanto meno, di un diritto soggettivo di natura fondamentale. Pur tuttavia, «non è possibile ammettere che la Costituzione garantisce nel suo art. 15 il diritto alla propria morte e, pertanto, manca di rilevanza costituzionale l'affermazione che il trattamento medico coattivo è contrario a questo diritto costituzional-

desumono risultando giustificati dalla necessità di preservare altri diritti costituzionalmente protetti» pur nella consapevolezza che l'opera di bilanciamento non può limitare il diritto «oltre il ragionevole», così la *STC* 137/1990, del 19 luglio (*Pleno*, FJ 6).

⁸⁸ Si afferma ciò avendo a mente la granitica giurisprudenza del *Tribunal* per cui il nascituro non è titolare del diritto alla vita, cfr., almeno, la *STC* 53/1985, FJ 5.

⁸⁹ R. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de "urgencia vital"*, in *Revista española de derecho constitucional*, 82/2008, 55.

⁹⁰ R. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español*, in *www.indret.com*, 2/2009, 7. L'A. cita anche la nota sentenza *Keenan c. Regno Unito*, del 3 aprile 2001 della Corte EDU, con la quale si è riconosciuta una dimensione positiva in capo allo Stato del diritto alla vita (*ex art.* 2 CEDU) e quindi la sua responsabilità per la morte di una persona detenuta che si era suicidata in carcere: l'applicazione di una sanzione disciplinare (isolamento) ad un soggetto con importanti problemi psichici ha contribuito a minare la resistenza fisica e mentale dell'uomo, e tale misura disciplinare è risultata incompatibile con il livello minimo di trattamento richiesto per un malato mentale, che si è visto praticare un trattamento ed una pena inumana e degradante.

⁹¹ Cfr. R. CHUECA RODRÍGUEZ, *Los derechos fundamentales a la vida*, cit. 10, che cita anche *SSTC* 11/1991, del 17 gennaio (*Pleno*, FJ 1) e 48/1996, del 25 marzo (*Sala Segunda*, FJ 2).

⁹² Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, 29 aprile 2002, caso *Pretty c. Regno Unito*, (§ 41). Si noti, però, che l'opposto del diritto alla vita è non il diritto di morire, quanto piuttosto il dovere di vivere. In riferimento il nostro *Costituzione e fine vita*, cit., 141.

mente inesistente»⁹³. Proseguendo con la citazione (la cui rilevanza ne giustifica l'ampiezza), il TC continua con l'affermare che la decisione di «affrontare la morte non è un diritto fondamentale, ma solo una manifestazione del principio generale di libertà che informa la nostra Costituzione, in modo che non può convenirsi con il minor godimento incondizionato di una così ampia facoltà di disporre di sé stessi»⁹⁴.

Dopo vent'anni da questa decisione, dopo l'apertura che arriva dal diritto comparato⁹⁵ e, soprattutto, dalle Corti costituzionali e convenzionale⁹⁶, rileva quella dottrina per cui, il fatto che

«né la norma costituzionale, né nessun'altra (fino ad ora), richiami espressamente [il diritto a morire dignitosamente ...] non significa che non esista una risposta costituzionale; ciò che rileva è che l'interpretazione dovrà essere elaborata a partire da altri principi e regole del testo. La norma costituzionale così "costruita" (più che semplicemente "trovata") sarà per necessità meno consistente e maggiormente soggetta a controversia rispetto a quando la Costituzione si riferisce in modo espresso e con termini precisi alla validità o meno dell'eutanasia e del suicidio assistito»⁹⁷.

Ora, le tesi che argomentano circa la liceità dell'eutanasia verranno in rilievo proprio per fondare la ragionevolezza della scelta legislativa sostenuta⁹⁸, che basa la sua *ratio* sulla tutela del principio di autodeterminazione (con limiti)⁹⁹ di chi chiede di essere aiutato a portare a termine il proprio intendimento di dare fine alla propria vita. Potranno allora avere ragione, in un instaurato processo costituzionale, quelle tesi che sostengono che si è dinanzi ad un diritto non "imposto", ma "consentito"¹⁰⁰, per il cui riconoscimento una previsione legislativa è indiscutibilmente rilevante al fine di poter giudi-

⁹³ STC 120/1990, del 27 giugno, FJ 7. Cfr., anche, la di poco successiva STC 137/1990, del 19 di luglio, FJ 5, ed anche le SSTC 11/1991, del 17 gennaio (Pleno, FJ 2) e 48/1996, del 25 marzo (Sala Segunda, FJ 2).

⁹⁴ STC 154/2002, del 18 luglio, FJ 12.

⁹⁵ S. Ragone, *La comparazione come tecnica strumentale all'interpretazione e all'applicazione dei principi: il caso del rifiuto dei trattamenti medici vitali*, in A. D'ALOIA, *Il diritto alla fine della vita*, cit., 353 ss.

⁹⁶ Interessante è notare che la giurisprudenza convenzionale aveva il suo *leading case* proprio nella sentenza *Pretty* e anche a partire da questa – nonostante il limite del margine di apprezzamento – è arrivata alle conclusioni presenti in *Gross*.

⁹⁷ Così F. REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, cit., 2008, 81 (la traduzione, così come tutte le altre prodotte nel testo e nelle note, è da imputarsi esclusivamente allo scrivente). «Questo vuol dire che la Costituzione è inutile? Quello che sembra un limite è in realtà la forza (e la capacità di rigenerarsi) del linguaggio costituzionale, che lascia spazio alla discussione pubblica, ai suoi assestamenti, alle sintesi che vengono fuori dalla modificazione, nel tempo, delle istanze sociali e dei contesti culturali», così A. D'ALOIA, *Tra rifiuto di cure ed eutanasia. Note introduttive sul "diritto alla fine della vita"*, in ID. (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, 8.

⁹⁸ Per tutti G. CÁMARA VILLAR, *La tríada «bien constitucional vida humana/derecho a la vida/inexistencia de un derecho a la propia muerte» (acerca de la constitucionalidad de la regulación de la eutanasia en España en perspectiva comparada)*, in C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA (cur.), *La eutanasia a debate*, cit., 59 ss.; M.Á. PRESNO LINERA, *La eutanasia como derecho fundamental*, in *Teoría y Derecho*, cit., 25 ss.

⁹⁹ Si v. il nostro *Eutanasia. Ragioni di una legalizzazione (con limiti)*, in G. D'IGNAZIO, G. MOSCHELLA (a cura di), *Costituzione, diritti, Europa. Giornate in onore di Silvio Gambino*, Napoli, 2019, 3-28.

¹⁰⁰ Seppur non in tema di eutanasia: R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio e il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2010, 1629 ss.

care, da parte del TC, se l'eventuale legge «si colloca [...] nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, ma sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana»¹⁰¹.

6. Conclusioni (aperte) per l'Italia

Nel tracciare le conclusioni di questo nostro intervento, non sembra superfluo ricordare che quando si norma su un diritto, quello che si *permette* è un esercizio *facoltativo* e *non obbligatorio* e che lo

¹⁰¹ Così, citando la giurisprudenza costituzionale italiana, Corte cost., sent. n. 161/1985, p.to 4 *cons. in dir.* Il richiamo di questa importante decisione sul diritto fondamentale alla rettificazione degli atti di stato civile ed al riconoscimento del nuovo genere da parte del transessuale, come si può intuire, non è casuale (ripercorrendo in ciò quanto sostenuto da autorevole dottrina: R. Romboli, *Corte e diritti*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro, Torino, 2011, 20-24). Ed infatti, tale giurisprudenza costituzionale dimostra come sia proprio la presenza di una legge che, riconoscendo il diritto alla rettificazione del sesso, permette alla Corte di cambiare giurisprudenza elevandolo a diritto fondamentale *ex art. 2 Cost.* (sul ruolo che può esercitare la "presenza" di una legge sul sindacato di costituzionalità con riguardo ad un altro caso emblematico qual è il matrimonio omosessuale sia consentito rinviare a U. ADAMO, *Il matrimonio omosessuale in Spagna dalla l.n. 13/2005 alla STC 198/2012*, in *Gruppodipisa.it*, 19-25). Ed infatti, secondo una prima lettura, il diritto al riconoscimento dell'identità sessuale è ritenuto non inviolabile e quindi non valutabile come un diritto che appartiene al patrimonio irretirabile della persona umana, perché non direttamente collegabile a nessun diritto costituzionalmente positivizzato (Corte cost., sent. n. 98/1979); la Corte, poi, – intervenuta la legge – cambia avviso affermando che il transessuale – per recuperare il proprio equilibrio tra soma e psiche – ha «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, [che è] da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità» (Corte cost., sent. n. 161/1985). Riprendendo, ora, la sentenza spagnola sul matrimonio omosessuale per rilevarne la 'portata' anche in vista della futura decisione che dovrà apportare in tema di eutanasia (cfr. *retro* nota 9), per l'allora maggioranza del TC, il precetto costituzionale deve essere sottoposto ad una interpretazione evolutiva in quanto la Costituzione è un «albero che vive» e, grazie a tale ermeneutica, è la Costituzione stessa che «si adatta alle realtà della vita moderna per assicurarsi la propria rilevanza e legittimità, e non solo perché si tratta di un testo i cui grandi principi si applicano a previsioni che i suoi redattori non immaginarono, ma anche perché i pubblici poteri, e in modo particolare il legislatore, vanno ad attualizzare tali principi gradualmente, e ancora in quanto il Tribunale costituzionale, quando giudica la costituzionalità di queste attualizzazioni, dota le norme di un contenuto che permette di leggere il testo costituzionale alla luce dei problemi contemporanei e delle esigenze della società attuale, alla quale bisogna che la norma fondamentale dell'ordinamento giuridico dia una risposta, incorrendo, in caso contrario, nel rischio di diventare lettera morta». Stante l'estrema rilevanza delle parole del Tribunale, pare più che opportuno continuare con la citazione, soprattutto perché il TC fa ora riferimento al concetto di *cultura jurídica*, vale a dire di ciò che sarà rilevante ai fini interpretativi e di cui si serve l'interprete (lo stesso TC) per estrapolare la norma dalla disposizione: «[q]uesta lettura evolutiva della Costituzione, che si proietta in special modo sulla categoria della garanzia istituzionale, ci porta a sviluppare la nozione di cultura giuridica, che fa pensare al Diritto come ad un fenomeno sociale vincolato alla realtà nella quale si sviluppa [...]. La cultura giuridica non si costruisce esclusivamente per mezzo dell'interpretazione letterale, sistematica o originalista dei testi giuridici, ma alla sua configurazione contribuisce l'osservazione della realtà sociale giuridicamente rilevante, senza che ciò, d'altra parte, significhi attribuire forza normativa alla realtà o alle opinioni della dottrina», così come ai Trattati internazionali, al diritto comparato od anche alla giurisprudenza internazionale. Il TC non giunge ad attribuire di per sé portata prescrittiva alla realtà sociale, in quanto è sempre l'organo della giustizia costituzionale ad interpretare la disposizione costituzionale anche in base a ciò che si manifesta (sempre e comunque) come giuridicamente rilevante (la realtà sociale; gli studi della dottrina; la giurisprudenza delle altre Corti; il diritto comparato: elementi "conformanti" la cultura giuridica). La cultura giuridica, dunque, rappresenta lo strumento di cui il TC si serve esplicitamente, per la prima volta nella sua giurisprudenza, per addivenire ad una interpretazione evolutiva e non già ad una letterale o comunque originalista del testo.

stesso è consentito solo ed esclusivamente in presenza di una richiesta volontaria, libera, *id est*, da qualsiasi costrizione.

Sono passati ventitré anni dalla morte del cittadino spagnolo R. Sampedro procurata con l'aiuto di chi è rimasto ignoto, e ancor di più da quando egli stesso scriveva che «solo il tempo e lo sviluppo delle coscienze qualificheranno la mia richiesta come ragionevole o meno» e rispondeva che «una vita che nega la libertà non è vita» a chi affermava che «una libertà che nega la vita non è libertà»¹⁰².

Quali gli insegnamenti per l'Italia che si possono trarre dal modo di procedere del Legislatore spagnolo? Troppi: una legge (che sarebbe evidentemente costituzionale) riuscirebbe a superare molti dei dilemmi interpretativi posti dalla Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 242/2019¹⁰³. Il merito dell'intervento legislativo – si scrive ormai a due anni dalla decisione del 2019 – sarebbe quello di concretizzare il diritto (inespresso), di renderlo “conoscibile”, e di superare tutti quei limiti ultranei scritti dalla Corte (pre-requisito dell'avvio di un percorso di cure palliative, presenza di trattamenti di sostegno vitale, parere obbligatorio – vincolante o meno? – del comitato etico territorialmente competente). Ed in effetti, anche se il diritto a richiedere l'aiuto al suicidio dopo le sentenze della Corte esiste – nella misura in cui si può richiedere non l'eutanasia ma l'aiuto al suicidio (seppure con limiti stringenti, financo troppo) – non si riesce a comprendere (forse anche perché non si dispone di alcun dato) come sia possibile, anche statisticamente, che dopo ben più di un anno non vi sia stata quasi alcuna richiesta¹⁰⁴ o séguito di aiuto al suicidio. Il rischio di attribuire alla giurisprudenza costituzionale italiana un contenuto dal precipitato simbolico anziché fattivo è molto elevato.

L'esperienza spagnola con la sua legge organica complessa e corposa (ben 19 articoli e 13 disposizioni aggiuntive, transitorie, derogatorie e finali) dimostra che un diritto per essere tale abbisogna di un procedimento di realizzazione e che questo (seppur complesso) deve essere rigidamente predisposto in *step* cronologicamente dettati in tempi che se non rispettati determinano una sanzione o comunque una scelta di risoluzione pre-fissata.

L'esperienza spagnola dimostra anche che assumere la definizione regolativa dell'*aiuto medico a morire*¹⁰⁵ rende anacronistica la volontà di legalizzare solo l'aiuto al suicidio e non anche l'eutanasia. Da questa opzione dipende la non possibile piena integrazione con la l. n. 219/2017, che non consentirebbe, tra l'altro, di estendere la scelta effettuata “ora per allora” ad una fase in cui la privazione di coscienza non può garantire *in medias res* la praticabilità dell'aiuto al suicidio¹⁰⁶.

L'Italia verosimilmente non sarà il prossimo Paese a produrre una legislazione in linea con quella spagnola; lo sarà (molto più probabilmente) il Portogallo, anche se il *Tribunal Constitucional* (con l'*acórdão* n. 123/2021), lo scorso 15 marzo ha dichiarato incostituzionale parte della delibera legislativa del 12 febbraio 2021 che introduceva nell'ordinamento portoghese una disciplina molto simile a

¹⁰² In italiano il libro di R. Sampedro è edito da Mondadori con il titolo di *Mare dentro*; da questo è stato tratto il film diretto da Alejandro Amenábar.

¹⁰³ Sulle quali ci si permette di rinviare al nostro *La Corte costituzionale apre (ma non troppo) al suicidio medicalmente assistito mediante una inedita doppia pronuncia*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2020, 27 ss.

¹⁰⁴ Cfr. *retro* a nota 74.

¹⁰⁵ Si usa questa espressione in quanto si aderisce a quanto argomentato nel documento di sintesi del gruppo di lavoro in materia di aiuto medico a morire *Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico plurale e consapevole* pubblicato in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 1 ss.

¹⁰⁶ Sul punto pare dubbioso F. LAZZERI, *op. cit.*, 13.

quella iberica. A seguito di un ricorso in via preventiva proposto dal Presidente della Repubblica, il TC non ha rilevato alcuna incostituzionalità nella depenalizzazione dell'aiuto medico a morire (con limiti) per un eventuale contrasto con i principi e i diritti costituzionali, ma si è "limitato" a sottolineare – per la tutela dei soggetti vulnerabili – che il Legislatore non aveva ben puntualizzato i caratteri della malattia di cui deve essere affetto il richiedente.

Non basta allora il solo riferimento al vago concetto di «lesione definitiva di gravità estrema secondo il consenso scientifico»¹⁰⁷, per come presente nella proposta legislativa. Non è sufficiente non solo perché esso manca di valutare la non curabilità della malattia (previsione presente in tutti gli ordinamenti *permissivi*), ma anche e soprattutto perché non è in grado di delineare con sufficiente rigore tutte quelle situazioni esenti dall'intervento punitivo dello Stato¹⁰⁸. L'incostituzionalità dichiarata deriva, quindi, dal contrasto col principio di determinatezza della legge – corollario dello Stato di diritto democratico – e con quello della riserva di legge in materia di diritti e delle libertà¹⁰⁹.

A questo punto, se il Parlamento deciderà di assumere come propri i rilievi formulati dal *Tribunal Constitucional de Portugal* non vi saranno ostacoli per la pubblicazione ed entrata in vigore della legge, che riconoscerà – in un'altra "giovane" democrazia – l'introduzione nel proprio ordinamento del diritto ad una morte medicalmente assistita previa attivazione di un apposito procedimento amministrativo quale scriminante procedurale.

¹⁰⁷ Artigo 2, Decreto n. 109/XIV da Assembleia da República.

¹⁰⁸ TCP acórdão n. 123/2021, p.to 40 *Fundamentação*.

¹⁰⁹ TCP acórdão n. 123/2021, p.ti 35 e 44 *Fundamentação*.

El camino hasta la legalización de la muerte asistida en España

Gonzalo Arruego*

THE ROAD TO THE LEGALISATION OF ASSISTED DEATH IN SPAIN

ABSTRACT: The present study examines the evolution of the normative framework of end of life decisions under Spanish law in order to understand the recent legalisation of assisted death by the Organic Law 3/2021 on euthanasia. It also analyses how assisted death has been regulated, with particular attention to its substantive and procedural requirements, and highlights some issues whose implementation is probably going to be problematic.

KEYWORDS: Organic Law 3/2021 on Euthanasia; assisted death; euthanasia; assisted suicide; right to life

RESUMEN: 1. Introducción – 2. La opinión de la sociedad española sobre la muerte asistida – 3. De la «indisponibilidad de la vida propia» a la legalización de la muerte asistida – A. El cambio en la interpretación de un marco iusfundamental inalterado – B. La evolución del marco normativo regulador de las decisiones sobre el cuerpo y salud propios – 4. La muerte asistida en la LO 3/2021 de regulación de la eutanasia – A. Naturaleza de la ayuda médica para morir y requisitos sustantivos para acceder a ella – B. El procedimiento para recibir la prestación de la ayuda para morir y sus mecanismos de control – 5. Consideraciones finales.

1. Introducción

El 18 de marzo de 2021 el Congreso de los Diputados aprobó por 198 votos a favor, 142 en contra y 2 abstenciones la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia¹. Su entrada en vigor se produjo tres meses después de su publicación (Disposición final cuarta), es decir, el

* Doctor en Derecho (Universidad de Zaragoza); Máster en Derecho internacional, comparado y europeo (Instituto Universitario Europeo); Departamento de Derecho Público de la Universidad de Zaragoza; Mail: garruego@unizar.es. El presente estudio forma parte del proyecto nacional de investigación DERFUNDAT (PGC2018-093737-B-I00), financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación-Agencia Estatal de Investigación. Siempre que sea posible la jurisprudencia constitucional se cita indicando STC o Sentencia número de la sentencia/año de la sentencia/fundamento jurídico de la sentencia. Artículo evaluado positivamente por dos expertos externos.

¹ Hay que llamar la atención acerca de que habría sido preferible otra denominación más ajustada a su verdadero contenido, por ejemplo Ley Orgánica de regulación de la muerte médicamente asistida. La razón no es la obviedad de que el término eutanasia apenas aparece en el Preámbulo y en tres artículos de la norma, sino en que como reconoce el propio legislador su significado etimológico ha sido progresivamente desplazado por otro que apela, entre otras condiciones, a la causación activa y directa de la muerte de otra persona. Es decir, que la ley recurre al vocablo eutanasia para referirse a dos prácticas diferentes que, en la terminología ya generalmente aceptada y consolidada, se denominan, precisamente, eutanasia y suicidio asistido y que usualmente se engloban en el genérico término de muerte (médicamente) asistida.

pasado 25 de junio. Ya ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional².

De este modo, España se ha convertido en el cuarto país de la Unión Europea, junto a Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo, cuyo parlamento afronta la regulación de la muerte asistida. Y Portugal será probablemente el quinto³. ¿Nos encontramos ante un punto de inflexión en el abordaje jurídico de la muerte asistida? Es probable. Un cambio de tendencia en favor de su legalización en mayor o menor grado que además no es tanto resultado de la acción legislativa sino que tiene más que ver con la actividad reciente de las jurisdicciones constitucionales y de garantía de los derechos humanos⁴. No parece exagerado afirmar, en este sentido, que han sido los tribunales quienes han alterado sustancialmente las coordenadas jurídicas del debate. Sobre todo el TEDH desde que en el año 2002 estableciera los parámetros de una doctrina que no ha dejado de evolucionar desde entonces [STEDH *Pretty c. Reino Unido* (2002)].

La muerte asistida había sido objeto regular de discusión en la historia democrática española. Sobre todo, y como suele ser habitual, al calor de supuestos de hecho, *casos*, especialmente dramáticos que avivaban el debate social acerca de la posibilidad y oportunidad de su regulación. Es más, aunque la legalización de la muerte asistida ha acaecido más de cuarenta años después de la aprobación de la Constitución, lo cierto es que siempre hubo un apoyo social mayoritario a su regulación, al menos desde el final de la década de los ochenta del siglo pasado.

Sea como fuere, la evidencia es que el paso del tiempo estaba comprometiendo cada vez con mayor vigor la vigencia de la prohibición absoluta de la muerte asistida como consecuencia de distintos

² Nada más producirse su aprobación el partido político VOX confirmó que recurriría la norma ante el TC, cosa que sus 52 diputados hicieron el 16 de junio de 2021. En su recurso solicitaron además su suspensión cautelar pese a no estar prevista dicha posibilidad en este cauce de inconstitucionalidad, suspensión denegada por el TC. También los parlamentarios del Partido Popular impugnaron la ley el 24 de junio de 2021.

³ El 29 de enero de 2021 la Asamblea de la República aprobó el *Decreto n. 109/XIV* por 136 votos a favor, 78 en contra y 4 abstenciones. Sin embargo, y en uso de sus atribuciones, el Presidente de la República lo remitió preventivamente al Tribunal Constitucional alegando la imprecisión de los términos que definen las situaciones que dan acceso a la «anticipación médicamente asistida de la muerte». La norma legalizaría la muerte médicamente asistida (eutanasia y ayuda al suicidio) para personas mayores de 18 años nacionales o con residencia legal en el país, en situación de sufrimiento intolerable y con una lesión definitiva y de gravedad extrema conforme al consenso científico o una dolencia incurable y fatal. El 15 de marzo de 2021 el Tribunal Constitucional estimó que, efectivamente, la noción «lesión definitiva y de gravedad extrema conforme al consenso científico» carecía de la precisión constitucionalmente exigida, debiendo el Parlamento precisarla. Por lo tanto, no afirmó la inconstitucionalidad de la muerte asistida *per se*. Una cuestión que, formalmente, el Presidente de la República había dejado fuera de su requerimiento y que, sin embargo, el Tribunal Constitucional no dudó en examinar. En su opinión, analizar la constitucionalidad de aspectos concretos de la norma solo tenía sentido después de verificar su compatibilidad global con la inviolabilidad de la vida humana consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución (Sentencia 123/2021/23).

⁴ Aunque podemos remontarnos al año 1997, cuando la Corte constitucional de Colombia reconoce el «derecho fundamental a la muerte digna» (Sentencia C-239/97), los acontecimientos parecen haberse acelerado en los últimos años: caso *Carter* en Canadá en el año 2015 [*Carter c. Canadá (Fiscal General)* (2015) SCC 4], caso *Cappato* en Italia en 2018 y 2019 (Sentencias 207/2018 y 242/2019), sentencia del Tribunal Constitucional alemán relativa a la prestación del suicidio asistido como servicio en febrero 2020 (BVerfGE de 26 de febrero de 2020), sentencia del Tribunal Constitucional austriaco acerca del suicidio asistido en diciembre de 2020 (Sentencia G 139/2019-71) o, más recientemente, la referida sentencia del Tribunal Constitucional portugués de 15 de marzo de 2021 sobre la legalización de la «anticipación médicamente asistida de la muerte» (Sentencia 123/2021).

factores: el progresivo cambio en la interpretación del alcance de los derechos, principios y bienes constitucionales en liza sobre todo a la luz de la doctrina del TEDH; el reconocimiento y paulatino ensanchamiento de la autonomía individual con respecto al propio cuerpo y salud en el ámbito médico asistencial; la realidad de que como consecuencia de todo ello el ordenamiento jurídico *ya* permitía decisiones que significan disponer de la vida propia y que requieren del concurso de terceros; resoluciones de jurisdicciones constitucionales del entorno negando en mayor o menor grado la legitimidad de aquella prohibición...y ese creciente y sólido apoyo ciudadano a la opción legalizadora.

Este es el contexto en el que se inserta, y explica, la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, *de regulación de la eutanasia*⁵. Y es el que anima las páginas siguientes, cuyo objetivo es analizar el recorrido normativo y jurisprudencial transitado hasta llegar a ella y explicar desde ese prisma cómo el legislador español ha regulado la muerte asistida sobre todo desde un punto de vista sustantivo y procedimental.

2. La opinión de la sociedad española sobre la muerte asistida

La ley se presenta en su preámbulo como la respuesta a «una demanda sostenida de la sociedad actual». Y, efectivamente, no parece que los datos de los que disponemos desmientan esa afirmación⁶. Entre los años 1988 y 2021 se ha cuestionado a la sociedad española en diversas ocasiones, aunque de distinta manera, acerca de su apoyo o rechazo a la práctica de la eutanasia y los resultados han sido siempre de apoyo mayoritario y, además, creciente. Y en unos porcentajes que desde el principio evidenciaron su carácter transversal.

En 1988, y a preguntas del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), el 53% de los ciudadanos participantes respondió afirmativamente a la cuestión de si «un enfermo incurable tiene derecho a que los médicos le proporcionen algún producto para poner fin a su vida sin dolor». Y el 60% consideró que «un médico debería tener la posibilidad de acabar sin dolor con la vida de un enfermo incurable si este lo pide libremente». Es más, el 66% entendió que un médico «que ponga fin sin dolor a la vida de un paciente incurable si este lo pide insistentemente» no debería ser castigado⁷. Estas cifras se mantuvieron en 1992, cuando el 59% de los encuestados respondió afirmativamente a la pregunta de «si un enfermo incurable con grandes sufrimientos tiene derecho a que los médicos le proporcionen algún producto que ponga fin a su vida sin dolor» y el 66% consideró que la «ley debe permitir a los médicos» poner fin a la vida y al sufrimiento a solicitud de un paciente «que tiene una enfermedad incurable que le causa grandes sufrimientos»⁸. También en 1995, entonces el 65% de los entrevistados manifestó estar «más bien de acuerdo» con la afirmación «un enfermo incurable con

⁵ Un análisis reciente de los diversos aspectos implicados en la norma en C. TOMÁS VALIENTE (dir.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Marcial Pons, 2021.

⁶ Es cierto que no todos comparten este análisis, por ejemplo A. M^º. MARCOS DEL CANO, *¿Es necesaria la regulación jurídica de la eutanasia en España?* en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 79, 2019.

⁷ CIS, Estudio n. 1749 (1988), preguntas 37, 38 y 39. Respondieron «No», respectivamente, el 27%, el 22% y el 15%.

⁸ CIS, Estudio n. 1996, preguntas 21 y 22, a las que respondieron «No», respectivamente, el 28% y el 22%.

grandes sufrimientos, tiene derecho a que los médicos le proporcionen algún producto que ponga fin a su vida sin dolor»⁹.

En el año 2009 el CIS realizó un estudio específico sobre «Atención a pacientes con enfermedades en fase terminal» (Estudio n. 2803). Su pregunta número 24 planteaba si la «ley debería permitir que los médicos» pudieran poner fin a la vida y a los sufrimientos de un enfermo con una «enfermedad terminal que le causa grandes sufrimientos y que le causará la muerte en poco tiempo» cuando el enfermo «lo solicita libremente». La tasa de respuesta «Sí, con total seguridad» fue del 63,3% y de «Creo que sí, pero no estoy totalmente seguro» del 17,2%; es decir, ambas sumaban el 80,5%. Es cierto que el apoyo se redujo cuando, en las mismas circunstancias, lo que se preguntó fue si la ley debería permitir que el médico proporcione al enfermo «los medios necesarios» para que sea él o ella quien termine con su vida (49,7% y 18,2%)¹⁰. Finalmente, el 75,7% (58,8% más 16,9%) se mostró contrario a castigar «al médico que ponga fin, sin dolor, a la vida de un paciente, en la fase final de una enfermedad irreversible si éste se lo pide de manera reiterada y consciente». En este sentido, el 73,6% (58,4% más 15,2%) opinó que «en España debería regularse por Ley la eutanasia», apoyo que de nuevo se reducía notablemente cuando la pregunta era si debería legalizarse «el suicidio asistido»: 52,7% (38,9% más 13,8%)¹¹.

A finales de febrero de 2017, el 84% de los encuestados respondió afirmativamente a la pregunta realizada por Metroscopia: «¿Debería tener derecho un enfermo incurable a que los médicos le proporcionaran algún producto para poner fin a su vida sin dolor?». Un porcentaje que subió tres puntos, hasta el 87%, en abril de 2019¹².

Hasta el mes de enero de 2021 el Centro de Investigaciones Sociológicas no había vuelto a incluir cuestiones sobre la muerte asistida en sus barómetros¹³. Amén de preguntar a los encuestados si conocían que en diciembre de 2020 el Congreso de los Diputados había aprobado la *Proposición de Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia*, se les cuestionaba sobre si estaban «de acuerdo o en desacuerdo con la eutanasia»¹⁴. Respondió que estaba «Totalmente de acuerdo» el 23,9% de las personas entrevistadas y «De acuerdo» casi la mitad, el 48,4%. Es decir, entre ambas categorías concitaban al 72,3% de los ciudadanos. Por el contrario, solo el 10% se mostró «En desacuerdo», un porcentaje que se redujo a la mitad en el caso de quienes respondieron estar «Totalmente en desacuerdo»: el 5,1%¹⁵. Así, en total se mostraban contrarios a la eutanasia solo el 15,1%. Un porcentaje que puede ser relativizado si observamos las razones de quienes respondieron «En desacuerdo» (10%) o dudaban o no sabían (6%), motivos que, además, resultan especialmente

⁹ CIS, Estudio n. 2203, pregunta 17.

¹⁰ Pregunta 25.

¹¹ Preguntas 28, 37 y 38, respectivamente.

¹² Hay que reseñar que el segundo sondeo se realizó solo unos días después de que saltara a los medios de comunicación la noticia de que Ángel Hernández, de 70 años, había reconocido que suministró, por expreso deseo de esta, una dosis letal de pentobarbital sódico a su esposa de 61 años, María José Carrasco, enferma de esclerosis múltiple en fase terminal.

¹³ Estudio n. 3307.

¹⁴ Preguntas 26 y 26a. El 90,3% de los entrevistados afirmó ser conocedor de que el Congreso de los Diputados acaba de aprobar la Proposición.

¹⁵ Por otro lado, «Ni de acuerdo ni en desacuerdo» se mostraba el 5,1% de quienes fueron entrevistados, por un 6% que dudó o no sabía.

interesantes desde el punto de vista de algunas cuestiones recurrentes en el debate sobre la legalización de la muerte asistida¹⁶.

Con relación a estos datos, y fundamentalmente respecto de la serie histórica del CIS, creo que hay que llamar la atención acerca de dos aspectos. En primer lugar, hasta enero de 2021, cuando simplemente se pregunta «Y, por lo que Ud. sabe, ¿está de acuerdo o en desacuerdo con la eutanasia?»¹⁷, entre 1988 y 2009 las cuestiones habían acotado progresivamente la condición clínica de quien solicita morir «sin dolor». Si en 1988 se trataba sencillamente de un «enfermo incurable», en 1992 y 1995 se añadió que además padece «grandes sufrimientos», para hablar finalmente en el año 2009 de quien sufre una «enfermedad en fase terminal que le causa grandes sufrimientos y que le causará la muerte en poco tiempo». Además, y en segundo lugar, las preguntas permitían diferenciar distintas actitudes hacia la «eutanasia» y el «suicidio asistido», existiendo un notable mayor apoyo con relación a la primera¹⁸.

3. De la «indisponibilidad de la vida propia» a la legalización de la muerte asistida

3.1. El cambio en la interpretación de un marco iusfundamental inalterado

A diferencia de otros tribunales constitucionales/supremos, el Tribunal Constitucional español nunca ha abordado de manera directa ni la legitimidad constitucional de la muerte asistida ni supuestos de hecho en los que estuviera en cuestión la posibilidad de disponer de la vida. Pero sí se ha enfrentado a situaciones en las que decisiones individuales respecto de la salud propia implicaban indirectamente la muerte de las personas concernidas. Y al igual que sucede con la doctrina de otros tribunales como el TEDH, los derechos fundamentales en liza en estos casos han sido el derecho fundamental a la vida y el derecho a la integridad personal (complementado según las circunstancias por la libertad ideológica y religiosa y el derecho a la intimidad).

Del mismo modo que el TEDH y otros Tribunales Constitucionales, el Tribunal Constitucional español también ha asumido la concepción existencial estricta del derecho fundamental a la vida. Con arreglo a ella, el derecho es una garantía que impone la protección de la existencia física de los individuos y de la que derivan deberes negativos (no matar) y positivos (proteger la vida) para los poderes

¹⁶ En este sentido, si el 11,2% reconocía que su postura estaba motivada por falta de información o el 5,7% por la complejidad del tema, el 31,8% hacía depender sin embargo su postura «del caso», el 6,4% de «de cómo se aplique y regule la ley» y el 7,3% afirmó que se trata de «una decisión personal». Y solo el 1,7% fundamentaba su respuesta en la priorización de los cuidados paliativos y menos del 5% (4,6%) en «falta de confianza» o en la posibilidad de que se cometan «abusos».

¹⁷ Hay que tener presente que se excluía de la formulación de la pregunta a quienes desconocieran el término «eutanasia» (0,9% de los encuestados).

¹⁸ Se ha aducido que esta diferencia no sería consecuencia del «perfil de los que apoyan una u otra práctica», sino porque el segundo «genera más dudas: el debate [...] quizá está menos maduro, sea menos explícito, esté más influenciado por aprioris culturales ajenos a cualquier tipo de razonamiento lógico» (R. SERRANO, A. HEREDIA, *Actitudes de los españoles ante la eutanasia y el suicidio médico asistido*, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 161, 2018, 118). Motivos a los que, quizá, no parece descabellado añadir la diferente reacción que probablemente produce imaginar que es uno mismo quien finalmente se causa la muerte a que sea otro, un profesional sanitario, quien se la provoque.

públicos¹⁹. Consecuentemente, y al igual que el TEDH, el TC ha rechazado con firmeza la posibilidad de concebirlo como un «derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte»²⁰. El acto de disposición de la vida propia queda así configurado como una mera manifestación de *agere licere*; un acto no prohibido que es expresión «del principio general de libertad» que informa la Constitución porque «la vida [es] un bien de la persona que se integra en su círculo de libertad»²¹.

A igual que ha sucedido en otras jurisdicciones, esta interpretación descarta al derecho a la vida como eventual soporte de cualquier capacidad de autodeterminación sobre el cuerpo, la salud o la muerte propia. Una evidencia que ni significa que se oponga a ella, ni que esas cuestiones le sean absolutamente ajenas. De hecho, también en la doctrina del Tribunal Constitucional ha desempeñado el tradicional rol de servir de fundamento de restricciones o límites a decisiones individuales de autodeterminación.

En este escenario, ha sido el derecho fundamental a la integridad personal el que paulatinamente se ha convertido en soporte de un «derecho de autodeterminación individual respecto del propio cuerpo como soporte vital de la propia existencia»²². Una tendencia totalmente consolidada tal y como evidencian, en nuestro contexto, la redacción del artículo 3 de la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* o las doctrinas del TC y del TEDH²³. A pesar de ello, es importante no olvidar que en esencia el contenido del derecho fundamental a la integridad personal es gemelo al atribuido al derecho fundamental a la vida: es un derecho reaccional que protege la «incolumidad corporal» o «la inviolabilidad de la persona», prohibiendo acciones que signifiquen daño o menoscabo; también intervenciones no consentidas. Como se sabe, es en esta dimensión del derecho donde ha encontrado su principal cobertura iusfundamental la más relevante manifestación del principio de autonomía respecto del propio cuerpo y salud en el contexto médico-asistencial: el consentimiento informado y, consiguientemente, los derechos a rechazar cualquier tratamiento o intervención en el propio cuerpo y a retirar el consentimiento inicialmente otorgado²⁴. La

¹⁹ En torno a estas cuestiones véase G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, Granada, 2019.

²⁰ El derecho fundamental a la vida posee «un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte (...) En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte», STC 120/1990/7.

²¹ Respectivamente, SSTC 152/2002/12 y 120/1990/7. El problema es que, en su momento, esta caracterización se acompañó de esta conclusión: no puede reconocerse la capacidad de disponer de la vida propia como derecho subjetivo, y mucho menos aún como un derecho fundamental que «implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público», pues ello significaría «reducir el contenido esencial del derecho», STC 120/1990/7, cursivas G.A. Una afirmación que, llevada al extremo, privaba de sentido a la caracterización de la disposición de la vida propia como resultado del «principio general de libertad» y que, más problemáticamente, haría incompatible la posición del TC con la doctrina del TEDH, con posteriores resoluciones del propio Tribunal y con el marco normativo hoy vigente en España en materia de muerte asistida y autonomía del paciente.

²² R. CHUECA RODRÍGUEZ, *El marco constitucional del final de la propia vida*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 2009.

²³ Vid. G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Vida, integridad personal y nuevos escenarios de la biomedicina*, Granada, 2012.

²⁴ Véase, por todas, STC 37/2011.

información desempeña además un papel esencial, pues es condición inexcusable para que el individuo pueda ejercer con plena libertad, responsabilidad y eficacia su derecho fundamental²⁵.

La cuestión que inmediatamente se suscita es la siguiente: reconocida esa capacidad negativa de autodeterminación sobre el cuerpo y la salud propia al amparo del derecho a la integridad personal ¿hasta qué punto cobija decisiones que *de facto* significan la muerte? ¿Cómo se ha articulado hasta la fecha en el sistema constitucional español su relación con la garantía del derecho fundamental a la vida?

En este punto es perceptible cierta evolución en la interpretación de los derechos fundamentales del artículo 15 de la Constitución²⁶. Un cambio que es coherente con la transformación que ha experimentado el marco jurídico de las decisiones al final de la vida en derecho español como consecuencia de la consolidación del principio de autonomía. Creo, además, que puede intuirse un dato clave en esta evolución: la probable sustitución de la tradicional «perspectiva del conflicto» por un punto de vista más preocupado por delimitar el alcance de los deberes positivos de protección implicados, precisamente a la luz de esa autonomía.

Así, y al igual que ha sucedido en otras jurisdicciones, también el TC ha debido examinar situaciones en las que decisiones personales en el ámbito de la salud y cuya consecuencia es la muerte resultan limitadas por la acción tutelar de los poderes públicos. Tal es el caso de la asistencia sanitaria prestada en contra de la voluntad del individuo que rechaza un tratamiento médico (transfusión de sangre/alimentación forzosa) como consecuencia de sus convicciones religiosas o como resultado de una acción reivindicativa (huelga de hambre). Y también de manera similar a otros órganos jurisdiccionales el punto de vista adoptado usualmente para dirimir estos casos ha sido esa «perspectiva del conflicto»: vida vs. autonomía/integridad personal. Un enfoque que apela a la ponderación en función de las circunstancias concurrentes y que solo es inteligible partiendo de la independencia de los deberes de protección impuestos por los derechos concernidos, en este caso el derecho a la vida, respecto de la voluntad de su titular. Una interpretación que, curiosamente, no se ha afirmado, al menos de forma tan vigorosa, respecto de la integridad personal²⁷. Es cierto que, de hacerse, se habría privado de sentido a la doctrina del consentimiento informado. Probablemente, además, ello pueda explicarse porque se ha entendido que una interpretación tan restrictiva de la

²⁵ *Vid.*, entre otras, STC 37/2011/5 o STEDH *Codarcea c. Rumanía* (2009) §§ 104 y 105. En este sentido, en el ámbito de la salud existe un evidente vínculo entre los deberes informativos asociados a la garantía del derecho a la integridad personal y los habitualmente previstos en los procedimientos para ejecutar la decisión de morir con la ayuda de terceros en aquellas jurisdicciones que la han regulado. En ambos casos sirven al mismo fin: garantizar que la decisión es auténticamente libre y responsable, algo especialmente relevante en aquellos supuestos en los que aquella es por su propia naturaleza irreversible. Y también en ambos casos su naturaleza coincide: son expresión de los deberes positivos de protección derivados, según el caso, de la garantía del derecho a la vida o de la garantía del derecho a la integridad personal.

²⁶ «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

²⁷ En un primer momento el juez de la Constitución sí legitimó una transfusión de sangre apelando exclusivamente a la propia salud como límite al ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa en el que se sustentaba su rechazo, ATC 369/1984/3.

autonomía personal solo es posible cuando está en juego el derecho fundamental al que tradicionalmente se atribuye posición tan especial en el sistema de derechos: el derecho a la vida²⁸. Así, el argumento principal²⁹ esgrimido por el Tribunal Constitucional para defender la imposición de un tratamiento médico ha sido, precisamente, el deber de preservar la vida humana como bien jurídico constitucionalmente protegido y valor superior del ordenamiento jurídico-constitucional³⁰. No obstante, la interpretación que ha realizado el TC de este marco constitucional ha evolucionado paulatinamente. Tanto en el mencionado sentido de haber abandonado probablemente la «perspectiva del conflicto», como si comparamos aquellos pronunciamientos que se construyen sobre ella. Así, en un primer momento no encontró reparo alguno en sustentar la validez de una orden judicial imponiendo a una paciente una transfusión de sangre en contra de sus creencias religiosas (ATC 369/1984). Y ello ni siquiera apelando a la preservación de su vida como fundamento de la restricción, en este caso, a su derecho fundamental a la libertad religiosa. Más sencillamente, se trataba de salvaguardar su salud. Posteriormente, la incorporación de la doctrina del derecho a la integridad (física) como fundamento del poder del individuo para rechazar toda intervención no consentida en su cuerpo, le obligó a ponderar esa facultad subjetiva y el deber positivo de protección de la vida humana. En este caso el Tribunal avaló de nuevo la constitucionalidad de la asistencia sanitaria, pero sugiriendo que de encontrarse los individuos afectados en una posición jurídica diferente (reclusos/ciudadanos libres), quizá su conclusión no habría sido la misma (SSTC 120 y 137/1990 y 11 y 67/1991). De hecho, y a pesar otra vez de algunas incertidumbres, esta doctrina fue posteriormente consolidada, aunque otra particularidad del enfermo (ahora su minoría de edad) condujo a la misma conclusión: la legitimidad del tratamiento médico aún en contra de su voluntad y de la de sus representantes legales (STC 154/2002). Finalmente, el Tribunal Constitucional parecería haber consolidado su doctrina acerca del significado del derecho a la integridad personal y redefinido el alcance que quepa atribuir a los deberes de protección impuestos por el artículo 15 CE, que ya no podrían oponerse, en principio, a la voluntad libre y responsable del individuo. Una conclusión que solo es plenamente comprensible si se abandona la retórica del conflicto. Por eso, la autonomía del paciente ampara decisiones que deben ser respetadas aunque ese respeto «pudiera conducir a un resultado fatal» (STC 37/2011)³¹.

²⁸ La obviedad de que sin existencia no hay soporte individual de derechos ha sido impropriamente utilizada para atribuirle una posición única con reflejo inmediato en su interpretación. En el caso del TC, se ha reiterado que el derecho a la vida es el «derecho fundamental esencial y troncal», pues junto a la dignidad humana constituye el «prius lógico y ontológico» de todos los restantes (STC 53/1985/3). Particularidad que le otorgaría «una singular fuerza expansiva» (ATC 304/1996/3) e incluso, y en un evidente exceso, un carácter «absoluto e ilimitable» (STC 48/1996/2).

²⁹ También hay otro de carácter contingente, pues únicamente concurre en determinados supuestos atendido el status jurídico del individuo que soporta la restricción de sus derechos. Esta contingencia se explica porque la mayoría de las veces en las que el Tribunal ha examinado la constitucionalidad de la asistencia sanitaria no consentida en sentido estricto, ha sido con ocasión del progresivo agravamiento del estado de salud de una serie de reclusos que habían decidido iniciar una huelga de hambre reivindicativa contra la política penitenciaria del Gobierno (SSTC 120 y 137/1990 y 11 y 67/1991).

³⁰ Por todas, STC 120/1990/12.

³¹ Es cierto, no obstante, que el contexto en el que el Tribunal realiza estas afirmaciones es muy diferente del de sus otros pronunciamientos, pues ya no se trata de un caso de asistencia sanitaria coactiva, cuanto de la realización no consentida de una intervención médica

Todo ello se ha producido, además, en el contexto de la constante evolución de la doctrina del TEDH desde *Pretty*. Una jurisprudencia que ha alterado radicalmente los parámetros del debate jurídico en torno a la muerte asistida en el ámbito del Consejo de Europa. Ello es resultado de afirmar el derecho de toda persona «a decidir cómo y cuándo debería finalizar» su existencia al amparo del artículo 8 CEDH y de asignar al derecho a la vida el papel de imponer a los poderes públicos adoptar las debidas garantías para que esa decisión irreversible se adopte tras «formar su juicio libremente y actuar en consecuencia» y proteger a los sujetos y colectivos vulnerables³².

3.2. La evolución del marco normativo regulador de las decisiones sobre el cuerpo y salud propios

Como se sabe, el principio que explica el vigente régimen jurídico de los derechos del paciente con relación a toda intervención en su cuerpo y salud es el principio de autonomía. En el caso del ordenamiento jurídico español, es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, la que sin duda marca un antes y un después en el reconocimiento de esa capacidad de autodeterminación respecto de la salud propia. Una norma que es a su vez resultado de otro importante hito en esta materia: el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina*³³.

Hasta su entrada en vigor, los derechos del paciente estaban regulados en la Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*³⁴, entre cuyos objetivos primordiales no estaba proclamar un catálogo de derechos³⁵. Su artículo 10.5 reconocía la facultad de recibir en «términos comprensibles» una «información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso» y el apartado 6 garantizaba «la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso» e imponía la

³² SSTEDH *Haas c. Suiza* (2011) § 51; *Koch c. Alemania* (2012) § 52; y *Gross c. Suiza* (2013; Sección Segunda) § 59. Es más, el Tribunal ha llegado a apelar expresamente al «derecho a poner fin a la vida propia» [STEDH *Gross c. Suiza* (2013; Sección segunda) § 65] y ha recordado que, en el caso de proceder a su regulación, los poderes públicos deben adoptar no solo medidas preventivas sino también de promoción [STEDH *Haas c. Suiza* (2011) § 57]. Es cierto que, como evidencian los Tribunales Constitucionales alemán y austriaco, esas garantías derivan también del propio principio autonomía (BVerfGE de 26 de febrero de 2020 y Sentencia G 139/2019-71).

³³ Convenio de Oviedo. El Convenio, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, entró en vigor en España el 1 de enero de 2000 y ha sido expresamente incorporado por el TEDH en su razonamiento [por ejemplo y específicamente en la materia objeto de estas páginas, SSTEDH *Glass c. Reino Unido* (2004), *Lambert y otros c. Francia* (2015) o *Gard y otros c. Reino Unido* (Sección primera; 2017)], así como por el Tribunal Constitucional español (STC 37/2011).

³⁴ Antes de la Ley General de Sanidad pueden mencionarse la Orden del Ministerio de Trabajo, de 7 julio 1972, *por el que se aprueba el reglamento de régimen, gobierno y servicio de las instituciones sanitarias*; el RD 2082/1978, de 25 de agosto, *sobre hospitales (normas provisionales de gobierno y administración y garantías de sus usuarios)*, que fue declarado nulo en el año 1982 por el TS por carecer de dictamen previo del Consejo de Estado (SSTS de 29 de abril y de 10 de diciembre de 1982, Sala 4ª); o el *Plan de Humanización de la Asistencia Sanitaria*, cuyo Capítulo III contenía una mucho más pormenorizada «Carta de derechos y deberes de los pacientes». En torno a la evolución del marco normativo español regulador de la autonomía del paciente véase, entre otros, S. TARODO SORIA, *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Bilbao 2005.

³⁵ De hecho, tal contenido ni siquiera estaba inicialmente previsto y se incluyó a instancias del Defensor del Pueblo, E. COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, Oñati, 1988, 256.

necesidad de obtener el «previo consentimiento escrito» para «la realización de cualquier intervención». Unas previsiones que completaba el apartado noveno al consagrar el derecho «a negarse al tratamiento». La clave de esta regulación radicaba en las excepciones normativamente previstas a esta capacidad de autodeterminación, especialmente una de ellas: la urgencia que no permite demoras por existir riesgo de lesiones irreversibles o de fallecimiento³⁶. Un supuesto que, en el contexto de la interpretación inicial del marco constitucional, posibilitaba la imposición de un tratamiento médico en contra de la voluntad del enfermo con la sola finalidad de preservar su vida y su integridad³⁷.

En línea con las previsiones contenidas en el Convenio de Oviedo, la Ley 41/2002 proclama entre sus principios básicos la norma general de que «toda actuación en el ámbito de la sanidad» requiere «el previo consentimiento de los pacientes o usuarios» tras haber recibido «una información adecuada». Esta previsión se extiende, consiguientemente, al derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, a negarse al tratamiento «excepto en los casos determinados por la Ley» y a revocar en cualquier momento el consentimiento inicialmente otorgado³⁸. Pero partiendo del reconocimiento de este espacio de autodeterminación en el ámbito clínico, la norma afronta la realidad de que existen situaciones en las que la asistencia sanitaria se presta en ausencia o en contra de voluntad válida jurídicamente atribuible al individuo enfermo. Así, en su artículo 9.2 b) la Ley 41/2002 habilita al personal médico a «llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento», cuando «existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización». Y, por su parte, el artículo 8 del Convenio de Oviedo prevé que, cuando «debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada»³⁹.

La pregunta que inmediatamente suscitaron estas previsiones es la siguiente: ¿Amparaban restricciones a la autonomía personal con el único objetivo de preservar la vida o salud propias?⁴⁰ La respuesta es no. A la luz de cómo ha evolucionado la interpretación del marco iusfundamental concernido y a pesar de la confusión inducida por la calificación ocasional de estas previsiones como

³⁶ El artículo 10.6 establecía las siguientes excepciones: «a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento».

³⁷ De hecho, el artículo 10.6 LGS fue especialmente criticado por la restricción que suponía a la autodeterminación del paciente; desde la perspectiva constitucional véase, por ejemplo, J. MARÍN GÁMEZ, *A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del «consentimiento informado»*, en *Revista General de Derecho*, 610-611, 1995.

³⁸ Artículo 2.4.

³⁹ Prescripción que ha de completarse con la posibilidad, abierta por el artículo 26.1, de establecer restricciones a los derechos que consagra siempre que estén previstas por la ley y «constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas».

⁴⁰ Por razones obvias dejamos a un lado aquellas situaciones en las que está en juego la salud pública (Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, *de medidas especiales en materia de salud pública* y Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*).

«límites» a la autonomía del paciente, nos encontramos ante cláusulas de cierre mediante las que el ordenamiento jurídico resuelve cómo actuar cuando la persona afectada no tiene la posibilidad de expresar su voluntad como consecuencia de las circunstancias fácticas y personales concurrentes. Es decir, como consecuencia de los deberes de protección impuestos por los derechos a la vida y a la integridad, el ordenamiento presta su cobertura o autoriza la realización de intervenciones médicas no contrarias a la voluntad libre y conscientemente expresada por el paciente sino, precisamente, en su ausencia.

En este sentido, y al menos desde el año 2007 a raíz del caso de Inmaculada Echeverría, en derecho español está consolidada la idea de que al amparo de su derecho a la integridad personal toda persona capaz, y en una decisión libre y responsable que sólo a ella afecta, puede rechazar cualquier intervención médica aun cuando dicha decisión comporte inevitablemente su muerte. Y ello, además, incluso con el necesario concurso de terceros si sus circunstancias personales así lo exigen⁴¹. Es más, el caso de Inmaculada Echeverría tuvo una profunda impronta en la evolución posterior del régimen jurídico de las «decisiones al final de la vida». No en vano, en abril de 2010 el Parlamento de Andalucía aprobó la primera de las denominadas «Leyes de muerte digna»⁴², una norma que abrió un proceso de elaboración de «leyes autonómicas de muerte digna»⁴³ aún inacabado y caracterizado por un elevado grado de mimesis⁴⁴.

Estas normas incorporaron disposiciones que, bien que de forma aún muy restringida, formalizaron expresamente como derechos del enfermo tanto conductas que constituyen un limitado poder de

⁴¹ En el año 2006 Inmaculada Echeverría solicitó que se le retirara el tratamiento de soporte vital («suspensión del tratamiento con ventilación mecánica») al que estaba sujeta como consecuencia de su condición clínica (padecía desde los once años una distrofia muscular y había pasado los últimos años de su vida tumbada en una cama y conectada a un respirador). Aunque su petición no alcanzó finalmente los tribunales, sí fue objeto de un informe de la Comisión Autonómica de Ética e Investigación Sanitarias de Andalucía y de un dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, que sostuvieron la legitimidad de su petición.

⁴² Ley 2/2010, de 8 de abril, *de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte*, cuyo preámbulo apela directamente al Dictamen 90/2007 del Consejo Consultivo de Andalucía sobre aquel caso.

⁴³ Hubo intentos para aprobar una norma nacional de las mismas características en 2011 y en 2016. Y, de hecho, este segundo intento estuvo cerca de llegar a buen puerto. El 2 de diciembre de 2016 el Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó la *Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida*. La iniciativa superó la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados y fue aprobada por su Pleno el 20 de diciembre de 2018 y remitida al Senado el 4 de enero de 2019. Pero caducó como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales en marzo de 2019.

⁴⁴ Así, a la norma andaluza siguieron en el año 2011 la Ley 10/2011, de 24 de marzo, *de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte* (Aragón) y la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, *de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte* (Navarra). Posteriormente, en 2015 se aprobaron las Leyes 1/2015, de 9 de febrero, *de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida* (Canarias), 4/2015, de 23 de marzo, *de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir* (Baleares) y 5/2015, de 26 de junio, *de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales* (Galicia). En el año 2016 la Ley 11/2016, de 8 de julio, *de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida* (País Vasco), en 2017 la Ley 4/2017, de 9 de marzo, *de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir* (Madrid) y, finalmente, en 2018 las Leyes 5/2018, de 22 de junio, *sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas en el proceso del final de la vida* (Asturias) y 16/2018, de 28 de junio, *de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida* (Valencia).

disposición sobre la vida propia y que además pueden implicar la participación de terceros, como otras prácticas que ya eran frecuentes en el ámbito médico asistencial, señaladamente todo lo referido a los cuidados paliativos incluida la sedación paliativa. Y aunque sin duda significaron un importante avance en términos de seguridad jurídica y de garantías tanto desde la perspectiva del enfermo como del personal sanitario, cabe preguntarse si, desde el estricto punto de vista de la toma de decisiones de autodeterminación/disposición sobre la vida propia, realmente han añadido algo que no pudiera ya desprenderse del marco iusfundamental consagrado en la Constitución y de las previsiones más generales contenidas en la Ley 41/2002. La respuesta es que no. Un dato que no puede perderse de vista, especialmente ante la realidad de lo limitado de su ámbito de aplicación, pues están constreñidas a la regulación de los derechos de las personas en el «proceso» «de morir» o «de la muerte». Es decir, que están circunscritas solo a quienes se encuentren en ese trance o que afrontan decisiones relacionadas con el mismo: de acuerdo con la práctica totalidad de las definiciones legales quienes están en situación de «agonía» o padecen/se encuentran en una «enfermedad/situación terminal»⁴⁵. En este contexto, las leyes han reconocido el derecho de la persona enferma a tomar decisiones que *de facto* conducen a su muerte. Por ejemplo, la facultad de rechazar la intervención médica propuesta aunque ello signifique «poner en peligro su vida»; el derecho a retirar el consentimiento previamente otorgado aunque, de nuevo, ello haga peligrar su vida; o previsiones expresas con relación a los tratamientos de soporte vital⁴⁶.

A través de estas leyes la retórica de la calidad de vida y, sobre todo, de la calidad y dignidad de la muerte como acontecimiento natural e inevitable penetraron irreversiblemente la normativa española⁴⁷. Y no solo. También la realidad de que junto a la garantía de la autonomía personal para tomar decisiones y controlar el proceso de morir en la medida en que el conocimiento científico-tecnológico lo permite, en ocasiones, y llegados a cierto punto, la única alternativa material y jurídicamente posible es la muerte⁴⁸.

⁴⁵ Con algunas diferencias de matiz, ambas condiciones son definidas en términos muy similares por casi todas estas normas. La «agonía» sería la «fase gradual que precede a la muerte» y que se manifiesta en forma de «deterioro físico grave», «debilidad extrema», «trastornos cognitivos y de conciencia», «dificultad de relación y de ingesta» y que, sobre todo, se caracteriza por un limitadísimo «pronóstico vital» de apenas unos días. Por su parte, la situación o enfermedad terminal es definida con adjetivos como «avanzada», «incurable», «progresiva» o «irreversible» y es caracterizada desde el punto de vista clínico por la ausencia de «posibilidades razonables de respuesta al tratamiento», por «un pronóstico de vida limitado» y por la eventual concurrencia de «síntomas intensos y cambiantes» que pueden precisar de asistencia paliativa.

⁴⁶ A pesar de que este conjunto de normas son las que lógicamente han concitado mayor atención como consecuencia de su carácter específico, no puede olvidarse que en la normativa autonómica que regula con carácter general los derechos del paciente, también se han reconocido facultades similares en este continuado proceso de formalización jurídica de un espacio de autodeterminación cada vez mayor con respecto a la salud y vida propias. Por ejemplo, la Ley 2/2002, de 17 de abril, *de Salud* de La Rioja, la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, *de Ordenación Sanitaria de Cantabria*, la Ley 8/2003, de 8 de abril, *sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud* de la Comunidad de Castilla y León o la Ley 3/2009, de 11 de mayo, *de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia*. Y todo ello sin contar otras previsiones específicas en la normativa reguladora de las voluntades anticipadas.

⁴⁷ Es especialmente ilustrativa, en este sentido, la lectura de los Preámbulos de estas normas.

⁴⁸ En palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2015, de 26 de junio, *de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales* (Galicia): es necesario reconocer «la naturalidad de la muerte» en un contexto en el que nuestra capacidad de prolongar la vida ha generado cierta percepción social «de que

En este contexto, a partir de 2017 se aceleraron los acontecimientos legislativos que condujeron a la legalización de la muerte asistida en España. La primera iniciativa para regularla fue la *Proposición de Ley Orgánica sobre la eutanasia* presentada por el Grupo Parlamentario *Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea*. Sin embargo, no superó el trámite de toma en consideración en el Congreso y, aunque fue reiterada el 12 de julio de 2019, caducó como consecuencia de la disolución de las Cámaras en septiembre de ese año. Por su parte, el Grupo parlamentario *Socialista* presentó el 3 de mayo de 2018 su *Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, iniciativa que también caducó a causa de la disolución del Parlamento en el mes de marzo de 2019. El 19 de julio de ese mismo año volvió a presentarla introduciendo algunas modificaciones, pero nuevamente caducó como consecuencia de la nueva disolución de las Cortes Generales en el mes de septiembre. La iniciativa fue reiterada por tercera vez el día 24 de enero de 2020 y tomada en consideración el 12 de febrero por una amplia mayoría de 203 votos a favor, 140 en contra y 2 abstenciones. Poco más de un año después fue definitivamente aprobada como la LO 3/2021, de 24 de marzo, *de regulación de la eutanasia*.

4. La muerte asistida en la LO 3/2021 de regulación de la eutanasia

4.1. Naturaleza de la ayuda médica para morir y requisitos sustantivos para acceder a ella

La LO 3/2021 *de regulación de la eutanasia* opta decididamente por un modelo medicalizado⁴⁹ de legalización de la muerte asistida configurada como un derecho prestacional en el seno del sistema público de salud⁵⁰. El modelo medicalizado, y además en el seno del sistema público de salud allá donde exista, es probablemente el más conforme con los derechos y principios constitucionales involucrados⁵¹. Repárese en que proporciona mayor garantía tanto desde el punto de vista de quien solicita ayuda para morir (fallecer sin dolor y sufrimiento), como desde la perspectiva de la eficaz implementación y control de las precauciones que habitualmente se anudan a su legalización y que

la muerte casi siempre puede y debe ser pospuesta». Por el contrario, es necesario asumir «no sólo los límites de la medicina, sino también el hecho inevitable de la muerte [y] hacer un uso adecuado de los recursos disponibles para prolongar la vida».

⁴⁹ Véase E. ELBEKE, *The Way Assisted Suicide is legalised: balancing a medical framework against a demedicalised model*, en *European Journal of Health Law*, 18, 2, 2011.

⁵⁰ De hecho, el preámbulo de la Ley señala que el adjetivo «médica» está «implícito en la ley cuando se habla de ayuda para morir». Han criticado que la muerte asistida se limite al ámbito médico asistencial, por ejemplo, J. C. CARBONELL MATEU, *El castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional*, en *DMD*, 82, 2020; M. A. NUÑEZ PAZ, *Necesidad de un concepto pre-legal de eutanasia, aspectos constitucionales y otras precisiones sobre la «Proposición de Ley orgánica de regulación de la eutanasia» en España (BOCG de 31 de enero de 2020, núm. 46/1)*, en *Revista general de derecho penal*, 34, 2020; o E. PAYÁN ELLACURIA, *Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta de lege ferenda*, en *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, 5, 2020; por el contrario, defiende un modelo exclusivamente medicalizado C. JUANATEY DORADO, *Reflexiones a propósito de la propuesta de regulación de la eutanasia voluntaria en España*, en *Revista General de Derecho Penal*, 34, 2020. La muerte así producida «tendrá la consideración legal de muerte natural a todos los efectos» (Disposición adicional primera).

⁵¹ En este sentido, el legislador afirma en el preámbulo que otros modelos «no ofrecen las garantías necesarias» pues se limitan a generar «espacios jurídicos indeterminados».

están sobre todo encaminadas a garantizar la absoluta libertad y responsabilidad de una decisión que es por naturaleza definitiva, irreversible⁵².

El artículo 1 de la norma condensa toda su arquitectura: regula un derecho al que puede acceder toda persona que cumpla determinados requisitos (sobre todo clínicos), que se desarrolla en el entorno médico-asistencial y que consiste en obtener ayuda para morir, así como los correspondientes deberes de personal sanitario, administraciones e instituciones «para asegurar [su] correcto ejercicio». Esa ayuda para morir será de financiación pública y estará incluida en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud (artículo 13.1) y podrá adoptar una de las dos siguientes modalidades: la muerte mediante la «administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente» (eutanasia) y la «prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia» para que se la auto administre y cause su propio fallecimiento (suicidio asistido) [artículo 3 g)]. La ayuda para morir podrá prestarse en centros sanitarios públicos, privados o concertados o en el propio domicilio del solicitante (artículo 14).

En línea con la normativa ya existente acerca de los derechos de las personas en el proceso de morir y como es habitual cuando se legaliza la muerte asistida, el universo de potenciales beneficiarios de la prestación es muy reducido, pues está delimitado por un conjunto de requisitos sustantivos dentro de los que hay que diferenciar los referidos a la condición personal de quien la solicita y, sobre todo, los relativos a su situación clínica.

Con relación a los primeros, y con la evidente finalidad de evitar el denominado «turismo eutanásico», solo pueden acceder a la prestación quienes ostenten la nacionalidad española o «residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses». Además, habrán de ser mayores de edad y capaces y conscientes en el momento de la solicitud [artículo 5.1 a)]⁵³. La imprescindible capacidad está directamente conectada con la libertad y responsabilidad con la que debe resolverse poner fin a la vida propia, un requisito que nos ubica en su apreciación y que se traslada al profesional sanitario con arreglo a criterios médicos (artículo 8.1). La regla general es que la capacidad debe poseerse a lo largo del complejo proceso que culmina con la prestación de la ayuda para morir y, de hecho, así se desprende de la lectura de los apartados a), b), c) y e) del artículo 5.1. Pero todo ello queda excepcionado en el problemático (y polémico) artículo 5.2.

Este precepto abre el procedimiento de muerte asistida a quien reúne las condiciones clínicas exigidas, está sin embargo en una situación de incapacidad de hecho y manifestó su decisión de morir de encontrarse en aquellas circunstancias a través de un documento de voluntades anticipadas⁵⁴. De acuerdo a las definiciones legales [artículo 3 h)], por «incapacidad de hecho» debe

⁵² Esta mejor adecuación del modelo medicalizado puede inferirse de manera más o menos expresa de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, del Tribunal Supremo de Canadá, de la Corte Constitucional italiana o del Tribunal Constitucional portugués. También de las consideraciones realizadas por el TEDH a propósito de modelos como el suizo [véase STEDH *Haas c. Suiza* (2011)].

⁵³ Sin embargo, y como se sabe, en Holanda, Bélgica o Colombia sí hay previsiones relativas a la muerte asistida en el caso de menores de 18 años.

⁵⁴ Artículo 5.2: «No será de aplicación lo previsto en las letras b), c) y e) del apartado anterior en aquellos casos en los que el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades



entenderse aquella «en la que el paciente carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica». Una situación que obviamente debe ser determinada por el médico y para cuya evaluación la norma prevé la existencia de unos protocolos que serán elaborados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud⁵⁵. La delimitación que la ley hace de la situación de incapacidad de hecho remite sin duda a un debate ya antiguo que suscita algunas incógnitas de profundo calado iusfilosófico⁵⁶. Pero también otros dilemas, quizá no tan trascendentales, tanto desde el punto de vista de la regulación de la muerte asistida como, especialmente, desde la perspectiva del régimen jurídico de las instrucciones previas⁵⁷.

Los requisitos de carácter clínico que deben concurrir en el solicitante delimitan lo que el legislador denomina «contexto eutanásico»; es decir, las circunstancias en las que es posible el derecho a la muerte asistida. Son básicamente dos: el «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» y la «enfermedad grave e incurable» con un «pronóstico de vida limitado», en ambos casos con «sufrimiento(s) físico(s) o psíquico(s) constante(s) e intolerable/insoportables»⁵⁸. Tal y como ponen de manifiesto los adjetivos utilizados en su descripción (grave, crónico/incurable, imposibilitante, intolerable/insoportables), se trata de circunstancias clínicas extremas identificadas por el personal

ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, cumpla lo previsto en el apartado 1.d), y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable. La valoración de la situación de incapacidad de hecho por el médico responsable se hará conforme a los protocolos de actuación que se determinen por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud».

⁵⁵ Básicamente, el Consejo es un órgano integrado por el Ministro de Sanidad y Consumo del Gobierno de España y sus homólogos de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía (Ceuta y Melilla). El *Protocolo de actuación para la valoración de la situación de incapacidad de hecho* fue aprobado el 24 de junio de 2021, un día antes de la entrada en vigor de la ley. El texto puede consultarse en: https://www.mscbs.gob.es/eutanasia/docs/Protocolo_de_valoracion_de_la_situacion_de_la_incapacidad_de_hecho.pdf

⁵⁶ Por ejemplo, ya en R. DWORKIN, *El dominio de la vida*, Barcelona, 1994.

⁵⁷ Amén de otras cuestiones que tienen que ver con la propia redacción de la norma (por ejemplo, E. PAYÁN, *op. cit.*, p. 24)

⁵⁸ Sus definiciones legales se encuentran, respectivamente, en las letras b) y c) del artículo 3. Por «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» se entendería la «situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico». Repárese en que la norma se refiere a circunstancias que tradicionalmente, y en el debate de la muerte asistida, se asocian a una vida plena o, por utilizar la terminología al uso, «digna» o «de calidad». Por su parte, la «enfermedad grave e incurable» es aquella que «por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva». El artículo 7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, *por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización*, identifica «esperanza de vida limitada» con aquella que es, «en general, inferior a 6 meses».

sanitario y en cuya delimitación confluyen tanto elementos subjetivos, aunque parcialmente susceptibles de objetivación, como objetivos⁵⁹.

4.2. El procedimiento para recibir la prestación de la ayuda para morir y sus mecanismos de control

Delimitado el «contexto eutanásico» en los términos que acaban de describirse, la ley regula con detalle el procedimiento que, desde la solicitud, eventualmente culmina con la prestación de la ayuda para morir. Este es un aspecto esencial, pues todo el proceso está encaminado a verificar la absoluta libertad y responsabilidad de una decisión irreversible. Es decir, nos encontramos ante el diseño de las salvaguardas procedimentales que tienen por objeto neutralizar los riesgos que se reconoce que concurren en la legalización de la muerte asistida. Además, a los elementos directamente vinculados a garantizar que la decisión es totalmente autónoma, se añaden una serie de requisitos formales que persiguen otorgar certeza y seguridad al procedimiento, así como facilitar su seguimiento y control.

Comenzando por los primeros, y como explica el preámbulo, su finalidad última es verificar que la decisión de morir es ajena a «presiones de toda índole que pudieran provenir de entornos sociales, económicos o familiares desfavorables, o incluso de decisiones apresuradas»⁶⁰. Y uno de los elementos fundamentales para conseguirlo es la información, fundamentalmente clínica y sociosanitaria, pues una decisión autónoma solo puede serlo si es adecuadamente informada y esa información es debidamente comprendida⁶¹. La trascendencia de la información es patente en su cristalización durante el procedimiento en dos solicitudes por parte del enfermo, dos procesos deliberativos con el médico responsable y un consentimiento informado previo a la ayuda para morir⁶².

⁵⁹ Este es un aspecto examinado con especial detalle por el Tribunal Constitucional portugués en los fundamentos 41, 42 y 43 de su Sentencia 123/2021.

⁶⁰ También del propio personal sanitario, tal y como establece el artículo 14 de la Ley, que prohíbe la intervención de «quienes incurran en conflicto de intereses» o «resulten beneficiados de la práctica», correspondiendo a las Comisiones de Garantía y Evaluación dirimir estas situaciones [artículo 18 a)].

⁶¹ El artículo 4.2 de la norma establece que «La decisión de solicitar la prestación de ayuda para morir ha de ser una decisión autónoma, entendiéndose por tal aquella que está fundamentada en el conocimiento sobre su proceso médico, después de haber sido informada adecuadamente por el equipo sanitario responsable. En la historia clínica deberá quedar constancia de que la información ha sido recibida y comprendida por el paciente». Con relación al consentimiento informado la STC 37/2011/5 afirmó que «para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas». Por ello, el artículo 4.3 se refiere a los «necesarios medios y recursos de apoyo» o a las «medidas de accesibilidad y ajuste» que permitan que todo solicitante reciba la información y forme y exprese su voluntad. En este sentido, será necesario prestar especial atención a las personas con discapacidad, una cuestión que aparece en diversos momentos a lo largo de la norma como, por ejemplo, el artículo 6 o la Disposición adicional cuarta. La información es un elemento en el que hace también especial hincapié la Sentencia 123/2021 del Tribunal Constitucional de Portugal.

⁶² Por ello, y a la luz del tipo de información que debe facilitarse y de la necesidad de evaluar cómo el paciente la afronta y comprende, parece recomendable involucrar en el procedimiento decisorio sobre la muerte asistida a otros profesionales sociosanitarios, como por ejemplo psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales... (J. J. GONZÁLEZ RUS, *Una ley manifestamente mejorable*, en *DMD*, 82, 2020, 27)

Obviamente, la persona debe ser informada de su situación clínica y de las distintas posibilidades para afrontarla, constituyendo un contenido especialmente importante de esa información, máxime en un Estado social, el de las alternativas a la determinación de morir, principalmente las que tienen que ver con los cuidados paliativos integrales y con el sistema de ayudas a la dependencia⁶³. Este es un aspecto particularmente sensible desde el punto de vista de la garantía de la absoluta libertad en la resolución de fallecer, pues solo la existencia de verdaderas alternativas, y una correcta información acerca de cómo acceder a ellas, permiten que haya una decisión real.

En este contexto, el Tribunal Constitucional austriaco ha recordado la multitud de factores sociales y económicos ajenos al control del individuo que pueden ser determinantes en su decisión de morir, también el acceso a los cuidados paliativos. Una constatación, y el consiguiente deber estatal de mitigarla en la medida de lo posible, que sin embargo no permite concluir la legitimidad de la prohibición absoluta de la ayuda al suicidio⁶⁴. En otras palabras, aunque como bien advierte el Tribunal Constitucional alemán la existencia y mejora de los cuidados paliativos integrales no guarda relación *per se* con el derecho a la muerte autodeterminada, no es menos cierto que, como él mismo previene, un buen sistema de cuidados paliativos integrales ayuda a que las decisiones de morir sean libres y responsables y que, precisamente, no se tomen como resultado de su ausencia o deficiencias⁶⁵. Este es un aspecto abiertamente reconocido por el Tribunal Constitucional italiano, quien no solo afirma que el acceso a los cuidados paliativos puede significar eliminar la razón por la que una persona decide morir y que por ello debe ser siempre la primera opción que se ofrezca al enfermo, sino que incluso apunta que resultaría paradójico «legalizar la muerte asistida sin haber garantizado primero el acceso» a ellos⁶⁶. De hecho, este argumento es habitualmente esgrimido por quienes se oponen a la legalización de la muerte asistida o, al menos, cuestionan su oportunidad⁶⁷. En definitiva, aunque la muerte asistida y los cuidados paliativos integrales, junto con otras medidas, no son ni excluyentes ni alternativas sino complementarias, no puede negarse que están

⁶³ «Artículo 5.1 b): Disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia».

⁶⁴ Sentencia G 139/2019-71/IV B 14.

⁶⁵ En su sentencia de 26 de febrero de 2020 reconoce que una de las razones que pueden conducir a que una persona prefiera morir es no constituir una carga, sobre todo en el contexto de los costes económicos de los cuidados a largo plazo y de las dificultades para satisfacer la demanda.

⁶⁶ Sentencia 242/2019/2.4.

⁶⁷ Por ejemplo, el *Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación* del Comité de Bioética de España del año 2020, el *Posicionamiento de la Organización Médico Colegial de España ante la eutanasia y el suicidio asistido de 21 de mayo de 2018* o el *Comunicado de SECPAL y AEPAL sobre la Proposición de Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* de 13 de febrero de 2020. Precisamente SECPAL alertó de la precaria situación de los cuidados paliativos en España y de las desigualdades existentes entre territorios con ocasión de la presentación del *Atlas de los Cuidados Paliativos en Europa 2019*, en el que nuestro país ocupaba la posición 31 de entre los 51 Estados europeos analizados [«SECPAL pide a los nuevos Gobiernos central y autonómicos que reaccionen ante la realidad del Atlas de los Cuidados Paliativos en Europa, que sitúa a España a la cola del continente», 23 de mayo de 2019; <https://bit.ly/2XfaxPB> (última consulta 24/06/2021)]

relacionadas, sobre todo desde el punto de vista de garantizar el mayor grado posible de autonomía personal tanto desde un enfoque estrictamente clínico como socioeconómico.

A grandes rasgos, el procedimiento desde la solicitud de la muerte asistida hasta su eventual prestación está estructurado en tres fases. Si la primera está sobre todo centrada en la conformación libre e informada de la voluntad del solicitante, las otras dos lo están en la verificación de que, efectivamente, se cumplen los requisitos que dan derecho a ella. Obviamente, además, el enfermo puede desistir en cualquier momento de su petición o posponer la prestación de la ayuda para morir. Así, recibida la solicitud de la prestación y verificado el cumplimiento de los requisitos, el médico responsable⁶⁸ abre con el solicitante un «proceso deliberativo» e informativo que, en su caso y no menos de 15 días naturales después⁶⁹, culmina con una segunda solicitud que abre un nuevo proceso deliberativo que en un periodo de cinco días permite concluir a la persona si desiste o continúa adelante. Si decide continuar interviene un «médico consultor»⁷⁰ que, tras estudiar la historia clínica y examinar al paciente, verifica de nuevo si se cumplen los requisitos e informa la solicitud en no más de 10 días favorable o desfavorablemente, supuesto en el que cabe reclamación. Si su resolución es positiva, todavía resta un nuevo mecanismo de verificación previo del cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma.

Esta nueva verificación es realizada por las denominadas Comisiones de Garantía y Evaluación. Estas Comisiones, una por Comunidad Autónoma (17) y otra por cada Ciudad Autónoma (2), son un órgano administrativo colegiado cuya misión principal es el control previo y *ex post* de la prestación de la ayuda para morir⁷¹. Su composición es multidisciplinar, pues tal y como establece el artículo 17.1 de la ley, «deberá contar con un número mínimo de siete miembros entre los que se incluirán personal médico, de enfermería y juristas». Por lo que respecta al control previo, en el caso de que la decisión de médico responsable y médico consultor sea favorable a la solicitud de muerte asistida, esta debe trasladarse a la Comisión respectiva por el médico responsable en no más de 3 días. La Comisión designa de entre sus integrantes a un profesional médico y a un jurista (máximo 2 días) que

⁶⁸ Definido en el artículo 3 d) de la ley como «facultativo que tiene a su cargo coordinar toda la información y la asistencia sanitaria del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, y sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales». A este respecto, el *Manual de buenas prácticas en eutanasia* aprobado el 7 de julio de 2021 por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud recomienda, entre otras cuestiones, que «El paciente podrá elegir al médico/a responsable en el proceso de la prestación de ayuda para morir, siempre que sea posible. Podrá ser su médico/a de atención primaria o de atención hospitalaria. En la mayoría de los casos, es previsible que sea el médico/a habitual o de confianza del paciente». El texto del *Manual* puede consultarse en <https://bit.ly/3tAq6Nw>.

⁶⁹ Pero hay que tener presente que, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 5.1. c), «Si el médico responsable considera que la pérdida de la capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente, podrá aceptar cualquier periodo menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica».

⁷⁰ Definido en el artículo 3 e) como «facultativo con formación en el ámbito de las patologías que padece el paciente y que no pertenece al mismo equipo del médico responsable». Como explica el *Manual de buenas prácticas en eutanasia*, «no podrá formar parte del mismo equipo asistencial al que pertenezca el médico/a responsable, a fin de garantizar una valoración cualificada y externa a las personas solicitante y ejecutora previa al acto eutanásico».

⁷¹ Las comisiones tienen otras atribuciones como la resolución de reclamaciones y de conflictos de intereses, función consultiva o la proposición de mejoras en los manuales de buenas prácticas y protocolos.

verificarán de nuevo el cumplimiento de los requisitos, para lo cual pueden consultar la historia clínica del paciente y entrevistarse tanto con él como con su médico, y emitirán informe favorable o desfavorable (máximo 7 días). En el supuesto de reclamación frente a la decisión desfavorable o de desacuerdo entre los dos integrantes de la Comisión, el asunto se eleva a su Pleno. En cualquier caso, la resolución definitiva debe comunicarse al médico responsable en no más de dos días.

A todo el procedimiento que en su caso culmina con la prestación de la ayuda para morir, se unen unos requisitos formales (artículo 6) que proporcionan garantía y certeza tanto al solicitante como al personal sanitario, amén de posibilitar los oportunos seguimiento y control. En este sentido, y como regla general, la solicitud de ayuda para morir se realiza por escrito fechado y firmado, o por cualquier otro medio acreditativo, y en presencia de un profesional sanitario que lo rubrica, debiendo entregarse al médico responsable caso de que no coincidan e incorporarse a la historia clínica. Es cierto que existen disposiciones especiales que excepcionan este régimen general en dos situaciones: cuando el solicitante no pueda firmar la solicitud⁷² y en los supuestos de ayuda para morir de un enfermo en situación de incapacidad de hecho y en ejecución de un documento de voluntades anticipadas.

En suma, la ley articula un procedimiento con más garantías que las presentes en otras normas de contenido similar, extremo que no ha estado exento de crítica en algún punto⁷³. Nos encontramos ante un procedimiento extenso en el que se verifica con carácter previo, en tres ocasiones y por tres sujetos distintos, que se cumplen las condiciones que dan acceso legalmente a la muerte asistida. Un control previo que se completa con el que verifican *ex post* las Comisiones de Garantía y Evaluación en un plazo máximo de dos meses y a partir de la documentación que el médico responsable debe remitir como máximo en cinco días hábiles después de realizada la prestación de ayuda para morir⁷⁴.

⁷² Artículo 6.1 segundo párrafo: «En el caso de que por su situación personal o condición de salud no le fuera posible fechar y firmar el documento, podrá hacer uso de otros medios que le permitan dejar constancia, o bien otra persona mayor de edad y plenamente capaz podrá fecharlo y firmarlo en su presencia. Dicha persona ha de mencionar el hecho de que quien demanda la prestación de ayuda para morir no se encuentra en condiciones de firmar el documento e indicar las razones».

⁷³ Por ejemplo, la intervención de las Comisiones de Garantía y Evaluación por estimarse que connota desconfianza al quehacer de los profesionales sanitarios (C. JUANATEY, *op. cit.*); sin embargo, no puede descartarse que esa intervención pueda otorgarles también seguridad en caso de respaldar su decisión. Precisamente, un modelo similar adopta la aún no aprobada ley portuguesa.

⁷⁴ Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 de la ley se trata de dos documentos. El primero contiene básicamente los datos identificativos de las personas que han participado en el procedimiento: solicitante, médico responsable y consultor y, en su caso y de existir un documento de voluntades anticipadas, representante del solicitante en él designado o de la persona que presentó en su nombre la solicitud de ayuda para morir por encontrarse en situación de incapacidad de hecho. El segundo recoge las distintas etapas del procedimiento con especial atención a la patología y el sufrimiento padecidos por el solicitante e información acerca de la voluntariedad, reflexión y reiteración de la petición. Por regla general la Comisión realiza su labor a partir de la información anónima contenida en el documento segundo, si bien caso de estimarlo preciso puede levantar dicho anonimato acudiendo al documento primero. También puede solicitar acceso a la historia clínica del solicitante en lo atinente a la prestación de la ayuda para morir.

5. Consideraciones finales

Legalizar la muerte asistida significa en España un importante cambio de paradigma. La apertura de un nuevo escenario que, sin duda, suscita numerosos retos e interrogantes.

De entre todos ellos, la primera pregunta que obviamente se ha planteado es la de la constitucionalidad de la norma. Una duda promovida sobre todo desde determinadas interpretaciones de la garantía constitucional del derecho fundamental a la vida (artículo 15 CE). No creo, sin embargo, que existan argumentos para sostener esta constitucionalidad. De hecho, no creo que los hubiera nunca.

En este sentido, la legalización de la muerte asistida es difícilmente cuestionable desde la óptica constitucional *per se*. Y desde luego no puede oponerse a ella una confrontación esencial con el derecho a la vida. A lo sumo, desde la óptica de su protección constitucional podrá cuestionarse cómo se aborda su régimen jurídico. También su oportunidad siempre y cuando se estime, y se demuestre, que el ordenamiento jurídico carece, al menos por el momento, de los instrumentos precisos para neutralizar sus eventuales riesgos. Pero se convendrá en que este es un debate que nos ubica en unas coordenadas muy diferentes y que, además, resulta cada vez más insostenible a la luz de cómo ha evolucionado la interpretación del marco iusfundamental y del régimen jurídico de las decisiones sobre la salud propia. De hecho, la situación era de una complejidad creciente y se habría agravado de no haberse abordado definitivamente y un «caso difícil» hubiera llegado al Tribunal Constitucional.

Pero, obviamente, afrontar la regulación de la muerte asistida aflora nuevas dificultades e incertidumbres, cuando no genera ciertas incoherencias, algunas de ellas presentes en la Ley española.

La más evidente es que el legislador español parece no conseguir desprenderse de la interpretación tradicional del derecho a la vida que hace sus deberes de protección absolutamente independientes de la voluntad del titular del derecho (*perspectiva del conflicto*)⁷⁵. Una cuestión que se encuentra en la raíz de algunos problemas de (in)consistencia que generalmente afronta el régimen jurídico de la muerte asistida y que no es baladí, pues condiciona sus eventuales desarrollos futuros al delimitarla con contornos de muy distinta naturaleza. En este sentido, si el único motivo para prohibirla parece ser la (in)capacidad para neutralizar sus peligros y garantizar la absoluta libertad y responsabilidad de la decisión de morir, con especial énfasis en el caso de las personas vulnerables (*Carter, Pretty, Haas, Cappato*), el problema radica en cómo justificar por qué las restricciones usualmente adoptadas en la regulación de la muerte asistida se refieren a la condición clínica de la persona.

Solo la tradicional concepción de la garantía del derecho a la vida como independiente, y por tanto oponible, a la voluntad de su titular, permitiría solventar con cierta holgura este problema: no

⁷⁵ A pesar de algunos pasajes de su preámbulo («no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida»), parece que la concepción que anima la ley sigue siendo la tradicional (y creo que difícilmente sostenible) «perspectiva del conflicto» entre el bien de la vida humana y un entramado de derechos y principios constitucionales que prestaría cobertura a la autonomía individual. Solo desde esta óptica resulta inteligible afirmar que, en el «contexto eutanásico» que describe, el «bien de la vida puede decaer» o vincular a su protección constitucional que la muerte asistida solo se legalice en esas extremas condiciones

flexibilizar el deber estatal de protección en esas dramáticas circunstancias resultaría desproporcionado. Una retórica que está presente en la norma pero que, sin embargo, es de difícil acomodo en el marco constitucional de valores, principios y derechos y en cómo ha evolucionado su interpretación⁷⁶. Además, topamos con otra paradoja: si se trata de proteger a quienes están en un escenario de especial vulnerabilidad ¿por qué solo se permite que accedan a la muerte asistida colectivos que tradicionalmente se estima que están en una delicada situación de fragilidad?⁷⁷

Y ¿cómo asumirá el personal sanitario su nuevo rol? Una pregunta que trasciende el tradicional debate acerca del cambio de paradigma en el desempeño de las profesiones médicas o en las adaptaciones formativas y de especialización precisas para implementar adecuadamente este tipo de normas. Hay que tener presente las responsabilidades que asumen los profesionales de la medicina, que quedan convertidos en auténticos «gate keepers»⁷⁸ del acceso a la prestación de la ayuda para morir y que en algunos casos van más allá de lo estrictamente clínico.

Tampoco puede olvidarse, en conexión con ello, la cuestión de cómo funcionará en la práctica la garantía de la prestación de la ayuda para morir en relación con la objeción de conciencia a ambas o a una de sus modalidades que la ley reconoce a «los profesionales sanitarios directamente implicados» [artículo 16, cuyo apartado segundo prevé «un registro de (...) objetores de conciencia»]. Un asunto complejo a la luz de la experiencia acumulada durante ya más de una década en la implementación de la interrupción voluntaria del embarazo y de la última, y absolutamente discutible, doctrina del Tribunal Constitucional en la materia y que puede distorsionar el sentido que cabalmente quepa atribuir a la locución «profesionales sanitarios directamente implicados» (STC 145/2015)⁷⁹.

Además, y debido al complejo diseño territorial del Estado español, afrontamos ahora un proceso de adopción por cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas de la necesaria normativa de

⁷⁶ La Sentencia 123/2021 del Tribunal Constitucional portugués es paradigmática de este tipo de argumentación y es, creo, incapaz de resolver la tensión que alumbra entre la delimitación que hace del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la inviolabilidad de la vida humana.

⁷⁷ El «derecho a la muerte autodeterminada» del Tribunal Constitucional alemán habría superado estos problemas: si existe un derecho a decidir cómo y cuándo morir este pertenece a todas las personas, sin que quepa restringir su ejercicio a quienes se encuentran en una determinada condición clínica so pena de predeterminar, en contra de la libertad individual constitucionalmente protegida, las razones que pueden conducir a la resolución de morir. Aunque, si ello es así, ¿tiene sentido prestar cobertura constitucional solo al suicidio asistido y no a la eutanasia? Sin que parezca que apelar al dominio absoluto del hecho sirva para justificar esa diferencia. Una tesis, por cierto, rechazada por el Tribunal Constitucional portugués, en cuya opinión, en las circunstancias en que se pretende legalizar la muerte asistida y, sobre todo, garantizada la libertad y responsabilidad de la decisión de morir, «carece de relevancia quién detente el dominio del hecho» (Sentencia 123/2001/33). Con todo, también el Tribunal Constitucional austriaco advierte de que el homicidio a petición y el suicidio asistido difieren en aspectos esenciales que impiden trasladar automáticamente las razones de la inconstitucionalidad de la prohibición del segundo a la evaluación de la constitucionalidad de la interdicción del primero (Sentencia G 139/2019-71/IV B 14).

⁷⁸ S. MCLEAN, *Assisted dying: reflections on the need for Law reform*, Oxon, 2007.

⁷⁹ Alerta sobre este, y otros problemas y conflictos en la posterior implementación de la ley, G. GONZALEZ AGUDELO, G., *Garantizar la efectiva aplicación de la ley*, en *DMD*, 82, 2020. Un análisis de la polémica STC 145/2015 en la doctrina constitucional en M. AHUMADA RUIZ, *Una nota sobre la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios*, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 35, 2017 y A. BARRERO ORTEGA, *La objeción de conciencia farmacéutica*, en *Revista de Estudios Políticos*, 172, 2016.

desarrollo y de la implementación de las medidas y decisiones precisas para afrontar y garantizar la entrada en vigor de la ley. ¿Puede ello conducir a diferencias relevantes entre territorios en su aplicación?

Pero hay muchas otras incógnitas: la interpretación, delimitación y aplicación caso a caso de la concurrencia de las condiciones clínicas que dan derecho a la prestación; la exégesis e identificación caso a caso de quiénes son los médicos responsable y consultor; el papel que puedan asumir profesionales sociosanitarios distintos del personal médico y de enfermería (por ejemplo asistentes y trabajadores sociales o psicólogos); la forma en la que se causará caso a caso la muerte del solicitante...cuestiones en las que junto a las buenas prácticas y protocolos ya referidos, van a desempeñar un papel fundamental la normativa autonómica o la labor de las Comisiones de Garantía y Evaluación y que, obviamente, la experiencia adquirida con la aplicación de la norma irá despejando.

La morte medicalmente assistita tra regolamentazioni nazionali europee e prospettive legislative italiane

Rosalba Potenzano*

MEDICALLY ASSISTED DEATH'S LEGISLATION IN EUROPEAN LEGAL SYSTEMS, IN THE PERSPECTIVE OF A POSSIBLE NEW ITALIAN REGULATION

ABSTRACT: The essay focuses on the different legislative rules which allow seriously ill patients to legally receive euthanasia or assisted suicide in Europe to examine the Italian legislation currently being approved on the same matter from a comparative legal perspective. The research about such an ethical theme involving several fundamental principles, like human dignity, life and solidarity, analyses the approaches of the Belgian, Dutch, Luxembourg and Spanish legal systems. The study will shed light on the essentiality of some preventive safeguards to support patients' autonomy in consenting or refusing an end-of-life treatment, in line with the Italian Constitutional Court suggestions.

KEYWORDS: Euthanasia; Assisted suicide; Personal Autonomy; Comparative law; End-of-life decisions

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive in tema di autodeterminazione e fine vita – 2. La legislazione eutanasi in Europa: la necessità di garanzie *ex ante* ed *ex post* a tutela della vita e dell'autodeterminazione del paziente – 3. Il modello legislativo spagnolo: La *Ley Organica de regulación de la eutanasia* – 4. Segue: Le garanzie preventive a tutela del paziente che chiede la prestazione di *ayuda para morir* – 5. L'attuale prospettiva del legislatore italiano sull'eutanasia e il suicidio medicalmente assistito. Brevi osservazioni *de iure condendo*.

1. Considerazioni introduttive in tema di autodeterminazione e fine vita

La facoltà dell'individuo di realizzare il proprio sé, operando delle scelte conformi ai suoi bisogni materiali e spirituali, ha il suo fondamento giuridico nell'autodeterminazione personale, quale principio tutelato in seno alle fonti nazionali¹ e internazionali² che riconoscono il

* Dottoranda di ricerca in *Dinamica dei sistemi presso l'Università degli studi di Palermo*. Mail: rosalba.potenzano@unipa.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Gli articoli 2 e 13 della Costituzione, i quali riconoscono e garantiscono tutti i diritti inviolabili dell'uomo, nonché la sua libertà personale, costituiscono il principale fondamento dell'autodeterminazione della persona e del rispetto della sua dignità, la quale è intesa (in senso soggettivo) come un'innata prerogativa della persona di governare se stesso, operando scelte libere e aderenti alla propria tavola di valori. L'autodeterminazione ha, inoltre, un suo imprescindibile riferimento normativo anche nell'art. 32 Cost., il quale – espressamente posto a tutela del diritto alla salute dell'individuo – assegna massima protezione alla dignità umana, non solo nell'ambito delle decisioni terapeutiche ma, in generale, in tutte le scelte che concernono la sfera esistenziale del singolo (S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas Corpus, la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010, 169 ss.; in senso contrario v. C. CASTRONOVO,

valore intangibile della dignità di ogni essere umano³. L'esercizio di una simile prerogativa si concretizza nella libertà del singolo di manifestare le proprie volontà riguardo a delle fattispecie che attengono al rapporto tra quest'ultimo e il suo corpo, senza subire alcun tipo di interferenza o pressione esterna, idonea a ostacolare o impedire il pieno sviluppo della sua personalità. Una siffatta concezione dell'autonomia individuale, tuttavia – non assimilabile, per sua rilevanza e natura, a quella relativa alla gestione di interessi patrimoniali⁴ – sembra non rispondere all'effettiva realtà ordinamentale, in

Autodeterminazione e diritto privato, in *Eur. Dir. Priv.*, 2010, 1037-1070, 1047, il quale evidenzia l'impossibilità di rintracciare il fondamento costituzionale dell'autodeterminazione (che «per la sua propria natura, della quale fa fede il nome stesso, nasce come diritto di libertà» nel diritto alla salute).

² L'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (Cedu), il quale tutela il "Diritto al rispetto della vita private e familiare", rinviene nell'autodeterminazione il principio sottostante al testo della predetta disposizione. Così come precisato dalla Corte Edu, infatti, l'art. 8 della Convenzione protegge «the right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world» (cfr. *Burghartz v. Switzerland*, 22 February 1994, opinion of the Commission, p. 37, § 47; *Friedl v. Austria*, 31 January 1995, opinion of the Commission, § 45; *Pretty v. The United Kingdom*, 20 April 2002, judgment, §61; *Haas v. Switzerland*, 20 January 2011, judgement, §50). Nello stesso senso, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la quale tutela, all'art. 3, l'integrità fisica e psichica della persona, impedendo che la stessa divenga oggetto di poteri esterni, che arrechino una lesione alla sua dignità; principio inviolabile, quest'ultimo, cui è intitolato il Capo I e l'art. 1 della Carta.

³ Il riferimento è, dunque, a un'accezione più ampia dell'autodeterminazione, diversa da quella invalsa in tempi remoti al solo fine di salvaguardare l'integrità fisica dell'individuo contro gli abusi del potere (così a partire dall'*Habeas Corpus* di cui al cap. 39 della Magna Carta del 1215; sul punto, si rinvia più diffusamente a S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma, 2012, 255-261) e concepita, invece – a seguito delle atrocità sperimentate nel corso della seconda guerra mondiale – al fine tutelare la persona nella sua interezza, fisica e morale. L'autodeterminazione ha così assunto un ruolo di primo piano entro numerosi documenti internazionali, quali la Carta Onu del 1945, ove è menzionata tra i fini delle Nazioni Unite all'art. 1.2; il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966, all'art. 1; nonché la Dichiarazione universale dei diritti dei popoli del 1976, dove il «diritto all'autodeterminazione politica» costituisce il titolo della seconda sezione: «Nel passaggio dalle grandi narrazioni collettive alle storie infinite e minute dei singoli», l'autodeterminazione non è stata più riferita ai popoli, ma alla persona, rinviando alla sua capacità innata di decidere sul proprio sé (Id., *op. ult. cit.*, 255).

⁴ Le disposizioni dell'individuo sul corpo non determinano, infatti – a differenza di quelle che hanno a oggetto i beni immessi nel circuito patrimoniale – alcun trasferimento in senso tecnico della posizione soggettiva del titolare in favore dell'avente causa. Il loro effetto può essere, piuttosto, solo quello di conferire a un terzo il potere di oltrepassare legittimamente, vale a dire col consenso del diretto interessato, secondo tempi e modi da questo stabiliti, il confine inviolabile che circonda la persona nella sua integrità fisica e morale, senza attribuire all'agente alcun diritto del disponente: «la persona che dispone di sé dispone per sé, non in favore di altri» (C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2009, 87-111, 102). Il tema è stato oggetto di approfondite e numerose riflessioni da parte della dottrina, la quale si è interrogata, più in generale, sull'opportunità di estendere ai diritti della persona, intesi in chiave neo-costituzionale, le tradizionali categorie giuridiche tipiche della moderna società borghese, modellata sul prototipo di *homo oeconomicus*, quale soggetto astratto e titolare, per nascita, di diritti e libertà inviolabili, ma privo dei mezzi necessari per esercitare e godere, in concreto, di tali prerogative. Sia consentito in questa sede rinviare soltanto ad alcuni dei principali studi che hanno affrontato la predetta tematica da una specifica prospettiva bioetica, la quale risulta di particolare interesse ai fini del presente lavoro: L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2009, 719 ss.; S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas Corpus*, cit.; G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, cit., 361 ss.; G. CRICENTI, *Diritto all'autodeterminazione? Bioetica dell'autonomia privata*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011, 203 ss.; S. STEFANELLI,

seno alla quale il libero dispiegarsi della volontà del singolo incontra spesso dei limiti. La tutela dell'autodeterminazione opera, infatti, entro dei confini, di carattere e ampiezza mutevoli a seconda dei confliggenti interessi che appaiono, in relazione alle scelte politiche dei diversi Stati, meritevoli di prioritaria tutela⁵.

La scelta di procurarsi la morte bene esemplifica quanto sin qui osservato, posto che proprio una simile decisione, contraria alla fisiologia e all'indole di sopravvivenza umana, trova un significativo e indiretto ostacolo nella maggior parte degli ordinamenti europei⁶. L'assistenza a favore e su richiesta di colui che desidera porre termine alla propria vita costituisce, infatti – alla stregua di ogni altra violazione *manu aliena* contro l'altrui integrità fisica e morale⁷ – una condotta penalmente rilevante, la quale può essere soggetta a sanzione anche nel caso in cui il terzo non abbia causato col proprio contributo l'evento fatale, ma abbia solo cooperato affinché la vittima consenziente lo provocasse da sé⁸. E ciò non solo al fine di garantire un'adeguata tutela a coloro che – incapaci di prendere una scel-

Autodeterminazione e disposizioni sul corpo, Perugia, 2011; G. GIAIMO, *La volontà e il corpo*, Torino, 2019; R. MASONI, *Disponibilità del corpo umano per un fine vita dignitoso*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2020, 1711 ss.

⁵ Come precisato dai giudici della Corte Edu, infatti, la salvaguardia dell'autodeterminazione individuale di cui all'art. 8 Cedu «presupposes a weighing of the different interests at stake, an exercise in which the State is recognised as enjoying a certain margin of appreciation, which varies in accordance with the nature of the issues and the importance of the interests at stake. For its part, the Court has jurisdiction to review in fine whether the domestic decision complies with the requirements of the Convention» (*Haas v. Switzerland*, 20 January 2011, §53). L'idea sottesa alla cd. *margin of appreciation doctrine*, infatti, è che esista un nucleo minimo di caratteri propri di ogni diritto umano comuni a tutti i Paesi Europei, consentendo però a questi ultimi di introdurre delle limitazioni inerenti al loro godimento ed esercizio da parte dei singoli sul territorio nazionale (J. GERARDS, *Diverging fundamental rights standards and the role of European Court of human rights*, in M. CLAES, M. DE VISSER (eds), *Constructing European Constitutional Law*, Oxford, 2014 consultabile su <https://ssrn.com/abstract=2344626>).

⁶ Il riferimento è alle fattispecie penali che non puniscono, in modo diretto, il soggetto che desidera cagionarsi la morte, ma quanti aiutano quest'ultimo a realizzare un proposito siffatto, operando come autori materiali del fatto nei confronti del consenziente, ovvero aiutando quest'ultimo a realizzare da sé la volontà suicida. Per un'analisi approfondita di tali forme di paternalismo indiretto nell'ambito degli attuali ordinamenti liberali si rinvia a G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro It.*, 2009, 227-237 e D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2018, 57. Sul punto si veda anche, C. M. MAZZONI, *Andarsene. Diritto di morire e suicidio*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, I, 2017, 25-38; C. CASONATO, *Il fine-vita nel diritto comparato, tra imposizioni, libertà e fuzzy sets*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, Napoli, 2012, 523-528; Id., *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, I, 2018, 3-24; E. BOLOGNA, *Il diritto e le decisioni di fine vita nella tradizione giuridica occidentale*, in *Dir. Fam. e Pers.*, I, 2009, 450-480.

⁷ A riguardo, si osserva che le fattispecie incriminatrici di cui agli articoli 579 c.p. (omicidio del consenziente) e 580 c.p. (istigazione o aiuto al suicidio) sono inserite nel titolo XII dedicato ai "delitti contro la persona", alla stregua cioè di quei reati che offendono una vittima non consenziente alla realizzazione di condotte gravemente lesive della sua integrità fisica e morale.

⁸ Così, ad esempio, l'Italia, che sanziona con pena inferiore rispetto a quella prevista per l'omicidio, sia l'omicidio del consenziente sia l'aiuto al suicidio; ovvero la Spagna che, all'art. 143 c.p., commi 2 e 3, punisce chi cooperi con atti diretti e necessari all'altrui suicidio, anche se il suo contributo si concretizza nell'eseguire materialmente l'atto esiziale e, al comma 4 (così come modificato dalla *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, approvata il 18 marzo 2021) applica una pena ridotta a chi realizzi le precedenti condotte su richiesta espressa e inequivocabile di un soggetto gravemente malato che patisce sofferenze, fisiche o psichiche, intollerabili. Altri ordinamenti ritengono, tuttavia, penalmente rilevante solo la condotta di chi esegua su richiesta l'atto esiziale. Così, ad esempio, la Svizzera e la Germania che – pur non punendo chi

ta libera e consapevole sui tempi e modi della propria morte – potrebbero essere forzati da altri a compiere un gesto così serio e irreversibile⁹; ma anche allo scopo di ribadire la prevalenza di certi valori meta-individuali (quali l'indisponibilità e la sacralità della vita umana¹⁰) in seno a una data comunità di riferimento e orientare, così, secondo assi valoriali comuni, la condotta dei consociati¹¹.

Proprio il limite etico dell'autodeterminazione ha subito, tuttavia, una progressiva attenuazione, nel rispetto del volere di quanti, già in gravi condizioni cliniche, desiderano porre fine alle sofferenze (fisiche o psichiche) che derivano dalla malattia mediante una morte dignitosa, vale a dire conforme ai valori che loro stessi (e non, dunque, il consorzio umano) hanno assunto a proprio modello di condotta¹². L'esigenza umana, prima ancora che giuridica, di porre ogni persona al riparo dal dolore ha indotto, infatti, molti ordinamenti (anche quelli che non prevedono alcuna deroga formale al divieto

favorisca l'altrui suicidio per motivi altruistici – condannano l'omicidio del consenziente, rispettivamente, all'art. 114 c.p. e all'art. 216 StGB. Il codice svizzero sanziona, infatti, all'art. 115 c.p., chi istiga altri al suicidio o presta loro aiuto "per motivi egoistici"; quello tedesco, invece – salvo che per un breve periodo, ricompreso tra il 2015 e il 2020, vale a dire dalla data dell'introduzione dell'art. 217 StBG che incriminò, per la prima volta, il favoreggiamento commerciale del suicidio (eseguito da professionisti, anche senza fini di lucro, in forma stabile e organizzata) alla sentenza della Corte costituzionale tedesca che dichiarò, il 26 febbraio, l'incostituzionalità del predetto articolo – non sanziona siffatta assistenza prestata da singoli individui, in risposta a una precisa richiesta altrui.

⁹ La Corte Edu ha rilevato che la persona capace di autodeterminarsi gode del diritto di decidere i tempi e i modi della propria morte, quale aspetto connesso alla tutela della sua vita privata e familiare ex art 8 Cedu (cfr. *Haas v. Switzerland*, 20 gennaio 2011; *Koch v. Germany*, 19 luglio 2012 e *Gross v. Switzerland*, 14 maggio 2013). Un diritto siffatto non riceve, tuttavia, una tutela assoluta in seno alla Convenzione, posto che anche tale estrinsecazione dell'autodeterminazione dell'individuo può subire delle ingerenze da parte dell'autorità pubblica se ciò è «previsto dalla legge e costituisce una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui» (art. 8, comma 2, Cedu). In tal senso, dunque, i divieti assoluti (*general ban*) che prevedono una sanzione penale ostativa del pieno realizzarsi dell'altrui proposito suicida non violano la Cedu se – in linea coi valori fondanti l'ordinamento – essi sono proporzionati all'esigenza di salvaguardare la vita umana a tutela, in particolare, delle persone che versano in condizioni di fragilità (*Nicklinson v The United Kingdom*, 23 giugno 2015, §84-85).

¹⁰ Con particolare riguardo alla concezione laica della sacralità della vita, si veda R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano, 1994.

¹¹ Sulla presenza di un'inevitabile connotazione etica dello Stato pluralista, all'interno del quale sono confluite delle tavole di valori stabili che hanno pervaso il diritto positivo, decretando il superamento della neutralità giuridica professata dal positivismo giuridico, si rinvia a C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, cit., 1068-70. Nello stesso ordine di idee, L. BOZZI (*Decidere il tempo (e il modo) di morire. Interrogativi irrisolti sul bilanciamento trovato (?) dalla Consulta in merito al suicidio medicalmente assistito. Interrogativi (irrisolvibili) sul principio di autodeterminazione*, in *Giust. Civ.*, 2020, 411) osserva che «è la "morale sociale" a vietare – indipendentemente e contro la volontà libera e consapevole del soggetto interessato – l'infibulazione, la sperimentazione rischiosa per l'integrità fisica, il "lancio del nano", in quanto "situazioni" ritenute incompatibili con il quadro valoriale espresso dal nostro ordinamento».

¹² Sulla differenza tra *dignity as an empowerment* – secondo l'accezione di dignità qui accolta – e *dignity as a constraint*, quale fondamento dei limiti posti, anche contro il suo volere, al comportamento di ciascun essere umano v. D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford, 2001; G. GIAIMO, *op. cit.*, 8-17; G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 1997, 415; R. BIN, *La corte, i giudici e la dignità umana*, in *Biolaw Journal*, 2, 2019; C. M. MAZZONI, *Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea*, Firenze, 2019.



di realizzare, col consenso della vittima, condotte lesive della sua vita)¹³ a un generale ripensamento dei confini legislativi posti al compimento degli atti esiziali di disposizione sul proprio sé, rintracciando nell'aiuto esterno all'attuazione di questi ultimi il reale portato della solidarietà dovuta dall'intera collettività a chiunque manifesti, con libertà e consapevolezza, la volontà di morire per ragioni riconducibili alla sua infermità¹⁴. In linea con la Convenzione europea per la protezione dell'essere umano contro un uso improprio della biologia e della medicina, firmata a Oviedo nel 1997¹⁵, lo strumento utile al perseguimento di tale risultato – *ex se* non affatto asimmetrico rispetto alla tutela assicurata dall'ordinamento alla vita umana¹⁶ – è il consenso informato, il quale compendia una precisa facoltà del paziente: decidere consapevolmente quali trattamenti, tra quelli suggeriti dal medico che lo ab-

¹³ Limitando l'analisi ai Paesi europei, si segnala che molti ordinamenti hanno, di fatto, escluso – a legislazione invariata – la punibilità delle condotte di aiuto al suicidio e/o omicidio del malato consenziente dovute, rispettivamente, all'assunzione e/o somministrazione dall'esterno di un farmaco letale. Oltre all'Italia (*infra*, par. 2), l'Inghilterra ha, ad esempio, conseguito tale fine sfruttando la non obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale da parte del *Director of Public Prosecutor* nell'ipotesi di violazione della *Sec. 2 del Suicide Act 1961*, la quale punisce ogni forma di aiuto al suicidio. La prassi consolidatasi nell'ufficio del DPP, il quale ha elaborato delle linee guida utili a orientare la condotta dei consociati, rende improbabile, in via di prassi, l'incriminazione dei familiari che hanno aiutato i soggetti malati a recarsi in Svizzera per ricevere il suicidio assistito (per un'analisi dei profili di criticità sottesi a tali *policies*, si rinvia a G. GIAIMO, *op. cit.*, 96 ss. e L. SCAFFARDI, *Decisioni di fine-vita in Inghilterra e Galles. Le più recenti policies in materia di assistenza al suicidio*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, Napoli, 2012, 673 ss.). Il medesimo esito può dirsi raggiunto in Francia, nel noto caso del tetraplegico Vincent Humbert, il quale ricevette dalla madre un'iniezione di barbiturici che non produsse l'effetto sperato e fu poi ucciso dal medico che acconsentì a porre fine alle sue sofferenze. Né la signora né il medico incorsero, però, in una condanna penale e furono assolti per aver operato sotto la spinta di una forza esterna, che gli stessi non riuscirono a vincere (art. 122-2 c.p.). «Pare insomma delinearsi un quadro d'insieme in cui ordinamenti appartenenti a tradizioni giuridiche anche assai diverse, di *civil law* e di *common law*, sono accomunati dall'esigenza di superare un diritto penale (ed in particolare i reati di omicidio del consenziente ed assistenza al suicidio) che pare ai giudici, alle giurie, talvolta alla stessa pubblica accusa troppo rigido ed incapace di trattare con proporzioni ed equità le caratteristiche peculiari di casi che, grazie alle tecniche rianimatorie e di sostegno vitale, sempre più frequentemente emergono ed emergeranno nell'ambito del fine-vita» (C. CASONATO, *op. cit.*, 536).

¹⁴ S. RODOTÀ, *La vita e le regole, Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009, 212, 220: «Quando la salute compare come diritto, la sfida istituzionale al dolore è lanciata, ben al di là dell'interminata fatica dei giuristi che si sforzano di assicurare risarcimento ai più intimi dolori racchiusi nella categoria del danno morale o alle diverse menomazioni della salute recentemente sintetizzate nella formula del "danno biologico", del "danno esistenziale". [...] Divenuto diritto fondamentale della persona, l'integrità fisica e psichica capovolge la funzione dei poteri pubblici, per i quali crescono gli obblighi legati all'impiego di ogni strumento disponibile per vincere o lenire il dolore».

¹⁵ La Convenzione sui diritti umani e la biomedicina prevede, infatti, all'art. 5, che alcun intervento nel campo della salute possa essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il consenso libero e informato e fa salva la facoltà di quest'ultima di ritirarlo in ogni momento. A differenza dell'art. 8(2) Cedu, inoltre, la Convenzione non permette che la protezione della morale possa essere una legittima causa di limitazione per i diritti e le libertà della persona: «L'esercizio dei diritti e le disposizioni di tutela contenute nella presente Convenzione non possono essere oggetto di altre restrizioni all'infuori di quelle che, previste dalla legge, costituiscono delle misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza pubblica, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute pubblica o alla protezione dei diritti e libertà altrui» Art. 26(1), Convenzione di Oviedo.

¹⁶ G. CRISCUOLI, *Sul diritto di morire naturalmente. Il Natural Death Act della California*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1977, 84 ss.

bia edotto riguardo alla situazione clinica, gli assicurino un completo benessere psichico, fisico e sociale, ovvero rinunciare alle cure per conseguire la predetta ottimale condizione di salute¹⁷. Un simile e generale riconoscimento legislativo dell'autodeterminazione della persona malata (esercitabile, altresì, prima del sopravvenire di una infermità, vale a dire in previsione di un futuro stato di incapacità)¹⁸ consente a quest'ultima di prendere tutte le decisioni relative alla propria salute e obbliga, dunque, i medici a non intraprendere o proseguire alcun trattamento senza il consenso dell'interessato, benché ciò possa avere l'effetto di provocare la sua morte.

Il diritto del paziente di rifiutare ovvero revocare il consenso informato alle cure non legittima, ad ogni modo, l'ulteriore e diversa pretesa di ricevere dai medici stessi delle prestazioni volte a determinare – tanto sotto il profilo oggettivo, quanto sotto quello soggettivo – il decesso immediato dell'istante per cause esterne alla patologia. Colui che abbia manifestato un fermo e consapevole dissenso alle cure (anche a quelle palliative¹⁹) perché convinto dell'opportunità di porre fine alla propria sofferenza è costretto, pertanto – anche se lo ritenga per lui penoso – ad affrontare un lento percorso di fine vita, in direzione contraria alle finalità solidaristiche che dovrebbero ispirare, in tali contesti, l'intervento del legislatore²⁰. In assenza di una normativa che riconosca al paziente anche l'esercizio della suddetta facoltà, dunque, questi è privo del diritto di decidere, in concreto, quale sia

¹⁷ Il riferimento è alla nozione di salute proposta dall'OMS nel preambolo della sua Costituzione, firmata a New York nel 1946, quale «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o infermità».

¹⁸ Così, in particolare, in Italia, ove la L. n. 219 del 2017 ha riconosciuto – a esito di un lungo percorso giurisprudenziale – una maggiore autonomia decisionale al paziente, cosciente e capace di agire, il quale può adesso non solo sottrarsi a tutti i trattamenti medici e lasciarsi morire rifiutando gli stessi, benché il medico ravvisi l'opportunità di una loro somministrazione (art 1, comma 5), ma anche operare una simile decisione per il futuro, redigendo delle disposizioni anticipate di trattamento (d.a.t.) ai sensi dell'art. 4 della legge richiamata, ovvero (nel caso in cui sia già affetto da una patologia cronica o degenerativa) pianificando col medico le cure (art. 5, L. 219/2017). Discipline in parte analoghe si riscontrano anche in altri Paesi che non prevedono delle procedure medicalizzate di assistenza al suicidio ed eutanasia attiva, i quali hanno adottato delle legislazioni utili a garantire l'autonomia decisionale del malato nel fine vita, consentendogli di rinunciare – contestualmente alla condizione patologica in atto, ovvero in via preventiva – alle cure indispensabili per la sua sopravvivenza. Il riferimento è, ad esempio, all'Inghilterra, con l'adozione del *Mental Capacity Act* del 2005; alla Francia col *Code de la santé publique* così come modificato dalla legge n. 2005-370 del 22 aprile 2005, “relativa ai diritti del malato ed alla fine della vita”; alla Spagna con la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*; ovvero alla Germania, con la legge del 18 giugno 2009, *Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*. Per uno sguardo comparatistico della dottrina italiana sulle discipline da ultimo richiamate, cfr. G. GIAIMO, *op. cit.*; Id., *Riflessioni comparatistiche a margine delle scelte in tema di trattamento sanitario*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2018, 1203-1260; A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi di fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2013, 457-504; U. ADAMO, *Sulla disciplina giuridica delle istruzioni previas nell'ordinamento spagnolo*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2017, 1-31.

¹⁹ In Italia, la normativa di riferimento è la L. n. 38/2010, la quale – in linea con altri Paesi europei – sancisce il diritto del malato di accedere alle cure palliative e alla terapia del dolore (S. TORDINI CAGLI, *Le forme dell'eutanasia*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., 1819-1837, 1824 ss.).

²⁰ In senso contrario, una parte della dottrina ritiene che sia opportuno mantenere i predetti limiti all'autodeterminazione individuale, anche in ambito terapeutico (Cfr. C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, cit., 1063 ss.; L. NIVARRA, *op. cit.*, 740 ss.; A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. e Dir. priv.*, 2009, 1- 58).

per lui la misura del dolore (tanto fisico, quanto psichico) tollerabile, nonché i tempi e i modi della sua morte. L'unica possibilità concessagli è, infatti, quella di acconsentire a perdere il controllo di sé nella fase finale della propria esistenza, sottoponendosi a dei trattamenti palliativi o alla sedazione profonda sino al sopraggiungere della morte naturale.

2. La legislazione eutanasi in Europa: la necessità di garanzie ex ante ed ex post a tutela della vita e dell'autodeterminazione del paziente

L'autodeterminazione terapeutica, vale a dire il diritto del paziente di decidere della sua salute senza alcuna restrizione esterna che sia lesiva della sua dignità²¹, si rivela priva di una tutela effettiva se chi reputa intollerabile la propria esistenza per ragioni connesse alla patologia non può chiedere ai sanitari assistenza per morire. In tali delicati frangenti, infatti, l'aiuto dei terzi in favore del malato – soggetto a dei patimenti implacabili a causa dell'assenza di terapie, nonché intollerabili a giudizio dello stesso interessato – diviene strumentale a un'immediata liberazione di quest'ultimo dalle affezioni generate dalla malattia, le quali sono rese ancor più acute dall'uso di presidi sanitari che, incapaci di curare la malattia medesima, prolungano le pene che da essa derivano, rendendo chi ne è affetto prigioniero di un corpo e di un'esistenza non più desiderabili, né governabili secondo la volontà del loro unico, comune titolare. Un trattamento medico che abbia esclusivi finalità ed effetti mortiferi, pertanto – lungi dall'arrecare un pregiudizio al paziente – consente a quest'ultimo di congedarsi dalla vita secondo modalità per lui più consone evitando, altresì, che lo stesso possa sentirsi del tutto abbandonato da uno Stato incapace di rispettare i propri doveri di solidarietà in favore della persona che soffre.

Il problema da ultimo rilevato sembra aver trovato piena soluzione, da un ventennio a questa parte, in Olanda²², Belgio²³ e Lussemburgo²⁴, dove – con discipline legislative tra loro omogenee – la perso-

²¹ A riguardo, si evidenzia che la riserva di legge prevista al comma 2, dell'art. 32 Cost. impedisce, finanche al legislatore, ogni imposizione nei riguardi dell'individuo che appaia a quest'ultimo lesiva della sua dignità: «La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». La salute riceve, dunque, una tutela rafforzata da parte dell'autorità statale, la quale sottrae tanto alla legge quanto ai giudici il potere di autorizzare ogni ingerenza pubblica contraria alla dignità del paziente. L'autodeterminazione di quest'ultimo è posta, pertanto, a presidio dell'integrità fisica e morale della persona, senza identificarsi con la mera libertà individuale, tutelata (così a partire dall'*Habeas Corpus* di cui al cap. 39 della Magna Carta del 1215) dallo Stato mediante un'autolimitazione, idonea soltanto a far sì che sia illegittimo – in assenza di un'autorizzazione di legge e/o di un provvedimento giurisdizionale – ogni intervento arbitrario che incida sull'altrui incolumità (cfr. S. RODÒ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 255-261).

²² La legge olandese sul "controllo dell'interruzione della vita su richiesta e dell'assistenza al suicidio" (*Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*) è stata adottata il 12 aprile 2001 (visibile sul sito <https://wetten.overheid.nl/BWBR0012410/2020-03-19/#SlotformulierEnOndertekening>) a conclusione di un percorso iniziato nel 1993, con l'approvazione della legge *Wet op de lijkdezing* sulla consegna dei cadaveri. La legge del 2001 ha fatto chiarezza sulla rilevanza penale delle condotte di eutanasi e suicidio assistito praticate dai sanitari su richiesta dei pazienti gravemente malati (anche minorenni), le quali non sono punibili se eseguite nel rispetto della procedura legislativa, così come previsto dagli emendati artt. 293 e 294 c.p., che vietano l'omicidio del consenziente e l'assistenza al suicidio. Sulla disciplina olandese, si v. G. CIMBALO, *Eutanasi, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Il Foro It.*, 126, 2003, 31-52; M.T. ROERIG, *Paesi Bassi - Decisioni di fine vita e aiuto al suicidio*, Servizio Studi Corte Costituzionale, 2019, 135- 140.

na affetta da patologie dolorose e clinicamente incurabili può decidere non solo di rinunciare alle cure (eutanasia passiva) e accedere alle terapie lenitive che rischiano, in via secondaria, di renderne più prossimo il decesso (eutanasia indiretta), ma anche ricorrere al suicidio assistito o, in alternativa, all'eutanasia attiva²⁵. In tali contesti, l'attuazione delle pratiche finalizzate a procurare la morte immediata del paziente è, tuttavia, rimessa a una decisione del professionista, il quale può liberamente scegliere di accogliere la richiesta scritta e reiterata del malato²⁶, se persuaso della volontarietà e ponderatezza sottese alle dichiarazioni di una persona priva di prospettive di guarigione, convinto che quest'ultima patisca delle sofferenze per lei insopportabili e sicuro dell'assenza di alternative ra-

²³ La legge belga sull'eutanasia, n. C-2002/09590, risale al 28 maggio 2002 (visibile il testo della legge alla pagina http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2002052837&&caller=list&fromtab=loi&tri=dd+AS+RANK). Nel 2003, l'ordine dei medici ha rilasciato parere favorevole affinché l'intervento del professionista si limiti, pur nel rispetto della procedura legislativa, alla sola assistenza al suicidio e dal 2014, il legislatore ha esteso entrambe le pratiche ai minori di età (cfr. B. DENTAMARO, *Il Belgio: caso più unico che raro*, in *Giur. Pen. Web*, 1-bis, 2019, 1-12; C. TORRISI, *Belgio - Decisioni di fine vita e aiuto al suicidio*, Servizio Studi Corte Costituzionale, cit., 27-42).

²⁴ In Lussemburgo, la legge sull'eutanasia e il suicidio assistito del 16 marzo 2009 (reperibile on line su <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2009/03/16/n2/jo>) è sostanzialmente modellata sulla legge belga, salvo che per l'esplicito riferimento della prima alla ulteriore legalizzazione del suicidio assistito e per l'esclusione dei minori dall'accesso a entrambe le pratiche eutanasiche (cfr. C. TORRISI, *Lussemburgo - Decisioni di fine vita e aiuto al suicidio*, Servizio Studi Corte Costituzionale, cit., 127-134).

²⁵ Dal 2021, anche la Spagna disciplina per legge l'eutanasia e il suicidio assistito in ambito medico (*infra*, par. 3). Con riguardo al Portogallo, invece, si segnala che l'entrata in vigore della legislazione che depenalizza l'anticipazione della morte tramite assistenza sanitaria è stata impedita dalla pronuncia del 15 marzo del Tribunale costituzionale, che ha ritenuto l'art. 2, comma 1, (e, per connessione, gli artt. 4, 5, 7 e 27) del *decreto* n.° 109/XIV contrario al principio di determinatezza della legge e della riserva di legge in materia di diritti e libertà, nella parte in cui richiede che il richiedente abbia una «lesione definitiva di gravità estrema secondo il consenso scientifico» (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 123/2021, visibile su <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210123.html>). Con riferimento alla Svizzera, si precisa che – a differenza dei sistemi giuridici qui esaminati – la liceità del solo suicidio assistito da chiunque praticato per fini non egoistici non è prevista (a eccezione degli isolati tentativi compiuti a livello cantonale) da una disciplina legislativa che governi in modo uniforme tale pratica, la quale è oggi eseguita entro delle cliniche private, secondo le linee guida dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (ASSM).

²⁶ Così, espressamente la legge belga all'art. 14: «Aucun médecin n'est tenu de pratiquer une euthanasie. Aucune autre personne n'est tenue de participer à une euthanasie [...] Si le médecin consulté refuse, sur la base de sa liberté de conscience, de pratiquer une euthanasie, il est tenu d'en informer en temps utile et au plus tard dans les sept jours de la première formulation de la demande le patient ou la personne de confiance éventuelle en en précisant les raisons et en renvoyant le patient ou la personne de confiance vers un autre médecin désigné par le patient ou par la personne de confiance. Si le médecin consulté refuse de pratiquer une euthanasie pour une raison médicale, il est tenu d'en informer en temps utile le patient ou la personne de confiance éventuelle, en en précisant les raisons. Dans ce cas, cette raison médicale est consignée dans le dossier médical du patient». Nello stesso senso la legge lussemburghese all'art. 15: «Aucun médecin n'est tenu de pratiquer une euthanasie ou une assistance au suicide. Aucune autre personne ne peut être tenue de participer à une euthanasie ou une assistance au suicide. Si le médecin consulté refuse de pratiquer une euthanasie ou une assistance au suicide, il est tenu d'en informer le patient et/ou la personne de confiance, s'il en existe une, dans les 24 heures en précisant les raisons de son refus. Le médecin qui refuse de donner suite à une demande d'euthanasie ou d'assistance au suicide est tenu, à la demande du patient ou de la personne de confiance, de communiquer le dossier médical du patient au médecin désigné par ce dernier ou par la personne de confiance».

gionevoli per trattare la patologia che la affligge²⁷. Nel caso in cui dia seguito alla richiesta eutanastica, il medico ha l'obbligo di comunicare tale circostanza a un'apposita Commissione²⁸, la quale controlla, *ex post*, sulla base delle dichiarazioni del sanitario stesso, che l'operato di quest'ultimo abbia soddisfatto tutte le condizioni di legge. Il medico che ha prescritto o somministrato un farmaco letale deve attestare²⁹, infatti, sia di aver agito sulla base di una ben meditata manifestazione di volontà di un paziente (anche minore d'età o affetto da malattie psichiche³⁰) che, affetto da una grave e per lui intollerabile patologia, è consapevole della condizione in cui versa, nonché degli effetti della propria richiesta eutanastica; sia di aver erogato il trattamento in maniera scrupolosa e attenta, solo dopo avere consultato almeno un altro professionista, che abbia esaminato il paziente medesimo ed espresso un giudizio indipendente sulla legittimità della sua istanza³¹.

Tale modello legislativo di regolamentazione dell'eutanasia e del suicidio assistito – *prima facie*, utile a rafforzare l'autonomia decisionale della persona malata che non voglia più tentare delle cure, né attendere che la patologia faccia naturalmente il suo corso – si rivela, tuttavia, parecchio malsicuro al soddisfacimento di un fine siffatto, in ragione dalla mancanza di procedure di verifica idonee a impedire, *ex ante* (magari attraverso il coinvolgimento di organi pubblici), l'accesso alle suddette prestazioni ai pazienti che non versino nelle condizioni cliniche richieste dalla legge, ovvero non siano in grado di autodeterminarsi³². La prospettiva che fa da sfondo alle legislazioni straniere da ultimo ri-

²⁷ Cfr. art. 2, comma 1 (lett. a-d) della Legge olandese; art. 3 §1 e 2 della Legge belga; e art. 2, commi 1 e 2 della Legge lussemburghese.

²⁸ La Commissione di controllo, in particolare, è un organo composto da soggetti con competenze in ambito sanitario, etico e giuridico, incaricato di esaminare la condotta del medico, tenere un registro nazionale dei casi di eutanasia e suicidio assistito, nonché relazionale periodicamente circa l'attività svolta e lo stato di applicazione della legge agli organi politici nazionali (cfr. Artt. 3-19 della legge olandese; Artt. 6-13 della legge belga; Artt. 6-13 della legge lussemburghese). Una tale attività di monitoraggio e controllo è basata su dei meccanismi di autodenuncia *ex post* da parte dei sanitari che abbiano accolto la richiesta del paziente, senza apparire in grado di assicurare che i casi denunciati alle Commissioni riflettano l'effettivo numero delle pratiche eutanastiche eseguite sul territorio nazionale (con particolare riferimento al Belgio, cfr. G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 207). La Commissione valuta, infatti (sempre che sia venuta a conoscenza del fatto), l'operato del medico su base documentale, fornendo al pubblico ministero gli elementi per decidere se procedere o meno in sede penale (così, in particolare nella legge olandese, art. 10; tuttavia, disposizioni analoghe sono contenute anche nelle altre due normative in esame che prevedono – in caso di un parere negativo da parte della Commissione che si sia stata informata del fatto – la trasmissione del fascicolo al pubblico ministero).

²⁹ Tale comunicazione deve essere fatta dallo stesso medico che compie l'atto eutanastico entro un massimo di quattro (Art. 5 della legge belga) o otto giorni (Art. 5 della legge lussemburghese) dalla prescrizione del farmaco o dalla sua somministrazione, ovvero dal medico necroscopo (Art. 8 della legge olandese).

³⁰ Così, in particolare per le legislazioni olandese e belga (*supra*).

³¹ Cfr. art. 2, comma 1, lett. e) della Legge olandese; art. 3 §2, n. 3 della Legge belga; e art. 2, comma 2, n. 3 della Legge lussemburghese.

³² Le Leggi belga e lussemburghese sembrano, tuttavia, offrire maggiori tutele alla persona che esprime il volere di morire facendo ricorso a pratiche eutanastiche, posto che esse obbligano il medico a condurre diverse interviste col paziente per accertare la serietà e consapevolezza della sua volontà, offrire allo stesso sostegno psicologico e assicurarsi che egli abbia avuto modo di relazionarsi con le persone da lui desiderate prima di eseguire la pratica eutanastica (o di assistenza al suicidio) (v. art. 3, §2 Legge belga e art. 2, §2 Legge lussemburghese). Tali attività devono essere appuntate nella cartella clinica del paziente e rese note anche all'equipe medica che eventualmente ha in cura lo stesso (art. 3, §5 Legge belga e art. 2 Legge lussemburghese). L'art. 3bis della Legge belga prevede, inoltre, che la sostanza eutanastica debba essere

chiamate, infatti – volta ad attenuare o obliterare del tutto la responsabilità di chi abbia esaudito l'altrui desiderio di morte³³ – si riflette in maniera nitida nella loro comune architettura normativa, la quale (tesa a escludere la punibilità di un fatto ormai accaduto e idoneo a integrare delle fattispecie criminose³⁴) non contiene delle disposizioni finalizzate a verificare che il professionista contattato dal paziente proceda alla prescrizione (ed eventuale somministrazione) della sostanza letale in maniera legittima³⁵. L'unico controllo preventivo – vale a dire anteriore all'esecuzione dell'atto eutanasi – imposto a colui che intenda procurare (nonché inoculare) al paziente una medicina mortifera è quello di interpellare un altro professionista, al fine di ottenere da quest'ultimo conferma della sussistenza dei requisiti di legge. L'eventuale disaccordo tra i sanitari, ad ogni modo, non obbliga le parti interessate (i medici e il paziente) a rivolgersi a un organo terzo (amministrativo o giurisdizionale) per dirimere la questione, né impedisce al medico favorevole all'accoglimento della domanda di eutanasia o suicidio assistito di procedere comunque alla prestazione richiesta, anche nel caso in cui un'istanza siffatta sia espressione di un momento di sconforto o di uno stato di incapacità del malato³⁶. In as-

personalmente consegnata dal farmacista al medico. Ad ogni modo, l'art. 14 della predetta legge e l'art. 15 della Legge lussemburghese chiariscono che nessun'altra persona, oltre il medico, è tenuto a partecipare al compimento dell'atto eutanasi.

³³ Si segnala, a riguardo, che i giudici olandesi – già inclini a non sanzionare i professionisti che avessero realizzato condotte eutanasiche prima che tale ipotesi fosse disciplinata dal legislatore – hanno ritenuto di poter estendere l'operatività della causa di non punibilità prevista dalla legge del 12 aprile 2001 anche in favore di soggetti diversi dai medici (ad esempio, i familiari) in presenza di condizioni di eccezionale necessità (cfr. Corte d'Appello di Arnhem-Leeuwarden, 13 maggio 2015, n. 21-008160-13, nel caso Heringa; la decisione è stata, però, ribaltata dalla Corte Suprema, il 16 aprile 2019, la quale ha escluso che sussistessero circostanze tali da giustificare la condotta di assistenza al suicidio posta in essere dall'imputata nei confronti della madre ultranovantenne).

³⁴ Sui caratteri della causa di non punibilità procedurale cfr. M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2017 (<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5283-la-necessita-di-diritti-infelici-il-diritto-di-morire-come-limite-allintervento-penale>); Id., *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sistema Penale*, 2020 (https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1581275720_donini-2020a-libera-nos-a-malo-corte-cost-242-2019-fine-vita.pdf); S. TORDINI CAGLI, *op. cit.*, 1828 ss.

³⁵ L'assenza di affidabili garanzie preventive per il paziente che chieda il trattamento eutanasi fu rilevata dallo *Human Rights Committee*, il quale manifestò delle perplessità in ordine alla compatibilità della legge olandese col diritto alla vita, di cui all'art. 6 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici del 1966. A riguardo, si confrontino i seguenti documenti: *List of issues adopted by the Human Rights Committee on 5 April 2001, to be taken up in connection with the consideration of the Third Periodic Report of the Kingdom of the Netherlands* (CCPR/C/NET/99/3) e *Comments by the Government of the Netherlands on the concluding observations of the Human Rights Committee* (CCPR/CO/72/NET), entrambi pubblicati su https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx. Si segnala, inoltre, che la legislazione belga è attualmente posta al vaglio della Corte Edu, ove pende il caso *Mortier v. Belgium* (n. 78017/17) sollevato dal ricorrente (figlio di una signora affetta da depressione cronica, la quale è stata sottoposta a pratiche eutanasiche da un medico che ha accolto la richiesta della donna senza informare i familiari e senza aver proceduto tempestivamente – entro quattro giorni dall'esecuzione dell'atto – a consegnare la relazione alla Commissione di controllo e valutazione) che reputa la stessa inidonea a tutelare la vita delle persone vulnerabili e facilmente aggirabile, in violazione degli artt. 2 e 8 della Convenzione.

³⁶ Nel 2019, in Olanda, su 6.361 notifiche di eutanasia, solo in quattro casi la Commissione ha ritenuto che il medico non avesse agito in conformità ai criteri di legge. In tre dei casi indicati, non è stata adeguatamente eseguita la consultazione di un medico indipendente e, nell'altro, sono sorti dei dubbi sulla prestazione eutanasi, attuata dal medico non in conformità alle indicazioni posologiche e assistenziali previste dalle linee

senza di apposite cautele, pertanto, l'accesso alle suddette pratiche rischia di rivelarsi gravido di pericoli per chi, affetto da patologie ormai irreversibili e sofferenze (fisiche o psichiche) intollerabili, non è in grado di esprimere, in modo libero e consapevole, un consenso informato a un simile trattamento.

Le considerazioni da ultimo svolte pongono in luce la delicatezza dell'opera legislativa riguardo a una materia in cui è elevato il rischio che il bene della vita sia compromesso ove manchi l'effettiva autodeterminazione del paziente. L'adozione di opportune misure per accertare la piena capacità (nonché la serietà e maturità sottese alla richiesta) di colui che chiede assistenza nel morire poiché interessato da una grave e dolorosa condizione di malattia è, infatti, essenziale affinché la volontà individuale possa prevalere, in tali peculiari contesti, sulla necessità di tutelare la stessa vita umana. Proprio in quest'ottica, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 242/2019³⁷, ha affidato alle strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale, nonché ai comitati etici di cui all'articolo 12, commi 10 e 11, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, la verifica preventiva delle condizioni (e delle relati-

guida del 2012 (*"Guidelines for the Practice of Euthanasia and Physician-Assisted Suicide"*). Cfr. Regional Euthanasia Review Committees, *Annual Report*, Rotterdam, 2020, 83 ss. visibile in lingua inglese su <https://english.euthanasiacommissie.nl/the-committees/documents/publications/annual-reports/2002/annual-reports/annual-reports>.

³⁷ La sentenza n. 242/2019 ha dichiarato l'incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p. rilevando che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio – del tutto compatibile con l'assetto costituzionale, in quanto volta a salvaguardare la vita delle persone vulnerabili e più deboli, le quali potrebbero formulare una siffatta richiesta di aiuto in condizioni di fragilità – si rivela inadeguata se applicata, indistintamente, anche a coloro che agevolano il proposito suicida di un malato, affetto da una patologia irreversibile che è per lui fonte di intollerabili sofferenze (fisiche o psicologiche) e sottoposto a dei trattamenti di sostegno vitale, il quale è capace di autodeterminarsi e, dunque, di rifiutare le suddette cure. In tali ipotesi, la condotta agevolativa volta a consentire alla persona malata di assumere da sé un farmaco che renda la sua morte più celere non si distingue – a parere della Corte costituzionale – da quella, del pari attiva, compiuta dall'agente per procedere all'interruzione, su richiesta del malato medesimo, delle terapie necessarie per la sua sopravvivenza. Alla condizioni sopra individuate, pertanto, il divieto indiscriminato di aiuto al suicidio «finisce [...] 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» (Corte Cost., ordinanza n. 207/2018, punto 9, così come testualmente richiamata in seno alla sentenza n. 242/2019, conclusiva del giudizio di legittimità costituzionale). Per una ricognizione delle peculiarità e dei punti di criticità delle due pronunce (ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019) della Corte Costituzionale sulla vicenda in esame si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione non penalistica della corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *Giur. Cost.*, 2018, 2855-2870; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto di morire per mano di altri"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 139-151; G. M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. Pen.*, 2018, 2302 ss.; G. GIAIMO, *op. cit.*, 115-122; L. BOZZI, *op. cit.*; A. PISU, *Dignità e autodeterminazione alla fine della vita tra bioetica e biodiritto*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2020, 138 ss.; S. CACACE, *La libertà e la dignità di morire secondo la corte costituzionale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2020, 1 ss.; M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 286-302; M. BIANCA, *L'aiuto al suicidio è ancora reato. Riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto al suicidio medicalizzato*, in *Corr. Giur.*, 2020, 145-152.

ve modalità di esecuzione) che rendono legittimo, in Italia, l'aiuto al suicidio³⁸. L'intervento delle suddette istituzioni costituisce, infatti, a parere della Consulta, una garanzia «necessaria per assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali del paziente»³⁹ che, affetto da una patologia irreversibile e dolorosa, nonché tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale⁴⁰, richieda l'assistenza di un medico per conseguire una morte rapida. Si tratta di una volontà di segno assai diverso da quella di non curarsi e lasciare che la malattia faccia il suo corso, la cui attuazione – in ragione della gravità, repentinità e irreversibilità degli effetti a essa connessi – esige l'adozione di ulteriori e approfonditi controlli preventivi da parte di una struttura accreditata all'erogazione di prestazioni sanitarie, così come di un organo collegiale terzo con funzioni consultive. Tali verifiche mirano ad accertare, *ex ante* (vale a dire prima ancora che sia realizzata la richiesta eutanassica e compiuto, dunque, un fatto potenzialmente integrante la fattispecie di reato di cui all'art. 580 c.p.) non solo le condizioni cliniche del paziente, ma anche la sua capacità di autodeterminarsi⁴¹, con preciso riguardo a una scelta che

³⁸ Così, la Corte costituzionale, al punto 5 delle considerazioni in diritto della sentenza n. 242/2019, che ha dichiarato, per violazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost., l'illegittimità costituzionale del reato di aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p., nella parte in cui esso non esclude la punibilità di chi agevola – con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 (ovvero, quanto ai fatti anteriori, con modalità equivalenti) – l'esecuzione del proposito suicida, 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 psichiche 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».

³⁹ Cfr. Corte Cost., cit., punto 4 (in diritto), ove è fatto richiamo alla sentenza n. 99 del 2019 della Corte medesima.

⁴⁰ Tale condizione – imposta dalla Corte costituzionale per l'ammissibilità della richiesta di assistenza al suicidio, nonché della sua attuazione da parte del sanitario – palesa la stretta aderenza degli individuati profili di incostituzionalità della fattispecie di cui all'art. 580 c.p., alla nota vicenda che ha dato origine al giudizio dinanzi alla Consulta, conclusosi con la sentenza n. 242 del 22 novembre 2019. Fabiano Antoniani era, infatti, un paziente cieco e tetraplegico, il quale realizzò la propria volontà suicida in Svizzera, grazie all'aiuto di Marco Cappato che acconsentì a condurlo presso la clinica elvetica. La sottoposizione del paziente ai trattamenti di sostegno vitale, quale requisito indispensabile per accedere alla pratica eutanassica, rischia, tuttavia – se inteso in senso restrittivo, tale da riferirsi ai soli trattamenti di ventilazione, idratazione e nutrizione artificiali – di tradursi in un elemento discriminatorio, limitativo dell'autodeterminazione terapeutica della persona che, gravemente malata e sofferente, non necessita dei predetti ausili, ma è comunque dipendente da altre terapie che ne assicurano la sopravvivenza. La nozione di trattamento di sostegno vitale, ad ogni modo, già *ex se* parecchio ampia (C. A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 581 ss.), è suscettibile di interpretazioni giurisprudenziali estensive. La Corte d'Assise di Massa ha ritenuto, ad esempio – decidendo il caso in senso favorevole per gli imputati che aiutarono il malato (Davide Trentini), affetto da sclerosi multipla e non dipendente da alcuna macchina, a recarsi in Svizzera per autosomministrarsi un farmaco letale – che la condizione prevista dalla Corte costituzionale ricomprenda ogni intervento «realizzato con terapie farmaceutiche o con l'assistenza di personale medico o paramedico o con l'ausilio di macchinari medici», che evidenzino una situazione di dipendenza (anche soltanto farmacologica) del paziente, pur in grado di provvedere a un'autonoma nutrizione, idratazione e ventilazione [sent. 27 luglio 2020 (dep. 2 sett. 2020) p. 30-31, confermata dalla Corte d'appello di Genova, il 28 aprile 2021].

⁴¹ Cfr. Corte Cost., cit., punto 5 (in diritto).

non coincide col rifiutare le terapie e che non obbliga, pertanto, i medici che sollevino obiezione di coscienza a darvi esecuzione⁴².

L'assistenza dei sanitari per morire richiede, pertanto – affinché una simile condotta possa essere lecita secondo le indicazioni dei giudici costituzionali – un'integrazione delle garanzie previste agli artt. 1(5) e 2 della L. 219/2017 per dissentire alle cure. La capacità d'agire del paziente, la documentazione della sua dichiarazione e l'adempimento di specifici obblighi informativi da parte del medico – quali condizioni, quelle appena richiamate, per la legittimità della revoca o della rinuncia ai trattamenti, più rigorose di quelle necessarie per aderire alle proposte curative dei sanitari⁴³ – non appaiono, infatti, alla Corte sufficienti ove si tratti di assicurare il consenso libero e informato di una persona che, gravemente malata e soggetta a delle terapie di sostegno vitale, chieda di avere accesso al suicidio assistito. Le condizioni per ricevere un tale trattamento, così come stabilite dalla Consulta attraverso un'accorta operazione ermeneutica (al contempo, estensiva e integrativa) sulle disposizioni che, ai sensi della legge n. 219/2017, regolano il rifiuto delle terapie e la somministrazione delle cure palliative abbisognano, tuttavia – nonostante l'immediata applicabilità della pronuncia⁴⁴ – di un'ulteriore regolamentazione legislativa⁴⁵. Non sono ancora chiari, ad esempio, le modalità e gli effetti della valutazione compiuta dal servizio sanitario nazionale e dal comitato etico sulla legittimità della richiesta del paziente, posto che il parere positivo di entrambi questi soggetti non sembra far sorgere alcun

⁴² Cfr. Corte Cost., cit., punto 6 (in diritto).

⁴³ Ai sensi dell'art. 1, comma quarto, nonché dell'art. 3, della legge 219/2017, infatti, il consenso informato ai trattamenti sanitari – a differenza della revoca o del rifiuto alle cure – può essere prestato anche da un soggetto, in tutto o in parte, incapace d'agire, autonomamente (nel caso di inabilitato) o congiuntamente a un rappresentante legale (per il paziente minore, interdetto o beneficiario di amministrazione di sostegno).

⁴⁴ Sul punto, tuttavia, sembra argomentare in senso contrario il giudice del Tribunale di Ancona, il quale – nell'ambito del procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., conclusosi negativamente per il ricorrente che chiedeva al giudice di ordinare all'ASUR Marche (Azienda Sanitaria Unica Regionale) di condurre, nei confronti del ricorrente medesimo, gli accertamenti preliminari necessari perché questi potesse ottenere la prescrizione del farmaco letale, così come previsto dalla sentenza n. 242/2019 – ha osservato che «ai sensi dell'art. 136 della Costituzione tale effetto [*erga omnes*] riguarda soltanto la disposizione di cui la Corte abbia dichiarato l'illegittimità costituzionale, che cessa di avere efficacia dal giorno successivo rispetto alla pubblicazione della decisione» (Trib. Ancona, ordinanza del 26 marzo 2021, visibile su <https://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2021/03/Decisione-Trib-Ancona.pdf>). Si precisa che il 16 giugno 2021, il Tribunale medesimo, in composizione collegiale, ha accolto il reclamo del ricorrente, ordinando all'Azienda sanitaria di verificare se il paziente versi nelle condizioni previste dalla Consulta per l'accesso legittimo al suicidio assistito.

⁴⁵ La Corte costituzionale ha ribadito in seno alla sentenza n. 242 del 2019 l'opportunità che materie così eticamente divisive siano regolate dall'organo politico, a esito di un procedimento provvisto delle opportune garanzie parlamentari, idonee a consentire il confronto tra le diverse istanze sociali (Corte Cost., punto 4, delle considerazioni in diritto). Tale convinzione era già stata palesata dalla Corte medesima nell'ordinanza interlocutoria n. 207 del 24 ottobre 2018 (par. 10), la quale è stata adottata al duplice fine di posticipare una decisione di incostituzionalità che – se ablativa e non manipolativa, come quella infine pronunciata – avrebbe determinato un pericoloso vuoto di tutela per coloro che avessero richiesto l'assistenza altrui per suicidarsi, nonché di instaurare un dialogo istituzionale col potere legislativo, in adesione a un orientamento già accolto anche da altre Corti Supreme straniere, quali, ad esempio, quella del Canada (caso *Carter*), ovvero del Regno Unito (caso *Nicklinson*). Per un'analisi comparatistica delle rispettive soluzioni adottate dai giudici supremi, in Italia e in Inghilterra, allo scopo di stimolare l'intervento del Parlamento in materia di assistenza al suicidio, senza sindacare le scelte dallo stesso compiute nell'esercizio della sua discrezionalità, sia consentito rinviare a R. POTENZANO, *Brevi note comparatistiche in tema di suicidio assistito*, in *Riv. Dir. Fam. Pers.*, 2019.

obbligo in capo ai sanitari (né su quelli che hanno sollevato obiezione di coscienza, né su quelli che non lo hanno fatto) di eseguire la prestazione eutanasi⁴⁶; né sono noti gli eventuali adempimenti successivi, che gravano sul medico che abbia spontaneamente rispettato la volontà del malato e provveduto all'erogazione del trattamento⁴⁷. Occorre indicare, in sintesi, così come alcune recenti vicende dimostrano⁴⁸, le facoltà e gli obblighi di coloro che intervengono prima, durante e dopo l'assistenza medica all'altrui suicidio⁴⁹, affinché l'attività di tutti i soggetti (monocratici e collegiali, pubblici e privati) che partecipano alla prestazione possa essere coordinata in maniera tale da assicurare, da un lato, la liceità e la non punibilità del professionista che abbia eseguito il trattamento e, dall'altro, l'effettiva tutela dei diritti del paziente. L'adozione di una legislazione sui trattamenti eutanasi appare, pertanto, un adempimento indispensabile, dal momento che, in sua assenza, è serio il pericolo che la persona malata non possa accedere, in concreto e con adeguate tutele alla suddetta pratica, né in Italia, né all'estero⁵⁰.

Un'utile guida per il Parlamento tenuto ad assolvere a un simile indifferibile impegno normativo è quella che deriva dall'osservare con occhio critico – attento cioè a rilevare i profili di somiglianza e divergenza – le esperienze di altre realtà nazionali; soprattutto, di quelle che hanno già affrontato, condividendo medesime perplessità e titubanze, analoghe questioni sulla fine della vita umana. A tal proposito, la *Ley Organica de regulación de la eutanasia*⁵¹ si offre come proficuo riferimento compa-

⁴⁶ La Corte costituzionale puntualizza, infatti, 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. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato», Corte Cost., cit., punto 6 (in diritto).

⁴⁷ Tale indicazione non è contenuta né nella sentenza della Corte costituzionale, né – nonostante la modifica del 7 febbraio 2020 dell'art. 17 del Codice deontologico, che ha modificato la disposizione (atti finalizzati a provare la morte) in senso conforme alla predetta sentenza – nelle fonti che regolano la responsabilità disciplinare dei medici.

⁴⁸ Il riferimento è ai casi esaminati dal Tribunale di Ancona (*infra*) con l'ordinanza del 26 marzo 2021, così come dalla Corte d'Assise di Massa e dalla Corte d'appello di Genova (*supra*), rispettivamente, con sentenza del 27 luglio 2020 e del 28 aprile 2021.

⁴⁹ È ancora dubbio, infatti, quale sia il fascio di obblighi gravante sulle aziende sanitarie e suoi comitati etici, la cui funzione, sino a ora, ha riguardato la sola risoluzione di problemi di natura etica che possano presentarsi nelle sperimentazioni cliniche di medicinali. Ciò si riflette, inoltre, sulla difficoltà di definire con esattezza la posizione del paziente che abbia tutte le condizioni per accedere legittimamente al trattamento, vale a dire se questi abbia o meno un diritto a pretendere l'accertamento dei requisiti per l'accesso alla prestazione eutanasi e l'erogazione di quest'ultima, quale parte dei livelli essenziali delle prestazioni offerte dal sistema sanitario nazionale.

⁵⁰ L'effetto prodotto dalla pronuncia della Corte sull'art. 580 c.p. sembra, infatti, essere stato quello di aver imposto – anche a coloro che desiderano recarsi in Svizzera per ricevere assistenza al suicidio – l'obbligo di chiedere ai predetti enti (struttura ospedaliera e comitato etico) l'accertamento sulla propria condizione di malattia e capacità di autodeterminarsi. In quest'ottica, inoltre, appare dubbia la liceità della condotta di quanti – privi di competenze professionali in ambito medico ed estranei al suddetto procedimento di verifica – a partire della data successiva a quella della pubblicazione della sentenza su G.U., prestano il loro supporto al malato per accompagnarlo in Svizzera.

⁵¹ La *Ley Orgànica n. 3/2021 de regulaciòn de la eutanasia* è stata approvata il 18 marzo del 2021, a maggioranza assoluta (così come richiesto dall'art. 81 della Costituzione spagnola per le leggi statali che incidono su diritti fondamentali) dal Parlamento Spagnolo, con 202 voti a favore, 141 contrari e 2 astenuti. Il testo di legge (visibile sul sito dell'Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado

statistico, posto che – a differenza delle altre discipline europee sopra richiamate – essa introduce un articolato procedimento di controllo pubblico preventivo sulla domanda del paziente, finalizzato a verificare, *ex ante*, che sussistano tutti i requisiti per l'accoglimento della sua richiesta di aiuto alla somministrazione (autonoma o dall'esterno) di un farmaco letale. L'indagine che ci si appresta a condurre sulla legge spagnola mira, dunque, ad analizzare la procedura che regola l'accesso all'eutanasia e al suicidio assistito nell'ordinamento straniero, allo scopo di confrontare tale normativa con le proposte di legge italiane in materia⁵². È opportuno valutare, infatti – seppur in chiave prolettica – se e in che misura le suddette discipline non si limitino a prevedere delle procedure utili a escludere, *ex post*, la punibilità dei professionisti che hanno accolto ed eseguito la richiesta di morire formulata dal paziente⁵³; ma garantiscano, rispettivamente – mediante affidabili controlli preventivi – l'autodeterminazione della persona malata che, nel pieno della sua capacità intellettuale, chiede l'assistenza dei sanitari per morire dignitosamente.

3. Il modello legislativo spagnolo: La *Ley Organica de regulación de la eutanasia*

La necessità di adeguare il diritto ai mutevoli bisogni di una società attenta, ormai da tempo e con sollecitudine⁵⁴, alle sofferenze prodotte non solo dalla malattia, ma anche dalla condizione di vita che

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4628 è stato pubblicato il 25 marzo 2021, prevedendo un tempo di tre mesi per la sua completa entrata in vigore.

⁵² Le proposte di legge presentate alla Camera dei Deputati nel corso della XVIII Legislatura e attualmente in corso di esame congiunto nelle Commissioni riunite 2^a (Giustizia) e 12^a (Affari sociali) in sede referente sono: la proposta n. 2 ("Rifiuto di trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia") del 23 marzo 2018; n. 1418, ("Disposizioni in materia di rifiuto di trattamenti sanitari e di eutanasia") del 5 dicembre 2018; n. 1586 ("Modifiche alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di trattamenti sanitari e di eutanasia") dell'11 febbraio 2019; n. 1655 ("Introduzione degli articoli 4-bis e 4-ter della legge 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di trattamenti di eutanasia") del 7 marzo 2019; n. 1875 ("Disposizioni in materia di suicidio medicalmente assistito e di trattamento eutanasiaco") del 30 maggio 2019; e n. 1888 ("Modifiche all'articolo 580 del codice penale, in materia di aiuto al suicidio, e alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, riguardanti le disposizioni anticipate di trattamento e la prestazione delle cure palliative") del 5 giugno 2019. Il 10 maggio 2021, infine, è stata presentata e abbinata alle precedenti, la proposta n. 3101 ("Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita"), il cui titolo, organizzazione e contenuti coincidono, quasi integralmente, con la proposta di testo base depositata, il 12 maggio 2021, dai Presidenti delle predette due Commissioni. Su entrambe tali ultime proposte di legge e di testo base sarà condotta, pertanto, la presente analisi (*infra*, par. 5). Si segnala la presenza di altri progetti di legge presso il Senato (n. 900, "Rifiuto di trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia", dell'11 dicembre 2018 e n. 912, "Disposizioni in tema di eutanasia", del 17 gennaio 2019), con riguardo ai quali, però, le Commissioni riunite (II-Giustizia e XII-Igiene e Sanità) in sede redigente non hanno ancora iniziato l'esame.

⁵³ Tale finalità emerge chiaramente sin dal Preambolo del testo legislativo, in cui si precisa che: «No basta simplemente con despenalizar las conductas que impliquen alguna forma de ayuda a la muerte de otra persona, aun cuando se produzca por expreso deseo de esta. Tal modificación legal dejaría a las personas desprotegidas respecto de su derecho a la vida que nuestro marco constitucional exige proteger. [...] la presente Ley regula y despenaliza la eutanasia en determinados supuestos, definidos claramente, y sujetos a garantías suficientes que salvaguarden la absoluta libertad de la decisión, descartando presión externa de cualquier índole».

⁵⁴ Nell'ultimo quarto di secolo, l'attenzione della società spagnola sulla materia dell'eutanasia è stata, infatti, assai elevata, anche grazie alla estesa risonanza mediatica generatasi intorno ad alcune tristi vicende umane, le quali hanno condotto a un progressivo e significativo aumento, tra i consociati, delle posizioni favorevoli alla

deriva dall'invariato protrarsi della patologia mediante l'uso di strumenti medici, è stata colta – non senza indugi⁵⁵ – dal Parlamento spagnolo, il quale ha approvato, il 18 marzo 2021, una legge che riconosce a ogni individuo il diritto di richiedere e ricevere l'aiuto dei sanitari, all'unico e diretto fine di morire⁵⁶. La *Ley Organica de regulación de la eutanasia* estende in seno a un preciso contesto, qual è quello della relazione di cura, il campo d'azione riservato all'autonomia decisionale del paziente, oltrepassando, per la prima volta, i confini posti al diritto del malato di vivere con dignità il processo della morte⁵⁷ dalla *Ley básica* n. 41/2002 in tema di consenso informato⁵⁸. La nuova legge spagnola

legalizzazione delle pratiche mediche che consentono ai malati una morte rapida e indolore. A riguardo, è possibile menzionare, ad esempio, il caso del tetraplegico Ramón Sampederro, protagonista di una lunga vicenda giudiziaria (ripercorsa, altresì, in chiave cinematografica, nel film *Mare dentro*) che si concluse, dopo la sua morte, con la pronuncia sfavorevole del *Tribunal Constitucional* (n. 242/1998, dell'11 novembre, visibile su <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/17864>). La Corte non consentì, infatti, la successione nel *recurso de amparo* della cognata dell'uomo, il quale lamentò una violazione del proprio diritto a una morte dignitosa, negatogli nei precedenti gradi di giudizio, nei quali fu rigettata la sua richiesta di ottenere la prescrizione di un farmaco letale per togliersi la vita. Il caso fu sottoposto, in seguito, anche alla Corte Edu (*Sanlés Sanlés c. Spagna*, decisione del 26 ottobre 2000) che lo ritenne inammissibile e al Comitato dei diritti umani dell'ONU (*Manuela Sanlés Sanlés v. Spain*, Communication No. 1024/2001, U.N. Doc. CCPR/C/80/D/1024/2001 (2004)). Tra le vicende più recenti e di pari eco mediatica si ricorda, inoltre, quella che nell'aprile del 2019 ha riguardato Maria José Carrasco, affetta da sclerosi multipla e aiutata dal marito (il quale ha filmato e pubblicato l'atto compiuto, autodenunciandosi il giorno seguente) a togliersi la vita, ingerendo una sostanza letale.

⁵⁵ Il travagliato percorso legislativo che ha condotto, con notevole ritardo, il 18 marzo 2021, all'approvazione della legge in materia di eutanasia in Spagna è stato ricordato l'11 febbraio 2020, in occasione della presentazione in aula della proposta di legge del 31 gennaio 2020 del Partito socialista (v. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-7.PDF). Già nel 2018 e nel 2019, infatti, erano state presentate delle proposte di legge per la legalizzazione dell'eutanasia da parte del gruppo parlamentare di sinistra, ma i successivi mutamenti politici hanno poi ostacolato la possibilità di dare continuità a suddetti progetti normativi.

⁵⁶ L. n. 3/2021, Art. 1: «El objeto de esta Ley es regular el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, el procedimiento que ha de seguirse y las garantías que han de observarse. Asimismo, determina los deberes del personal sanitario que atiende a esas personas, definiendo su marco de actuación, y regula las obligaciones de las administraciones e instituciones concernidas para asegurar el correcto ejercicio del derecho reconocido en esta Ley».

⁵⁷ Il suggestivo riferimento al «derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte» contenuto nello Statuto Catalano (legge organica 6/2006, del 19 luglio, sulla riforma dello Statuto dell'Autonomia della Catalogna) o al diritto alla «*dignidad ante el proceso de la muerte*» nello Statuto dell'Andalusia (legge organica 2/2007, del 19 marzo 2007, che riforma lo Statuto dell'Autonomia dell'Andalusia), ovvero ai «*derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte*» di cui alla Legge 10/2011, del 14 maggio 2011 della Comunità Autonoma di Aragona riguarda, ad ogni modo, il solo diritto del paziente di acconsentire e rifiutare le cure, di accedere (in quest'ultima ipotesi) alle cure palliative e di redigere delle disposizioni volte a manifestare, in anticipo, la propria volontà circa i trattamenti cui sottoporsi. Tali legislazioni non hanno, dunque, ampliato le facoltà del malato in merito alle decisioni che attengono alla sua salute continuando, dunque, a non consentire a quest'ultimo di accedere ai trattamenti eutanasi. Sul punto, F. REY MARTINEZ, *¿Qué significa en el ordenamiento español el derecho a «vivir con dignidad el proceso de la muerte»?*, in *Derecho PUCP*, 2012, 133-149; J. M^A CASTELLÀ ANDREU, *Nuevos estatutos de autonomía y derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte*, in A. D'ALOIA (a cura di) *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Napoli, 2011, 31-48.

⁵⁸ La *Ley* 41/2002 *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* disciplina, infatti, il consenso informato e le *instrucciones previas*, quale

modifica infatti, in maniera ampliativa, il quadro delle possibilità già offerte dall'ordinamento a colui che scelga (anche in anticipo, in previsione cioè di una futura condizione di malattia e incapacità⁵⁹) di rifiutare i trattamenti e le cure palliative, ritenendo che il modo più consono di affrontare la patologia che lo affligge coincida con quello di chiedere ai sanitari di porre subitanea fine alla propria esistenza, mediante l'eutanasia o il suicidio assistito⁶⁰. La partecipazione dei medici all'attuazione dell'altrui proposito di autoinfliggersi la morte mediante la prescrizione, la fornitura o la diretta somministrazione di un farmaco letale è, pertanto, adesso, una condotta del tutto legittima, inserita tra i servizi essenziali di assistenza medica nazionale⁶¹ e priva di rilevanza penale, se conforme alla recente normativa⁶².

Il diritto del paziente di richiedere e ricevere assistenza eutanasi dal professionista non sconvolge, ad ogni modo, l'assetto ordinamentale⁶³. Una simile prerogativa possiede, piuttosto, un solido fon-

strumento posto a disposizione del singolo per manifestare il proprio consenso o dissenso alle cure, in previsione di una futura condizione di malattia e incoscienza. La legge statale rimette, però – ai sensi degli artt. 16 e 149.1.1 della Costituzione spagnola – alla Autonomie Locali la disciplina della materia in esame, al fine di rendere efficace la legge medesima nei rispettivi ordinamenti di competenza. Le legislazioni autonome hanno, dunque, introdotto delle regole di dettaglio finalizzate a rendere operativi gli istituti fondati sull'autonomia del paziente, quale baricentro della relazione di cura, senza poter però modificare – né in senso restrittivo, né estensivo – i limiti posti dallo Stato a quest'ultima. Con particolare riguardo all'obiezione di coscienza, si rileva che alcune Comunità Autonome hanno previsto – pur in assenza di un preciso riferimento in seno alla normativa statale – che il medico abbia diritto ad astenersi, sulla base della suddetta obiezione, dal dare esecuzione alle *instruccione previas* del paziente. Ciò non compromette, ad ogni modo, il diritto del paziente medesimo di ottenere dalla struttura sanitaria il rispetto della sua volontà (cfr. Art. 5, comma 2, del decreto 80/2005 Murcia); Art. 17, comma 2, della l. n. 1/2003 (Valencia); Art. 20, comma 2, della l. n. 3/2005 (Extremadura); Art. 7, comma 4, della l. n. 9/2005 (La Rioja); Art. 3, comma 3, della l. n. 3/2005 (Comunità di Madrid). Tale previsione, tuttavia – come rilevato dalla dottrina spagnola – dà luogo a notevoli perplessità, posto che l'astensione del sanitario riguarderebbe, verosimilmente, l'indicazione di un *non facere* da parte del paziente. Sul punto U. ADAMO, *op. cit.*

⁵⁹ L. 3/2021, Art. 5 (2).

⁶⁰ L. 3/2021, Art. 3, lett. g.

⁶¹ L. 3/2021, Art. 13, comma 1.

⁶² La *Ley Orgànica de regulaciòn de la eutanasia* ha, infatti, modificato l'art. 143 del codice penale spagnolo, introducendo un quinto comma, volto ad assicurare la liceità della condotta tenuta dal professionista che dia esecuzione a una legittima richiesta eutanasi del paziente. La *Disposiciòn final primera* della L. 3/2021 ha modificando, inoltre, il suddetto articolo al comma quarto, indicando con maggiore precisione i presupposti che integrano la fattispecie attenuata di cooperazione attiva alla realizzazione dell'altrui suicidio, su richiesta espressa, seria e inequivoca della vittima. La ridotta offensività della cooperazione con atti necessari e diretti, tra cui anche l'esecuzione stessa dell'atto esiziale – punita con sanzioni inferiori rispetto ai reati (previsti nei precedenti commi dell'art. 143 c.p.) di induzione, cooperazione ed esecuzione dell'altrui suicidio nei riguardi di un soggetto non malato – è connessa, infatti, alla sussistenza di una condizione di «padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables» della vittima stessa. Per un'attenta disamina della disciplina penale spagnola in tema di eutanasia si v. J.M. LORENZO SALGADO, *Algunas consideraciones sobre el art. 143.4 del Código penal*, in *Estudios penales y criminológicos*, 2004, 149-216; CARMEN GUERRERO PICÓ, *Spagna - Decisioni di fine vita e aiuto al suicidio*, Servizio Studi Corte Costituzionale, cit., 159-170; A. TIGRINO, *La riflessione penalistica spagnola in materia di fine vita: Dalle elaborazioni d'epoca franchista alla Ley Organica de regulacion de la eutanasia del 18 marzo 2021*, in *La Legislazione Pen.*, 2021, 1-34.

⁶³ La L. 3/2021 non afferma, infatti, in Spagna, un generale diritto di morire, il quale sarebbe estraneo ai valori dell'ordinamento attuale. Sul punto, cfr. *Tribunal Constitucional*, 27 giugno n. 120/1990; nello stesso senso

damento costituzionale, il quale si rinviene, da un lato, nelle norme volte al libero sviluppo della personalità individuale che tutelano la libertà (art. 1.1 Cost.) – anche ideologica e religiosa (art. 16 Cost.) – e la dignità umana (art. 10); e, dall'altro lato, in quelle che sanciscono il diritto all'integrità fisica e morale (art. 15) e al rispetto della vita privata e familiare (art. 18.1)⁶⁴. Come esplicitato dallo stesso legislatore nel Preambolo della L. 3/2021, la posizione di vantaggio riconosciuta all'individuo sorge proprio in ragione del verificarsi di una lesione alla sua dignità, intimità e integrità, imputabile esclusivamente a una patologia o disabilità. Tale lesione – dipendente da valutazioni di natura personale per quanto attiene all'inaccettabilità della compressione arrecata ai diritti e libertà del singolo – può realizzarsi solo in presenza di un particolare contesto dai caratteri tassativi e clinicamente verificabili, il quale (definito «eutanasico» dallo stesso legislatore⁶⁵) consiste, alternativamente, in una infermità grave, cronica e invalidante, che limita l'autonomia fisica della persona, così come la capacità di espressione e di relazione della stessa, procurandole sofferenze per lei insopportabili⁶⁶; ovvero in una malattia grave e incurabile, foriera di patimenti, fisici o psichici, costanti e non tollerabili, destinati ad acuirsi a causa del decorso degenerativo della patologia⁶⁷. Il fatto che il paziente si trovi ad affrontare una delle predette condizioni di permanente disabilità, o seria e dolorosa malattia induce, pertanto, l'ordinamento ad assegnare maggiore rilievo all'autodeterminazione dell'individuo e a porre, dunque – in questa specifica circostanza – su un piano subalterno, il bene della vita, incapace di trasformarsi da oggetto di un diritto inviolabile⁶⁸, a contenuto impositivo e inderogabile di un dovere posto sul titolare del diritto medesimo⁶⁹. La legittimità del trattamento eutanasico è subordinata, tuttavia, al rispetto di una serie di requisiti (tra cui la maggiore età, la nazionalità o la residenza spagnola, nonché la capacità di intendere e di volere del paziente⁷⁰), i quali devono essere accertati attraverso una plu-

anche, 11/1991 del 17 gennaio; 154/2002 del 18 luglio. In dottrina, si vedano gli studi di M. A. A. MARTINEZ, *La respuesta constitucional ante el final de la vida humana*, in A. D'ALOIA (a cura di) *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Napoli, 2011, 1-18 e F. REY MARTINEZ, *op.cit.*

⁶⁴ Il testo della Costituzione Spagnola è consultabile in lingua italiana su <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>

⁶⁵ Cfr. Preambolo (I), della L. 3/2021.

⁶⁶ L. 3/2021, Art. 3, lett. b): «Padecimiento grave, crónico e imposibilitante»: situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico».

⁶⁷ L. 3/2021, Art. 3, lett. c): «Enfermedad grave e incurable»: la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva».

⁶⁸ Art. 15, Costituzione spagnola.

⁶⁹ Cfr. L. 3/2021, Preambolo (I): «Cuando una persona plenamente capaz y libre se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad, intimidad e integridad, como es la que define el contexto eutanásico antes descrito, el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida.»

⁷⁰ Art. 5, lett. a, L. 3/2021. In particolare, il requisito della cittadinanza spagnola o della residenza almeno da dodici mesi sul territorio nazionale è stato introdotto al fine di evitare il cd. turismo dei diritti, cioè la possibilità che la Spagna divenga meta di riferimento per coloro che non possono legittimamente accedere alle pratiche eutanasiche negli ordinamenti di provenienza, poiché ritenute illecite.

ralità di passaggi procedurali – tanto antecedenti quanto successivi all'accoglimento della richiesta del paziente – affinché solo coloro che abbiano un quadro clinico di gravità corrispondente a quello previsto dalla legge e abbiano, altresì, maturato la decisione di morire nel pieno delle loro capacità intellettive, in autonomia e senza pressioni di sorta, possano ricevere assistenza mortifera da parte del servizio sanitario nazionale⁷¹.

La procedura in esame è disciplinata al Capitolo III della L. 3/2021 (intitolato “procedimento para la realización de la prestación de ayuda para morir”) e si suddivide in tre distinte fasi, ognuna regolata da un complesso di norme differenti e orientato al perseguimento di precisi obiettivi tra loro complementari.

La prima fase si svolge lungo un arco temporale di circa quarantacinque giorni⁷² (o in un tempo più celere se vi è il rischio di un'imminente perdita di capacità del malato⁷³) e mira a verificare che chi abbia espresso la volontà di conseguire una morte rapida e indolore abbia, in concreto, il diritto di ricevere la prestazione di *ayuda para morir* nel rispetto della legge. Una tale valutazione è affidata, in maniera gradata e indipendente, a dei soggetti con competenze eterogenee (mediche e giuridiche) utili, soprattutto, per l'accertamento di quei requisiti soggettivi, che non consistono in un riscontro di parametri clinici o anagrafici⁷⁴. La verifica in esame è effettuata, anzitutto, dal medico cui si rivolge la persona malata, il quale diviene responsabile del coordinamento dell'intera procedura eutanasi,

⁷¹ Art. 13, comma 2, L. 3/2021.

⁷² Il testo legislativo stabilisce, infatti, i termini entro cui tutti i soggetti coinvolti nella fase iniziale della procedura (il paziente, il medico responsabile, il medico consulente e la Commissione di Garanzia e Valutazione) devono compiere le rispettive attività, le quali sono necessarie affinché la procedura medesima possa svolgersi in modo ordinato e far sì che il richiedente ottenga in tempi utili l'erogazione dell'atto eutanasi. In considerazione del termine di dieci giorni, imposto al medico responsabile al fine di esprimere il suo parere sull'istanza del paziente [art. 7(2)]; di quello dilatorio di quindici giorni previsto per la reiterazione obbligatoria dell'istanza da parte del paziente medesimo (art. 5, lett. c); dell'obbligo del medico di far trascorrere altre 24 ore dal deposito della seconda istanza prima di procedere agli ulteriori adempimenti (art. 8, comma 2); del termine, rispettivamente, di dieci giorni e nove giorni, affinché il medico consulente si pronunci sulla legittimità dell'istanza [art. 8(3)] e facciano lo stesso i membri della Commissione di Garanzie e Valutazione, una volta che essi siano stati individuati dal Presidente di quest'ultima (artt. 10, commi 1 e 3), è possibile ritenere conclusa la fase iniziale della procedura e, dunque, obbligatorio per i sanitari procedere all'erogazione del trattamento eutanasi.

⁷³ In particolare, l'art. 5, lett. c, L. 3/2021, prevede che – se vi è pericolo di una imminente stato di incoscienza o perdita di capacità del paziente – il medico responsabile della procedura può acconsentire a ricevere la richiesta eutanasi di quest'ultimo senza attendere che trascorran almeno quindici giorni tra la presentazione della prima domanda e la successiva, obbligatoria, reiterazione della stessa.

⁷⁴ L'istanza eutanasi è, infatti, legittima solo se – oltre a essere formulata da un paziente gravemente malato o disabile, maggiore d'età, cittadino o residente spagnolo – essa è chiara manifestazione della volontà di un paziente in grado di autodeterminarsi riguardo alla predetta decisione di morire con l'assistenza dei sanitari (più diffusamente, *infra*). L'accertamento di tale ultimo requisito appare essere, a confronto con gli altri, quello che presenta maggiori profili di complessità e sul quale è più probabile che si verifichi il disaccordo tra la componente medica e quella giuridica coinvolte nella procedura. In senso critico, U. ADAMO (*In Spagna è riconosciuto il diritto (con limiti) a richiedere e a ricevere l'aiuto medico a morire (con dignità)*), in *Diritti Comparati*, 2021, visibile su <https://www.diritticomparati.it/in-spagna-e-riconosciuto-il-diritto-con-limiti-a-richiedere-e-a-ricevere-laiuto-medico-a-morire-con-dignita/>) il quale mostra delle perplessità sul fondamento di un simile disaccordo tra i due membri della Commissione di Garanzia e Valutazione che esaminano la domanda del paziente.

sino al suo termine⁷⁵. Nel caso in cui sia favorevole all'accoglimento della richiesta, questi deve rivolgersi a un altro medico specializzato nella patologia che affligge il paziente, affinché anche lo specialista visiti quest'ultimo e si pronunci, a sua volta, in senso positivo o negativo sulla legittimità della sua istanza⁷⁶. In seguito al parere concorde del medico responsabile e del medico consulente, un giurista e un altro sanitario (membri di un'apposita Commissione di Garanzia e Valutazione istituita a livello regionale⁷⁷) emettono, di norma, su base documentale – o, se opportuno, convocando di persona, tanto i medici che hanno visitato il malato, quanto quest'ultimo⁷⁸ – il terzo e ultimo parere, idoneo ad autorizzare il trattamento, se conforme a quelli espressi in precedenza. L'eventuale rigetto dell'istanza eutanasi interrompe, infatti il proseguimento della procedura, salva la possibilità per il diretto interessato di presentare un reclamo avverso tale diniego (anche se pronunciato dal medico responsabile o dal medico consulente) presso la Commissione sopra menzionata, la quale (in altra composizione⁷⁹) conferma la decisione, ovvero riforma la stessa⁸⁰. L'esito negativo del reclamo non esclude, ad ogni modo, che il paziente stesso possa in seguito ripresentare la medesima istanza ovvero scegliere, in alternativa, di ricorrere al giudice amministrativo per essere autorizzato al trattamento⁸¹.

Una volta conseguita l'attestazione (amministrativa o giurisdizionale) della legittimità della richiesta eutanasi, quest'ultima è in grado di produrre pieni effetti vincolanti sul servizio sanitario nazionale, obbligato a darvi esecuzione nei tempi e modi concordati col paziente, senza quei medici che hanno negato l'accoglimento dell'istanza⁸² o sollevato obiezione di coscienza⁸³. La seconda fase della proce-

⁷⁵ Cfr. Art. 8, comma primo e secondo, L. 3/2021

⁷⁶ Cfr. Art. 8, comma terzo, L. 3/2021.

⁷⁷ L'Art. 17, della L. 3/2021, prevede, infatti, l'istituzione – con tre mesi di anticipo rispetto all'entrata in vigore del testo di legge – presso ciascuna Comunità Autonoma della Spagna e nelle Città di Ceuta e Melilla di una Commissione di Garanzia e Valutazione. Tali organi collegiali e multidisciplinari (composti almeno da sette membri tra medici, infermieri e giuristi) di natura amministrativa saranno regolati secondo il regime giuridico determinato da ciascun governo locale o dal Ministero della Salute, nel caso delle due città menzionate.

⁷⁸ Cfr. Art. 10, commi 1 e 2, L. 3/2021.

⁷⁹ Nel caso in cui il reclamo sia presentato avverso il diniego congiunto dei due membri della Commissione, la Commissione medesima deciderà entro venti giorni, senza la partecipazione dei predetti due componenti (Art. 18, lett. a, secondo periodo, L. 3/2021).

⁸⁰ Cfr. Artt. 7(2), 8(4), 10(3) e 18, lett. a, secondo periodo, L. 3/2021.

⁸¹ In particolare, il paziente può ricorrere alla giurisdizione contenziosa amministrativa (cfr. Artt. 10, comma 5 e 18, lett. a, così come la quinta disposizione addizionale al testo di legge in esame) in due distinte ipotesi: nel caso in cui la Commissione di Garanzia e Valutazione abbia formulato, in composizione plenaria, un giudizio sfavorevole all'accoglimento della richiesta del paziente, a esito del reclamo presentato da quest'ultimo avverso il rigetto della sua istanza da parte medico responsabile (così all'Art. 7, comma 2, L. 3/2021); ovvero, quando sia intervenuto il parere unanime negativo della medesima Commissione, in composizione ridotta o in composizione plenaria, se vi sia stato un originario disaccordo tra i due membri chiamati a valutare l'istanza (così, all'art. 10, comma 3, L. 3/2021).

⁸² Art. 18, lett. a, quarto periodo, L. 3/2021.

⁸³ Art 16, L. 3/2021: «El rechazo o la negativa a realizar la citada prestación por razones de conciencia es una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito. Las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma y que tendrá por objeto facilitar la

dura è retta, pertanto, da norme legislative volte ad assicurare una corretta e omogenea erogazione della prestazione sull'intero territorio nazionale, nonché a preservare la dignità, la riservatezza e l'integrità di colui che riceve l'eutanasia o il suicidio assistito. I sanitari hanno, infatti, il dovere di agire nel rispetto di precisi protocolli, criteri e buone pratiche (validati, annualmente, dal Ministero della Salute e dai presidenti delle Commissioni di Garanzia e Valutazione delle Comunità Autonome⁸⁴), dando massimo risalto alla volontà del paziente, il quale – oltre alla data e al tipo di trattamento voluto (eutanasia o suicidio assistito) – può, altresì, indicare il luogo dell'esecuzione (una struttura ospedaliera, pubblica o privata, ovvero a domicilio)⁸⁵, nonché rinviare ovvero revocare, in qualsiasi momento, il consenso alla prestazione⁸⁶. Coloro che forniscono materialmente l'aiuto eutanasiaco devono, inoltre, assistere il malato sino al sopravvenire (autoindotto o eterodeterminato) della sua morte⁸⁷ e non fare circolare alcun tipo di notizia non autorizzata sulla vicenda⁸⁸, astenendosi dal prendere parte all'atto medico nel caso in cui ciò possa dare adito a dei dubbi sull'imparzialità e qualità dello stesso⁸⁹. I conflitti di interesse tra i medici che aiutano il paziente a morire sono risolti dalla Commissione prima richiamata, la quale può intervenire, dunque, anche in questa fase intermedia della procedura, al fine di assicurare che i sanitari coinvolti non traggano vantaggio, diretto o indiretto, dalla morte del paziente medesimo⁹⁰, la quale è equiparata, a tutti gli effetti, a una morte naturale⁹¹.

La realizzazione della *prestación de ayuda para morir* chiude, così, il secondo stadio del procedimento disciplinato dalla legge e dà il via, al contempo, a una terza fase, la quale è tesa a effettuare, *ex post* – entro un termine massimo di due mesi⁹² – un'ulteriore e complessiva verifica sulla regolarità del trattamento medico che abbia, intenzionalmente e direttamente, procurato la morte della persona consenziente. Nello specifico, tale controllo è affidato alla medesima Commissione già incaricata, *ex ante*, di esprimere il proprio parere sulla richiesta del malato (eventualmente, anche in sede di reclamo), nonché di pronunciarsi, *medio tempore* – nel caso in cui sorgano dei dubbi sull'imparzialità dei sanitari – sull'idoneità dei soggetti chiamati a darvi materiale esecuzione. È evidente che una simile circostanza rende parecchio elevata la sensazione che la valutazione compiuta dall'organo collegiale non sia pienamente neutrale e attendibile, non solo in ragione del fatto che la Commissione sarebbe tenuta a rilevare anche una propria pregressa negligenza, ma anche perché essa dovrebbe riesaminare una vicenda già nota ai suoi membri. Il legislatore spagnolo, pertanto, ha cercato di attenuare, almeno in parte, le suddette perplessità, stabilendo – in linea con una soluzione sperimentata anche in Belgio⁹³ e Lussemburgo⁹⁴ – che il predetto controllo si svolga sulla base di un documento,

necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir».

⁸⁴ Art. 11(1) e Art. 17(5), L. 3/2021.

⁸⁵ Art. 14, L. 3/2021.

⁸⁶ Art. 6, comma 3, L. 3/2021.

⁸⁷ Art. 11, comma 2 e 3, L. 3/2021.

⁸⁸ Art. 15, L. 3/2021.

⁸⁹ Art. 14, ultimo periodo, L. 3/2021.

⁹⁰ Art. 18, lett. a, primo periodo, L. 3/2021.

⁹¹ L. 3/2021, prima disposizione addizionale.

⁹² Art. 18, lett. b, L. 3/2021.

⁹³ Artt. 7 e 8, Legge sull'eutanasia del 28 maggio 2002.

depositato entro cinque giorni dall'erogazione della prestazione eutanasi dal medico che coordina l'intera procedura e da questo stilato, *ab origine*, in forma anonima⁹⁵. L'atto in questione deve riportare tutte le attività compiute, tanto dal medico responsabile, quanto dagli altri soggetti (paziente, sanitari e membri della Commissione), prima e dopo l'autorizzazione del trattamento, nonché il sesso e l'età del defunto, la sua condizione clinica, così come il luogo e la data del decesso⁹⁶. La Commissione può decidere a maggioranza dei suoi membri di acquisire, in un secondo momento – cioè dopo aver palesato delle incertezze sulla correttezza del procedimento – i dati che consentono l'identificazione dei soggetti coinvolti nella vicenda (i quali sono contenuti in un separato documento allegato al precedente⁹⁷), invitando il medico responsabile a fornire delle ulteriori informazioni⁹⁸. Non sono chiari, ad ogni modo, gli effetti connessi all'eventuale formulazione di un giudizio negativo sulla prestazione eutanasi, posto che la legge si limita a ribadire – in termini assai generali – che la violazione della normativa espone gli autori dell'illecito a responsabilità civile, penale e disciplinare⁹⁹.

4. Segue: Le garanzie preventive a tutela del paziente che chiede la prestazione di *ayuda para morir*

Una volta descritta, nel suo complesso, la procedura che legittima in Spagna l'eutanasi e il suicidio assistito, è opportuno volgere l'attenzione a quelle disposizioni che individuano i presupposti di legittimità per l'accesso ai predetti trattamenti¹⁰⁰, posto che è dovere dello Stato provvedere all'erogazione di questi ultimi soltanto nei confronti di quanti soddisfano alcuni specifici requisiti di legge¹⁰¹. In particolare, ai sensi dell'art. 5 della L. 3/2021, la prestazione di *ayuda para morir* deve essere garantita soltanto a un cittadino o a un residente maggiore di età¹⁰², che versa in una condizione di grave patologia o disabilità¹⁰³ ed è, ciononostante, in grado di decidere, in maniera libera e consapevole, di porre fine alla propria esistenza mediante l'assistenza dei sanitari¹⁰⁴. In altri termini, il richiedente il trattamento eutanasi ha il diritto di ricevere quest'ultimo solo se, da un lato, risponde a dei precisi parametri clinici e anagrafici e, dall'altro, ha manifestato, mediante la richiesta suddetta, una volontà indipendente e informata. La domanda di eutanasi o suicidio assistito deve apparire, in-

⁹⁴ Artt. 7 e 8, Legge sull'eutanasi e il suicidio assistito del 16 marzo 2009.

⁹⁵ Art. 18, lett. b, L. 3/2021.

⁹⁶ Art. 12, lett. b, L. 3/2021.

⁹⁷ Art. 12, lett. a, L. 3/2021.

⁹⁸ Art. 18, lett. b, L. 3/2021.

⁹⁹ Cfr. L. 3/2021, seconda disposizione addizionale.

¹⁰⁰ Il riferimento è, in particolare, al Capitolo II della L. 3/2021, intitolato "*Derecho de las personas a solicitar la prestación de ayuda para morir y requisitos para su ejercicio*".

¹⁰¹ L'Art. 4(1), L. 3/2021: «Se reconoce el derecho de toda persona que cumpla los requisitos previstos en esta Ley a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir».

¹⁰² Cfr. L. 3/2021, Art. 5, lett. a. Si precisa che per persona residente, si intende sia chi ha la residenza legale in Spagna, sia chi è in possesso di un certificato (*certificado de empadronamiento*) che attesti la permanenza su territorio da almeno dodici mesi.

¹⁰³ Cfr. L. 3/2021, Art. 5, lett. d.

¹⁰⁴ La formula di sintesi sopra riportata è rintracciabile alle lettere b), c) ed e) dell'Art. 5, L. 3/2021, nelle quali tale requisito è declinato in modo analitico (*infra*).

fatti, una sicura esternazione dell'autodeterminazione di un individuo capace di governare il proprio corpo e decidere della propria salute, sino alle sue estreme conseguenze¹⁰⁵.

Il possibile scollamento tra la dichiarazione della persona capace d'agire e l'effettiva volontà e capacità naturale di quest'ultima rischia, tuttavia – se non prontamente rilevato dai soggetti preposti, in via preventiva, a controllare la legittimità dell'istanza (il medico responsabile, il medico consulente e la Commissione di Garanzia e Valutazione)¹⁰⁶ – di coinvolgere il servizio sanitario nazionale in un'attività pregiudizievole per la vita dei pazienti più fragili, i quali potrebbero aver chiesto assistenza per morire in un transitorio momento di sconforto, ovvero in uno stato di incapacità di fatto, o a seguito di indebiti e pressanti condizionamenti esterni. In ragione dell'elevata delicatezza sottesa a una simile indagine – assai più complessa di quella che attiene alla verifica della sussistenza di altri requisiti di legge – il legislatore ha predisposto alcune specifiche garanzie (formali e sostanziali), utili ad assicurare che la richiesta eutanassica sia «autonoma, cosciente e informata»¹⁰⁷. Il valido perfezionamento della domanda di *ayuda para morir* è subordinato, cioè, al rispetto di una pluralità di condizioni, indispensabili affinché il paziente possa superare il controllo preventivo che attesta la legittimità della sua istanza e ricevere la prestazione mortifera.

In primo luogo, la richiesta eutanassica deve essere redatta in modo tale da conferire certezza e serietà alla volontà in essa espressa, nonché attestare la sua sicura provenienza da parte del malato¹⁰⁸. È necessario, pertanto, che la dichiarazione abbia forma scritta (ovvero altra idonea a registrare, in modo inequivoco, la volontà del dichiarante) e che sul documento siano apposte la data e la firma del paziente, il quale deve provvedervi in presenza di un medico che attesti l'avvenuta ricezione dell'atto¹⁰⁹. Si tratta, infatti, di un atto personalissimo, che non può essere compiuto da un rappresentante che agisce in nome e per conto del paziente, ma solo da quest'ultimo, pienamente cosciente e capace d'agire. Nel caso in cui il disponente, a causa di una propria disabilità motoria o per altre ragioni connesse al suo stato di salute, non possa sottoscrivere la dichiarazione, quest'ultima – resa con certezza dal paziente – può essere datata e siglata da un soggetto terzo, maggiorenne e capace d'agire, il quale fa menzione, in presenza dell'interessato, delle cause che impediscono l'esecuzione autonoma di tali adempimenti¹¹⁰.

In secondo luogo, l'istanza di assistenza per morire deve essere redatta da chi abbia ponderato a sufficienza, in un arco di tempo indicato dallo stesso legislatore, l'opportunità di sottoporsi a un trattamento eutanassico¹¹¹. Il richiedente deve, infatti, poter essere edotto riguardo alle conseguenze del trattamento prescelto, nonché alla possibilità di ricorrere alle cure palliative, le quali consentirebbero

¹⁰⁵ Cfr. L. 3/2021, Art. 4(3).

¹⁰⁶ *Supra*, par. 3.

¹⁰⁷ La formula di sintesi sopra riportata – rintracciabile alle lettere b), c) ed e) dell'Art. 5, L. 3/2021, nelle quali tale triplice requisito è declinato in modo analitico (*infra*) – è quella utilizzata nel Preambolo del testo di legge, dove si precisa che «toda persona mayor de edad y en plena capacidad de obrar y decidir puede solicitar y recibir dicha ayuda, siempre que lo haga de forma autónoma, cosciente e informada».

¹⁰⁸ Cfr. Art. 5, lett. c) e Art. 6(1), L. 3/2021.

¹⁰⁹ Art. 6(3), L. 3/2021.

¹¹⁰ Art. 6(2), secondo periodo, L. 3/2021.

¹¹¹ Cfr. Art. 5, lett. c) e Art. 8(1), L. 3/2021.

allo stesso di affrontare, in maniera indolore, benché più lenta, le ultime fasi della malattia¹¹². A tale fine, il legislatore richiede che la domanda eutanasi, identica in forma e contenuto, sia ripresentata dal paziente in un termine dilatorio di quindici giorni e che il medico responsabile intraprenda – a intervalli regolari, ciascuno della durata massima di cinque giorni, successivi, rispettivamente, alla presentazione delle due istanze necessarie per accedere al trattamento – un accurato dialogo col paziente medesimo, assicurandosi che quest'ultimo possa formare un'autonoma volontà in merito alla scelta di porre termine alla propria vita. Il paziente non può, dunque, rifiutarsi di ricevere le informazioni relative alla sua condizione clinica e alle alternative disponibili, nonché alle conseguenze dell'assistenza eutanasi, le quali devono essere fornite dal medico, assicurandosi che quanto comunicato (oralmente e per iscritto¹¹³) sia stato compreso a fondo dal diretto interessato. Solo all'esito di tale processo deliberativo, che vede i due protagonisti (il medico e la persona malata) alleati per il perseguimento di un fine comune, vale a dire il benessere del paziente, quest'ultimo deve ribadire oralmente – dopo ventiquattro ore dallo spirare del secondo periodo di tempo utile per manifestare dubbi o necessità di chiarimento al medico responsabile della procedura – la sua volontà di ricorrere alle pratiche mortifere e firmare, infine, un separato documento che attesta il consenso informato al trattamento¹¹⁴.

Tale ultima duplice dichiarazione del paziente, quale atto finale che chiude, così, la valida presentazione della domanda *de ayuda para morir*, non rende, ad ogni modo, *ex se*, obbligatoria l'assistenza al suicidio o l'eutanasi, né per il medico che abbia manifestato disponibilità alla prestazione¹¹⁵, posto che solo il definitivo accoglimento della domanda da parte dello specialista consulente e della Commissione di Garanzia e Valutazione rende esigibile la prestazione medesima; né per il paziente, il quale può revocare in ogni momento la sua richiesta, senza dover rispettare alcun particolare requisito di forma¹¹⁶. Ciò che non è chiaro, tuttavia, è se l'eventuale revoca debba essere resa, a sua volta, da una persona ancora capace di autodeterminarsi, ovvero se anche il paziente cosciente, ma ormai incapace di intendere e di volere, che manifesta un ripensamento in merito alla precedente decisione, possa interrompere l'esecuzione del trattamento. La risposta al quesito sembra essere di segno negativo, dato che la legge si limita a richiedere la piena capacità del paziente soltanto per il superamento del controllo di legittimità volto ad autorizzare, *ex ante*, l'atto eutanasi, rendendo così priva di effetto la dichiarazione di dissenso espressa dopo tale momento dalla persona che non è più in grado di autodeterminarsi. Una simile conclusione pare essere, inoltre, confermata dal fatto che la stessa legge consente espressamente anche a una persona legalmente o naturalmente incapace (purché maggiore di età e cittadina o residente in Spagna) di ricevere l'eutanasi, se vi è una dichiarazione – redatta in anticipo e per iscritto, quando il disponente era nel pieno possesso delle sue facoltà intellettive – che attesti la volontà di sottoporsi alla suddetta pratica¹¹⁷. In tale circostanza, a

¹¹² Art. 5, lett. b e lett. e, L. 3/2021.

¹¹³ Cfr. Art. 5, lett. b) e Art. 8(1), L. 3/2021.

¹¹⁴ Art. 8(2), L. 3/2021.

¹¹⁵ Ai sensi dell'art. 7, L. 3/2021, il medico può dichiararsi contrario all'accoglimento della richiesta del paziente, purché tale rifiuto sia manifestato entro sette giorni dalla presentazione della prima istanza e con atto scritto e motivato, suscettibile di reclamo avanti la Commissione di Garanzia e Valutazione (*supra*).

¹¹⁶ Art. 6(3), L. 3/2021.

¹¹⁷ Art. 5(2), L. 3/2021.

dare avvio alla procedura che consente la somministrazione del farmaco letale sul paziente che non è più in grado di rinnovare il proprio consenso al trattamento richiesto è il rappresentante designato dal paziente medesimo in seno alle proprie disposizioni anticipate, o un altro soggetto terzo (maggiore d'età e capace d'agire), che sia in possesso di queste ultime; nonché, in alternativa, lo stesso medico che ha in cura la persona che versa in un contesto eutanasi, il quale è autorizzato a consultare il *Registro nacional de instrucciones previas* per verificare quale siano le volontà del malato con riguardo a un'ipotetica simile condizione¹¹⁸. Ciascuno dei soggetti indicati agisce quale mero latore di una decisione altrui, senza poter modificare o integrare le dichiarazioni formulate dal paziente¹¹⁹, le quali vincolano per forza propria il medico responsabile, senza che occorra alcun preventivo controllo da parte del medico consulente e della Commissione¹²⁰. Dopo l'entrata in vigore della L. n. 3/2021, infatti, chi redige, ai sensi della L. 41/2002 e delle norme attuative disposte da ogni Comunità Autonoma, delle dichiarazioni volte a esprimere in anticipo (in previsione, cioè, di una futura e ipotetica condizione di malattia e incapacità) il proprio consenso o dissenso alle cure può non solo manifestare la sua volontà di rifiutare le terapie che egli reputa lesive della sua dignità, ma anche obbligare i sanitari a somministrargli un farmaco letale, prefigurandosi la possibilità di versare in una condizione clinica conforme a quella che consente il legittimo accesso a tale trattamento. E ciò, in assenza di una domanda ipotetica di *ayuda para morir* che sia reiterata e informata, in modo da assicurare la genuinità e la consapevolezza della volontà sottesa alla domanda medesima¹²¹. La richiesta eutanasi anticipata, infatti – a differenza della diversa circostanza in cui il paziente abbia da sé espresso una volontà attuale di accedere a un simile trattamento, divenendo incapace solo dopo l'accoglimento dell'istanza – non è espressa a esito di un processo deliberativo ponderato, condotto insieme al medico e concluso con un'ulteriore dichiarazione di consenso informato. La recente legislazione statale si è limitata, piuttosto, ad ampliare l'ambito applicativo delle dichiarazioni mediante cui la persona adulta e capace d'agire può decidere, *ex ante*, se sottoporsi o meno a una terapia (nonché stabilire la destinazione del suo corpo e dei suoi organi dopo la morte), senza apportare alcuna modifica alle diverse normative locali che regolano la formazione di simili volontà¹²². Una siffatta scelta si pone, ad ogni modo, in contrasto con l'attenzione riservata dal legislatore statale all'autonomia e all'indipendenza del malato che ricerca l'assistenza dei sanitari per morire. La domanda *de ayuda para morir* richiede, infatti, il rispetto di requisiti assai più stringenti di quelli necessari, a norma dell'art. 8 della L. n. 41/2002, per esprimere il consenso o dissenso informato ai trattamenti. A differenza di queste ultime dichiarazioni di volontà, la predetta richiesta non può essere formulata verbalmente in

¹¹⁸ Art. 6(4), L. 3/2021.

¹¹⁹ Con riguardo al ruolo del rappresentante designato mediante le *instruccion previas*, quale interlocutore che non può in alcun caso sostituirsi o modificare la volontà del paziente si vedano le considerazioni di U. ADAMO, *Sulla disciplina giuridica delle instrucciones previas nell'ordinamento spagnolo*, cit., 7.

¹²⁰ Art. 9, L. 3/2021.

¹²¹ Così, espressamente l'Art. 5(2), il quale prevede l'inapplicabilità delle disposizioni di cui al primo comma, lettere b), c) ed e), nel caso in cui il paziente attualmente incapace abbia redatto delle disposizioni anticipate di trattamento.

¹²² L'Art. 11(2) L. 41/2002 prevede, infatti, che le *instruccion previas* di ogni persona devono sempre essere specificate per iscritto rimettendo, tuttavia, a ogni ordinamento locale (*rectius* «a ogni servizio sanitario») l'indicazione degli ulteriori requisiti procedurali, nonché formali e sostanziali, eventualmente necessari affinché tali disposizioni siano vincolanti.

un'unica soluzione¹²³ da un paziente che decida di rinunciare a ogni informazione sulle terapie suggerite dai medici o da lui stesso prescelte¹²⁴, né essere il frutto di una deliberazione congiunta del paziente incapace d'agire e del suo rappresentante¹²⁵, ovvero essere espressa da un minore che sia capace di discernimento¹²⁶.

Da un simile angolo visuale, si coglie la distanza che separa – almeno in linea di principio – l'approccio del legislatore spagnolo da quello della Corte costituzionale italiana, la quale ha inteso sottoporre (salvo che per le integrazioni consistenti nella previsione di controlli preventivi di legittimità e del diritto all'obiezione di coscienza dei sanitari) la manifestazione di volontà volta a ricevere il suicidio assistito alla disciplina normativa che regola il rifiuto ai trattamenti di cui alla L. 219/2017¹²⁷. Sotto il profilo sostanziale, però, è doveroso rilevare che la legislazione da ultimo richiamata subordina già, a differenza dell'omologa normativa straniera in materia di consenso informato, il diritto di rifiutare o revocare le cure al rispetto di alcuni rigidi requisiti, tra cui la forma scritta (o altra idonea a offrire pari garanzia di certezza) e la piena capacità d'agire del paziente¹²⁸; condizioni, queste ultime, presenti nella recente *Ley Organica* per la sola formulazione di una richiesta preliminare alla dichiarazione di consenso informato a un trattamento eutanasi.

5. L'attuale prospettiva del legislatore italiano sull'eutanasia e il suicidio medicalmente assistito. Brevi osservazioni de iure condendo

La fine della vita delle persone sofferenti e affette da patologie per le quali non vi sono terapie efficaci o, comunque, conformi alla volontà dei diretti interessati è stata, nel recente passato, una questione per nulla trascurata dal legislatore italiano il quale, al contrario – così con la legge n. 38 del 2010,

¹²³ L'art. 2, comma 4, della L. 41/2002 prevede, tuttavia, che il rifiuto del trattamento debba essere registrato per iscritto.

¹²⁴ L'Art. 9, della L. 41/2002 consente, infatti, a ogni paziente di esprimere il desiderio di non essere informato. In tal caso, la sua volontà verrà documentata e rispettata dai medici, senza che ciò pregiudichi il suo diritto di esprimere comunque il consenso ai trattamenti: «Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención».

¹²⁵ Il riferimento è all'art. 9 della L. 41/2002, il quale disciplina le ipotesi di «consentimiento por representación», precisando (così, in particolare, ai commi sesto e settimo, del tutto in linea con le norme della Convenzione di Oviedo) che il consenso espresso dal rappresentante legale o da persone legate per motivi familiari o di fatto al paziente deve sempre essere preso nel migliore interesse del paziente, appropriato alle circostanze e proporzionato ai bisogni da soddisfare, nonché nel rispetto della sua dignità personale. Il paziente deve essere, inoltre, coinvolto nel processo decisionale, valorizzando la sua capacità di comprensione.

¹²⁶ La legislazione spagnola in materia di consenso informato ai trattamenti sanitari sui minori vieta, infatti, all'art. 9, comma 4, che il predetto consenso possa essere espresso da un rappresentante legale se il paziente è infrasedicenne o emancipato. Inoltre, al precedente comma 3 – senza fare alcun riferimento all'età anagrafica del paziente – si precisa che l'intervento del rappresentante è possibile quando il minore non sia capace né intellettualmente né emozionalmente di comprendere la portata dell'intervento. In questo caso, il consenso lo darà il rappresentante legale del minore dopo aver ascoltato la sua opinione ai sensi dell'art. 9 della *Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*, se questi è sufficientemente maturo; maturità, quest'ultima, presuntivamente sussistente per legge sin dall'età di dodici anni.

¹²⁷ Il riferimento è alla sentenza n. 242/2019 (*supra*, par. 2).

¹²⁸ Art. 1, comma quinto, L. 219/2017.

per l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore¹²⁹ e con la legge n. 219 del 2017, in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento – ha provveduto a conformare l'assistenza sanitaria statale, in tali delicati contesti, al rispetto dei principi di solidarietà, autodeterminazione e dignità, in favore del malato¹³⁰. Ai medici, infatti, è fatto divieto di somministrare ogni trattamento clinicamente utile (anche al solo e limitato fine di consentire la sopravvivenza umana) senza il consenso informato (attuale o anticipato) del paziente, con l'obbligo, altresì, di assisterlo con delle cure lenitive, affinché il percorso che conduce al decesso sia per quest'ultimo il più possibile indolore¹³¹. Colui che attende di morire non può, però, conseguire dal professionista un altro servizio assistenziale, del pari farmacologico, per rendere rapido, nonché aderente ai personali canoni di dignità, il proprio congedo dalla vita, posto che una tale condotta sanitaria, seppur lecita (almeno con riguardo al suicidio assistito) dopo la sentenza n. 242/2019, non possiede ancora alcuna concreta disciplina legislativa, che le consenta di essere a pieno operativa¹³².

Proprio nell'ipotesi da ultimo richiamata, cioè quella in cui il paziente desidera anticipare il momento della propria morte con l'aiuto del medico, i principi giuridici di autonomia, dignità e solidarietà appaiono privi di effettività e bisognosi, dunque, di un accorto intervento dell'organo politico; intervento che, anche questa volta, non sembra essere mancato, a seguito delle sollecitazioni delle corti (e dei cittadini) in materia di fine vita¹³³. Le Commissioni riunite, Giustizia e Affari Sociali, della Camera dei Deputati si apprestano, infatti, ad adottare un testo base unificato in tema di eutanasia, sul quale riferire all'Assemblea¹³⁴ una volta completato l'esame preliminare delle diverse proposte di legge presentate nel corso della XVIII legislatura e abbinare *ratione materiae*¹³⁵. È opportuno, pertanto, esaminare il documento unitario ancora in corso di approvazione da parte delle Commissioni, il quale è aderente, in titolo, forma e contenuti (salvo che per delle minime, ma significative modifiche, di cui si darà conto), alla proposta di legge n. 3101 del 10 maggio 2021, intitolata "Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita"¹³⁶.

¹²⁹ Tale legge ha costituito, più esattamente, l'esito di un percorso normativo già avviato nel 1999 con la legge n. 39, la quale ha riconosciuto a ogni cittadino il diritto di accedere alle cure palliative e ha previsto un programma nazionale per la creazione, su base regionale, di strutture residenziali di cure palliative.

¹³⁰ Cfr. Art. 1, comma terzo, lett. a), L. 15 marzo 2010, n. 38 e Art. 1, comma primo, L. 22 dicembre 2017, n. 219.

¹³¹ La L. 219/2017, all'art. 2, primo comma, prevede, espressamente, che «il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38».

¹³² Più diffusamente, *supra*, par 2.

¹³³ Il riferimento è all'approfondito lavoro di E. BUCALO, G. GIAIMO (*Le sollecitazioni delle Corti e l'inerzia del legislatore in tema di suicidio assistito. Un confronto tra Italia e Inghilterra*, 2019, pp. 171-197) pubblicato su questa Rivista.

¹³⁴ Tale facoltà è prevista all'art. 77, comma terzo, del Regolamento della Camera dei Deputati.

¹³⁵ *Supra*, par. 2, nota n. 52.

¹³⁶ È possibile seguire l'esame preliminare (iniziato il 30 gennaio 2019 e ancora in corso) delle Commissioni sulle abbinare proposte di legge in materia di "Rifiuto di trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia" sul sito della Camera dei Deputati al seguente link: <https://bit.ly/3kNREMG>.

La proposta normativa che regola l'accesso legittimo alle pratiche eutanasiche in Italia manifesta, sin dall'apertura – mediante il richiamo alle fonti nazionali e internazionali¹³⁷ – l'obiettivo di dare massimo risalto alla dignità del paziente nella fase finale della sua esistenza, lasciando che la volontà di quest'ultimo, se libera e consapevole, prevalga sulla sua stessa vita¹³⁸. Ogni persona affetta da patologie irreversibili o con prognosi infausta può richiedere, infatti – nel rispetto delle condizioni e dei limiti previsti dal legislatore – che il suo decesso sia cagionato «da un atto autonomo con il quale [...] si pone fine alla propria vita in modo volontario, dignitoso e consapevole, con il supporto e la supervisione del Servizio Sanitario Nazionale»¹³⁹. La definizione di una siffatta nuova facoltà individuale appare, tuttavia, parecchio vaga e imprecisa, in quanto essa è del tutto priva – tanto nella disposizione che delinea il significato dei termini adoperati nel testo, quanto nelle restanti parti dell'articolato medesimo – di riferimenti lessicali che possano rendere univoci i caratteri dell'istituto e assicurare, altresì, che esso risponda ai criteri di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. In seno al documento, infatti, non si fa mai menzione delle categorie in cui sono solite essere classificate le pratiche eutanasiche attive (eutanasia e suicidio assistito), benché proprio l'utilizzo di tali lemmi appaia di massima utilità per trasmettere con chiarezza ai cittadini il contenuto innovativo delle disposizioni legislative¹⁴⁰. La possibilità per l'interprete di procedere a una disambiguazione a riguardo sembra essere esclusa, inoltre, dall'altrettanto incerto contenuto dell'unica previsione che disciplina l'attività di «supporto e supervisione» dei sanitari che operano entro la rete di assistenza nazionale in favore del morente. L'art. 5 non indica, infatti, quale sia il tipo di prestazione erogata al paziente che chiede la morte volontaria medicalmente assistita, limitandosi, piuttosto, a porre sulla Direzione Sanitaria dell'Azienda Sanitaria Territoriale o Ospedaliera di riferimento soltanto l'obbligo generico di «attivare le verifiche necessarie a garantire che il decesso della persona malata» – quale fatto assimilato a tutti gli effetti di legge a una morte naturale¹⁴¹ – avvenga nel rispetto della dignità di quest'ultima, presso

¹³⁷ L'art. 1 (Finalità) della proposta di testo base richiama, infatti, gli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, l'art. 8 della Cedu, nonché gli artt. 1, 3, 4, 6 e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

¹³⁸ Si rileva, infatti – a sostegno del convinto bilanciamento effettuato dal legislatore nazionale in seno al predetto testo normativo – il mancato richiamo all'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che tutela espressamente il diritto alla vita.

¹³⁹ Art. 2 (Definizione) della proposta di testo base.

¹⁴⁰ Si precisa che tra le proposte di legge abbinata, solo la proposta n. 1875, all'Art. 2, distingue, in modo puntuale, tra eutanasia e suicidio assistito, prevedendo – a determinate condizioni – la liceità di entrambe (per una puntuale analisi della suddetta normativa, v. G. GIAMO, *Considerazioni sparse, in chiave comparatistica, sulle proposte di legge in materia di eutanasia e di suicidio medicalmente assistito*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 27-41). Le altre, al contrario, si limitano a prevedere la non punibilità – ai sensi degli artt. 575, 579, 580 e 593 – del medico che abbia praticato, su richiesta e nel rispetto della legge, un «trattamento eutanastico» (così Art. 1, proposta n. 1655; Art. 3, proposta n. 2; Art. 3, proposta n. 1418); ovvero a riconoscere la legittimità della sola «somministrazione, da parte di personale medico qualificato, di farmaci aventi lo scopo di provocare la morte immediata del paziente senza dolore o sofferenze», senza contemplare l'ipotesi del suicidio assistito (così, Art. 1, proposta n. 1586). In senso del tutto opposto alle proposte precedenti, si pone la n. 1888, la quale, all'Art. 1, prevede che «Se il fatto è commesso nei confronti di una persona tenuta in vita solo mediante strumenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile fonte di intollerabile sofferenza, si applica la reclusione da sei mesi a due anni quando l'autore convive stabilmente con il malato e agisce in stato di grave turbamento determinato dalla sofferenza dello stesso. Non si applicano le disposizioni del secondo comma».

¹⁴¹ Art. 5(8), proposta di testo base.

il suo domicilio (ovvero, se ciò non è possibile, in altra struttura ospedaliera o residenziale pubblica)¹⁴² e alla presenza di un medico¹⁴³. L'indefinito richiamo all'autonomia dell'atto che conduce alla morte, di cui all'art. 2, potrebbe essere inteso, pertanto, tanto in termini materiali, per indicare la sola legittimità del suicidio medicalmente assistito; quanto riferito alla natura negoziale della volontà dichiarata dal paziente, attribuendo degli effetti giuridici vincolanti alla manifestazione dell'intento suicidario di quest'ultimo, qualunque sia il contributo esterno (prescrizione o somministrazione del farmaco letale) che agevola il rapido e indolore conseguimento della morte. Nella prima delle due ipotesi, tuttavia – vale a dire quella che ricalca fedelmente la pronuncia dei giudici costituzionali – il rischio è di circoscrivere eccessivamente, pur in assenza delle stringenti limitazioni che ineriscono all'oggetto e ai parametri di un giudizio di costituzionalità, l'operatività di una normativa tesa, almeno in astratto, a rafforzare, senza distinzioni, i diritti fondamentali delle persone malate che versano in gravi e intollerabili condizioni di vita, trascurando la situazione di quanti non possono ingerire, in modo autonomo, una sostanza che cagioni loro una morte immediata¹⁴⁴. Ciò che emerge con chiarezza dalla proposta legislativa, ad ogni modo, è che l'assistenza dei sanitari in favore del paziente che chiede l'aiuto dei medici per anticipare la sua morte debba rispondere – qualunque sia la modalità concreta in cui si palesa una tale condotta legittima, ai sensi della normativa – a una duplice finalità. In primo luogo, una siffatta assistenza deve essere fornita soltanto a coloro che ne abbiano fatto richiesta in piena autonomia e allo scopo di porre fine alle sofferenze prodotte (in modo diretto o indiretto) dalla malattia; e non compromettere, in secondo luogo, la vita di quanti – più vulnerabili a causa di pressioni esterne o di una condizione di incapacità – abbiano esternato, senza convinzione né contezza, la volontà di morire.

Con riguardo al primo dei profili sopra richiamati, la normativa riconosce la possibilità di porre termine, con l'aiuto dei medici, alla propria esistenza solo al paziente che risponda a dei precisi requisiti soggettivi e oggettivi. È, infatti, necessario che il malato sia, da un lato, capace di autodeterminarsi e non più in grado di sopportare le sofferenze fisiche o psicologiche che derivano dalla patologia; e che lo stesso sia, dall'altro lato, una persona maggiorenne e affetta da una malattia (o disabilità) irreversibile (o a prognosi infausta), nonché sottoposta a dei trattamenti di sostegno vitale e, infine – benché tale ultimo ulteriore presupposto appaia defettibile se il paziente stesso vi abbia rinunciato – inserita in un percorso di cure palliative¹⁴⁵. Tali condizioni oggettive si discostano, tuttavia, dal disegno di legge¹⁴⁶ che ha fatto da modello alla proposta normativa in esame, nella parte in cui quest'ultima non include tra i pazienti meritevoli di tale assistenza anche quanti non siano dipendenti da macchine che sopperiscano alle loro disfunzioni organiche, ma necessitino di trattamenti farmacologici o, sem-

¹⁴² Art. 5(5), proposta di testo base.

¹⁴³ La proposta di testo base sembra distinguere gli obblighi del SSN da quelli del medico che esegue il trattamento. L'art. 4, comma secondo, precisa, infatti, che «la richiesta di morte volontaria medicalmente assistita deve essere indirizzata al medico di medicina generale o al medico che ha in cura il paziente ovvero a un medico di fiducia», il quale sembra coincidere con «il medico presente all'atto del decesso», ai sensi dell'art. 5(7), che deve accertare il persistere della volontà di morte volontaria medicalmente assistita del paziente e la sussistenza delle condizioni per la sua legittimità.

¹⁴⁴ Tale rilievo è stato più volte mosso nel corso delle audizioni informali del 3 giugno 2021, successive alla presentazione della proposta di testo base unificato e visibili su <https://webtv.camera.it/evento/18293>.

¹⁴⁵ Art. 3, commi 1 e 2, proposta di testo base.

¹⁴⁶ Art. 3, comma secondo, lett. c), Proposta di legge n. 3101, del 10 maggio 2021.

plimente – data l’incapacità di provvedere da soli ai propri bisogni quotidiani – dell’aiuto dei terzi per vivere. Una simile esclusione trasmette non solo una certa disattenzione politica verso le difficoltà già riscontrate dai pazienti che hanno rivolto le loro istanze ai giudici di merito¹⁴⁷, ma è anche rivelatrice della principale preoccupazione legislativa, la quale – come già rilevato – appare essere, in definitiva, quella di non allontanarsi affatto dal tracciato indicato dai giudici costituzionali, pur a costo di creare delle notevoli disuguaglianze tra tutti i malati riconducibili a una medesima e comune categoria. La sottoposizione del paziente alle terapie di sostegno vitale è, infatti, una condizione del tutto eccedente l’ottica solidale (volta, cioè, a dare sollievo ai malati che attendono di morire, senza poter governare con tempi e modalità per loro più dignitosi un tale inarrestabile processo) sottesa a un siffatto intervento normativo; soprattutto se – in chiaro contrasto coi principi che regolano la relazione medico-paziente – tali terapie, a differenza di quelle lenitive, finiscono per non poter essere rifiutate dal malato, il quale è costretto ad acconsentire alla loro somministrazione per poter poi chiedere assistenza per morire¹⁴⁸. Ciò che forse sarebbe stato opportuno nella predisposizione di una simile disciplina unitaria è, al contrario, un’integrazione dei criteri obiettivi previsti dalla proposta di legge n. 3101 per individuare le persone legittimate a chiedere il trattamento mortifero, inserendo tra questi – così come fatto dal legislatore spagnolo – un requisito di nazionalità o residenza, utile a evitare che il Paese diventi meta ambita per coloro che provengono da ordinamenti in cui tali pratiche sono ancora vietate; nonché – alla stregua di quanto previsto nella proposta n. 1875 del 30 maggio 2019 – un ulteriore riferimento alla malattia psichiatrica, quale patologia inidonea per eccedere al trattamento medesimo¹⁴⁹.

Con riguardo alla seconda delle finalità proprie della provvisoria normativa sulla morte medicalmente assistita, cioè la tutela della vita dei pazienti che versano in condizioni di particolare fragilità, essa è perseguita attraverso una serie di garanzie, volte ad accogliere la deliberazione della persona che dichiara di volere morire, soltanto se riferibile a un malato che – in possesso di tutti i requisiti soggettivi e oggettivi prima indicati – sia in grado di formulare una richiesta “informata”, “consapevole”, “libera” ed “esplicita”¹⁵⁰. A ben vedere, tuttavia, tra i caratteri appena menzionati, l’unico che la normativa sembra (in parte) in grado di assicurare è quello formale, cioè relativo alla modalità di esternazione della dichiarazione, la quale deve essere indirizzata a un medico di fiducia del paziente¹⁵¹ e manifestata per iscritto, nelle forme previste dall’articolo 602 del codice civile, ovvero con altre ido-

¹⁴⁷ Il riferimento è al caso Trentini, deciso dalla Corte d’Assise di Massa (*supra*, par. 2, nota n. 40).

¹⁴⁸ In senso analogo, L. D’AVACK, *L’aiuto al suicidio medicalizzato sotto il controllo della Corte Costituzionale*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2019, 1707 ss. Con riguardo alla rilevanza di un tale requisito nel ragionamento condotto dalla Corte costituzionale, volto a garantire, invece, una parità di trattamento tra tutti i pazienti sottoposti a delle terapie di sostegno vitale, senza distinguere tra quelli che possono rifiutare queste ultime ottenendo una morte istantanea (cd. cure di salvataggio immediato) e quelli che, invece (come Fabiano Antoniani), non avrebbero potuto ottenere un tale esito, cfr. M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, cit., 6.

¹⁴⁹ Art. 3, comma primo, proposta di legge n. 1875 del 30 maggio 2019.

¹⁵⁰ Art. 4(1), proposta di testo base.

¹⁵¹ Art. 4(2), proposta di testo base, prevede che: «La richiesta di morte volontaria medicalmente assistita deve essere indirizzata al medico di medicina generale o al medico che ha in cura il paziente ovvero a un medico di fiducia».

nee a comunicare, inequivocabilmente, la volontà di un malato che non possa redigere con forme olografe la decisione di rinunciare alla propria vita¹⁵².

Non sono, invece, previste delle particolari cautele (quali, ad esempio, seguendo il modello spagnolo, la necessità che il paziente sia visitato da almeno due professionisti tra loro indipendenti, ovvero che la dichiarazione sia formulata alla presenza del medico, nonché a esito di un'ulteriore manifestazione di volontà da parte dell'istante, successiva all'adempimento di alcuni obblighi informativi del professionista) per assicurare, *ex ante*, che l'istanza provenga da un malato che versi nelle condizioni, oggettive e soggettive, richieste dalla legge. Ciò che sembra mancare, in particolare, è la predisposizione di controlli utili ad accertare, in concreto, che la richiesta di morte medicalmente assistita sia una sicura espressione della volontà del richiedente (e non riferibile ad altri che abbiano, anche senza il suo consenso, redatto, datato e sottoscritto il documento¹⁵³), formatasi in modo indipendente e a esito di un'accurata e consapevole valutazione da parte dell'interessato stesso circa la propria situazione, le cure disponibili, nonché gli effetti e modalità del trattamento¹⁵⁴. In primo luogo, infatti, il medico che riceve l'istanza – l'unico che può valutare la condizione clinica e psicologica del paziente – ha soltanto un generico e burocratico obbligo di provvedere alla redazione di un rapporto sulle condizioni cliniche del malato, nel quale registrare, altresì, le motivazioni che hanno indotto quest'ultimo a formulare la richiesta di morire, precisando se il malato medesimo sia stato o meno informato circa la propria condizione clinica, la prognosi e le alternative terapeutiche e palliative disponibili¹⁵⁵. L'impressione è, dunque, che la domanda di morte volontaria e medicalmente assistita non debba essere esaminata dal medico (magari con l'assistenza di altro personale specializzato) adempiendo a efficaci e scrupolosi obblighi professionali, tra cui rientrano senza dubbio anche quelli informativi, utili ad accertare che l'istanza provenga da una persona ancora nel pieno delle sue facoltà, che abbia operato una tale scelta al riparo da interferenze esterne, senza esservi stato indotto da una falla della rete di assistenza familiare o statale. Al contrario, la mera redazione del rapporto prima indicato soddisfa la necessità legislativa di salvaguardare la vita del paziente, formando – insieme alla domanda di quest'ultimo e alla sua cartella clinica – la base istruttoria sulla quale, entro sette giorni, un organo collegiale, multidisciplinare, indipendente e autonomo, cioè il Comitato per l'etica

¹⁵² Art. 4(1), proposta di testo base.

¹⁵³ Si segnala che la proposta normativa sembra aver voluto ridurre l'elevato grado di formalismo rinvenibile nella soluzione suggerita dal progetto legislativo n. 1875, il quale prevede – oltre all'integrale autografia del documento – la presenza, altresì, di due testimoni. In realtà, proprio quest'ultima cautela appare essere quella più utile per assicurare l'autenticità e la paternità della dichiarazione, posto che la forma olografa – come riconosciuto dal testo base medesimo – non è sempre praticabile per chi versa in gravi, irreversibili e dolorose condizioni di salute.

¹⁵⁴ A riguardo – benché anche questa non preveda alcun duplice e indipendente controllo medico sul paziente – la proposta di legge n. 1875 è assai più precisa. L'art. 4(3) dispone, infatti, che: «Il personale medico è tenuto ad accertare preliminarmente che sussistano le condizioni di cui all'articolo 3 e che permanga nel paziente l'intenzione di procedere al suicidio medicalmente assistito o al trattamento eutanasi, verificando che sia consapevole e informato della situazione clinica e della prognosi, nonché dei trattamenti sanitari ancora attuabili e del diritto di accedere alle cure palliative, fornendo un adeguato supporto anche psicologico finalizzato al sostegno del paziente e all'informazione sulle possibili e dignitose alternative alla scelta fatta».

¹⁵⁵ Art. 5(3), proposta di testo base.

nella clinica (*infra*), procederà ad accogliere o rigettare l'istanza eutanastica¹⁵⁶. Neppure quest'ultimo organo, tuttavia, provvede ad accompagnare il paziente nell'attenta e lucida ponderazione della sua richiesta, posto che il suo giudizio si compie solo su base documentale.

L'unica previsione che sembra cogliere nel segno circa l'opportunità di condurre un'attenta verifica della volontà espressa dal malato è quella contenuta al settimo comma dell'articolo cinque, della proposta di testo base, il quale pone sul medico presente all'atto del decesso l'obbligo di accertare i presupposti soggettivi e oggettivi richiesti per accedere a tale forma di assistenza, eventualmente avvalendosi della collaborazione di uno psicologo¹⁵⁷, dal momento che, anche in circostanze di tempo e di luogo ormai prossime al compimento dell'atto eutanastico, il paziente può revocare la propria richiesta di morire, senza dover rispettare alcun vincolo di forma¹⁵⁸. Tale tardiva garanzia a tutela dell'autodeterminazione del paziente – successiva all'attestazione di legittimità della sua richiesta, nonché delle modalità di esecuzione di quest'ultima, da parte, rispettivamente, del Comitato etico e dell'Azienda sanitaria – non pare, tuttavia, sufficiente per assicurare l'effettiva libertà e consapevolezza del paziente medesimo il quale, a fronte di una siffatta sollecitazione, potrebbe ormai sentirsi obbligato a portare avanti il trattamento ovvero, al contrario, essere indotto (a causa di una sopravvenuta incapacità) a rifiutare lo stesso, nonostante la serietà e genuinità dell'originaria richiesta. A riguardo, però, la posizione degli estensori della proposta normativa risulta molto chiara: la morte medicalmente assistita è concessa solo al paziente che sia, sino alla fine, in grado di esprimere in piena autonomia tale richiesta, senza consentire, dunque, che un farmaco letale possa essere somministrato a un individuo incosciente o incapace, che abbia in precedenza prestato il consenso al suddetto trattamento. L'opportunità di una simile limitazione del diritto di autodeterminazione della persona malata e capace d'agire che – pur in assenza di tutti i requisiti per ricevere l'assistenza medica per morire, salvo che per la maggiore età e la capacità di prendere decisioni libere e consapevoli – versi in condizioni patologiche attuali e degenerative, ovvero si prefiguri una tale possibilità in futuro, appare non comprensibile, dato che una previsione siffatta non esclude che tali pazienti possano, comunque, ai sensi degli articoli 4 e 5 della L. 219/2017, rifiutare ogni terapia per mezzo delle DAT o pianificando coi medici le cure, in attesa che sopravvenga la morte naturale. Nell'ottica di manifestare e rinnovare, mediante l'adozione di una disciplina legislativa di nuova introduzione, massima comprensione e attenzione per i bisogni della persona morente, la disposizione richiamata sembra spostare il fuoco dell'attenzione dalla sofferenza del paziente che ritiene per sé dignitoso morire in modo rapido, procedendo a distinguere due situazioni (il rifiuto delle terapie e la richiesta di somministrazione di un farmaco letale) che, come rilevato dagli stessi Giudici costituzionali, possiedono – data l'oggettiva gravità e irrecuperabilità della patologia – dei contorni assai sfumati¹⁵⁹.

È bene compiere, adesso, alcune finali notazioni riguardo al progetto normativo che potrebbe costituire la base della futura legislazione italiana in materia di anticipazione (volontaria e medicalmente assistita) della fine della vita dei malati, rilevando – contrariamente a quanto prima osservato – due

¹⁵⁶ Art. 5(4), proposta di testo base.

¹⁵⁷ Art. 5(7), proposta di testo base.

¹⁵⁸ Art. 4(1), proposta di testo base.

¹⁵⁹ Tra le proposte di legge abbinate, tuttavia, soltanto le n. 1655 e n. 1586, rispettivamente, agli artt. 1 e 3, prevedono una modifica della legge n. 219/2017, affinché sia riconosciuta la possibilità al paziente di redigere delle disposizioni anticipate di trattamento per chiedere assistenza medica per morire.

significativi elementi che indicano una certa distanza dal tracciato segnato dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 242/2019. In particolare, occorre evidenziare che – a differenza del suggerimento dato dalla Consulta – l’organo incaricato di svolgere il preventivo controllo di legittimità sulla richiesta eutanasi del paziente è un Comitato etico non coincidente con quello territoriale che è preposto alla valutazione degli aspetti della pratica clinica connessi ai protocolli di sperimentazione diagnostica, terapeutica e riabilitativa¹⁶⁰. Il Comitato per l’etica nella clinica ha, invece, la precisa funzione di consentire la solida costruzione di un’alleanza terapeutica tra il medico e il paziente in seno alla struttura sanitaria, componendo ogni possibile contrasto o incomunicabilità tra questi ultimi, che impedisca al paziente medesimo di esprimere il consenso o il dissenso informato ai trattamenti¹⁶¹. Appare, pertanto, almeno in astratto, del tutto opportuna la proposta di una loro istituzione da parte della normativa in esame, posto che si è in presenza di una dichiarazione di volontà del malato eticamente divisiva e che mira a coinvolgere i medici nell’esecuzione di atti diretti a provocare il decesso del paziente¹⁶². L’attività riservata dal possibile testo base ai predetti organi collegiali, tuttavia – a un esame più attento della disciplina in esso contenuta – è assai differente da quella consultiva che dovrebbe essere affidata a tali Comitati i quali, come sopra accennato, assumono (su base documentale) la determinazione finale che consente, se favorevole, la prosecuzione delle ulteriori verifiche da parte dell’Azienda Sanitaria, nonché, infine, l’erogazione del trattamento. Il parere motivato e obbligatorio del Comitato etico è, pertanto, sempre vincolante per il paziente¹⁶³, benché non vi siano specifici rimedi (amministrativi o giurisdizionali) che consentano a quest’ultimo di opporsi a un eventuale pronuncia di diniego. Ciò che non è chiaro, invece, è quale sia la cogenza della delibera nei confronti dei sanitari, soprattutto nel caso in cui la richiesta di assistenza per morire sia stata accolta dal suddetto organo. A differenza dell’emanazione di un parere negativo, infatti – il quale rende punibile, se disatteso, la condotta di coloro che hanno comunque aiutato il malato ad attuare il suo volere¹⁶⁴ – il pare-

¹⁶⁰ La possibilità dei Comitati di cui all’articolo 12, commi 10 e 11, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, così come disciplinati dal Decreto dell’8 febbraio 2013, del Ministero della Salute (Criteri per la composizione e il funzionamento dei Comitati etici), di svolgere delle funzioni consultive è, infatti, solo residuale: «[...] ove non già attribuita a specifici organismi, i Comitati etici possono svolgere anche funzioni consultive in relazione a questioni etiche connesse con le attività scientifiche e assistenziali, allo scopo di proteggere e promuovere i valori della persona. I Comitati etici, inoltre, possono proporre iniziative di formazione di operatori sanitari relativamente a temi in materia di bioetica» (Art. 1(2), D.M. 8 febbraio 2013).

¹⁶¹ CNB, *I Comitati per l’etica nella clinica*, parere del 31 marzo 2017, 11.

¹⁶² Cfr. G. BATTAGLIA, *L’etica clinica” nelle determinazioni effettive del biodiritto: quale (possibile) ruolo per i comitati etici nell’ambito del fine vita?*, in *DPCE online*, 2020, 3429-35, 3431.

¹⁶³ Nel corso delle audizioni informali condotte durante l’esame preliminare delle proposte di legge abbinata in materia di rifiuto ai trattamenti e liceità dell’eutanasi, sono emerse, tuttavia, delle opinioni contrarie a riguardo (si veda, in particolare, l’audizione del 3 giugno, relativa alla proposta di testo base, nonché quella del 29 ottobre 2020, visibili su <https://webtv.camera.it>).

¹⁶⁴ Tale conclusione è suggerita dalla formulazione del comma quinto dell’Art. 5 della proposta di testo base, in cui si prevede che «Ove il parere sia favorevole, il medico lo trasmette, con tutta la documentazione in suo possesso, alla direzione sanitaria dell’azienda sanitaria territoriale o alla direzione sanitaria dell’azienda ospedaliera di riferimento, che esegue le verifiche necessarie a garantire che il decesso avvenga nel rispetto delle modalità di cui al comma 1, presso il domicilio del paziente o, qualora ciò non sia possibile, presso una struttura ospedaliera o una struttura sanitaria residenziale pubblica». È chiaro, pertanto, che in assenza di un tale assenso, il medico che proceda ad assistere il paziente per morire incorre in responsabilità penale, non godendo dell’esclusione di punibilità prevista all’art. 7 del testo normativo medesimo per coloro che «abbiano

re favorevole del Comitato all'assistenza medica per la morte volontaria non sembra produrre sul personale delle strutture sanitarie pubbliche l'obbligo di adempiere alla prestazione eutanasi, ma solo di "attivare" (e non procedere, come previsto dall'analoga proposta di legge) le verifiche necessarie affinché sia corretta la sua erogazione, fornendo, altresì, un luogo dove questa possa essere eseguita, nel caso in cui non possa realizzarsi presso il domicilio del paziente¹⁶⁵. L'erogazione della prestazione sanitaria, pertanto (la prescrizione, cioè, del farmaco letale e, se si considera ricompresa dalla normativa, anche la somministrazione di quest'ultimo) è rimessa alla discrezionalità di un professionista che acconsenta a fornire una simile assistenza, senza assicurare all'avente diritto l'attuazione della sua pretesa. Proprio con riguardo a questo specifico profilo, sarebbe stato meglio procedere a un puntuale recepimento delle indicazioni dei Giudici costituzionali, prevedendo – in linea, altresì, con la soluzione fatta propria dal legislatore spagnolo – la possibilità dei singoli medici di non prendere parte al trattamento dichiarando, per tempo e in forma documentata, la propria obiezione di coscienza a una prestazione che si auspica possa comunque essere garantita dal servizio sanitario nazionale, in favore di ogni persona malata che soddisfi tutti i requisiti di legge¹⁶⁶.

attuato o concorso ad attuare la procedura di morte volontaria medicalmente assistita, né a coloro che abbiano agevolato in qualsiasi modo la persona malata nell'attivare, istruire e portare a termine la predetta procedura, qualora essa sia eseguita nel rispetto delle disposizioni della presente legge».

¹⁶⁵ Art. 5(5), proposta di testo base.

¹⁶⁶ A riguardo, si segnala per completezza e precisione, la proposta di legge n. 1875, la quale all'art. 6 prevede che: «Il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure del suicidio medicalmente assistito e del trattamento eutanasi quando sollevi obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione. La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge al direttore dell'azienda sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera competente. 2. L'obiezione di coscienza può essere sempre revocata o essere proposta anche al di fuori dei termini di cui al comma 1 e in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla data della sua presentazione. 3. L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a consentire al paziente l'esecuzione del suicidio medicalmente assistito o a effettuare il trattamento eutanasi, ma non dall'assistenza antecedente e conseguente. 4. Le strutture del Servizio sanitario nazionale, con le modalità previste dal regolamento di cui all'articolo 8, sono tenute a garantire il rispetto della volontà manifestata ai sensi dell'articolo 3. Qualora tale diritto non sia garantito, la struttura del Servizio sanitario nazionale, ferme restando le conseguenze penali o civili, deve provvedere al risarcimento del danno morale e materiale provocato».

Il cammino indicato dalla Corte costituzionale per la disciplina del suicidio medicalmente assistito fra giurisprudenza di merito e perdurante attesa del legislatore

Maria Esmeralda Bucalo*

THE PATH INDICATED BY THE CONSTITUTIONAL COURT TO THE LEGISLATION OF MEDICALLY ASSISTED SUICIDE BETWEEN SUBSTANTIVE JURISPRUDENCE AND ONGOING EXPECTATION OF THE LEGISLATOR
ABSTRACT: The study aims to investigate the indicator path from the sentence of the Constitutional Court n. 242/2019 on medically assisted suicide. Pending the approval of the legislative discipline, on which Parliament is currently working, deemed necessary by the Constitutional Court itself to give certainty to such an ethically delicate matter, judges are increasingly finding themselves deciding on cases of medically assisted suicide and on the both on the level of criminal law and on the level of civil law, interpreting the constitutional jurisprudence on the subject in a constitutionally compliant.

KEYWORDS: Suicidio medicalmente assistito; giurisprudenza costituzionale; giurisprudenza di merito; disciplina legislativa

SOMMARIO: 1. Dove eravamo rimasti: i *segnavia* individuati dalla sentenza della Corte costituzionale n.242 del 2019 come perimetro della riflessione – 2. Il primo *segnavia*: il concetto di dignità. Spunti di riflessione tratti dalla comparazione: la giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca – 2.1. (*segue*) Spunti di riflessione a partire dalla giurisprudenza di merito – 3. Gli altri *segnavia*: la necessità di una disciplina legislativa. Il testo base proposto alla Camera e i Comitati per l’Etica nella Clinica – 3.1. (*segue*) la necessaria disciplina dell’obiezione di coscienza – 4. La proposta di referendum abrogativo manipolativo dell’art. 579 c.p. – 5. Riflessioni conclusive: dove siamo arrivati e dove dovremmo dirigerci.

1. Dove eravamo rimasti: i *segnavia* individuati dalla sentenza della Corte costituzionale n.242 del 2019 come perimetro della riflessione

La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, sulla quale si è già avuto modo di riflettere l’anno passato¹, costituisce ancora oggi, a quasi due anni dalla sua pubblicazione, fertile terreno per una riflessione sul suo “seguito”, indotta da alcune pronunce della giuri-

* Professoressa associata di Diritto Costituzionale nell’Università degli Studi di Palermo. mariaesmeralda.bucalo@unipa.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Si consenta di riferirsi qui a M. E. BUCALO, *La “circoscritta (e puntellata) area” di incostituzionalità dell’art. 580 c.p. fra self restraint della Corte costituzionale e perdurante inerzia del legislatore*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, 99 ss. e ancor prima sulla ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2019 anche nell’ottica del diritto comparato M.E. BUCALO, G. GIAIMO, *Le sollecitazioni delle Corti e l’inerzia del legislatore in tema di suicidio assistito. Un confronto tra Italia e Inghilterra*, *ivi*, 2, 2019, 171 ss.

sprudenza di merito, dalle iniziative legislative², anche negative³, nonché da alcuni spunti di riflessione indotti dalla giurisprudenza costituzionale tedesca.

Si permetta però brevemente e in via preliminare di ricordare quali sono state le innovazioni processuali e i principi di diritto sostanziale, resi dalla giurisprudenza costituzionale nell'ordinanza n. 207 del 2018 e nella sentenza n. 242 del 2019, poiché essi costituiscono il punto di partenza necessario della riflessione che segue e costituiscono i *segnavia* che indicano il sentiero verso la regolamentazione del suicidio medicalmente assistito⁴.

La dottrina ha avuto modo di dibattere lungamente sui profili processuali e sull'innovatività⁵ dell'allora inedito modulo decisorio⁶, composto da una ordinanza di "incostituzionalità prospettata"⁷ e dalla conseguente sentenza additiva a "rime possibili"⁸.

² Nella XVIII legislatura all'indomani della ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale alla Camera sono stati incardinati tre progetti di legge di iniziativa parlamentare recanti n. 1586, 1655, 1875 e 1888, abbinati insieme alla proposta di legge di iniziativa popolare presentata nei primi mesi del 2013 e mantenuta all'ordine del giorno ai sensi dell'art. 107 comma 4 del Regolamento. A questi si sono successivamente aggiunti i progetti di legge n. 1418 e n. 2982 presentato nel marzo 2021. Lo scorso 12 maggio le Commissioni riunite della Camera II Giustizia e XII Affari Sociali hanno predisposto un testo base che reca n. 3101 ed è intitolato "Rifiuto di trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia" (che si avrà modo di esaminare più avanti al § 3.1).

Per completezza bisogna segnalare che anche al Senato nella stessa XVIII legislatura nell'ottobre 2018 è stata depositata una proposta recante n. 912, assegnata alle Commissioni Riunite II Giustizia e XII Igiene e Sanità il cui esame non è ancora cominciato.

³ Quanto alle iniziative di "legislazione negativa", il riferimento va alla richiesta di *referendum* abrogativo dell'art. 579 c.p., annunciata in G.U. del 21 aprile 2021 (*infra* § 4 *ampliter*).

Sul *referendum* come forma di "legislazione negativa" da ultimo P. VIPIANA, *La "legislazione negativa": saggio su un'insolita controversa nozione di diritto costituzionale*, Torino, 2017, 24-26.

⁴ In generale sui profili giuridici dell'aiuto al suicidio dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019 si segnala l'approfondimento del Servizio Studi della Corte costituzionale *Aiuto al suicidio e profili giuridici del fine vita dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019*, (Febbraio 2021), a cura di E. LAMARQUE disponibile al seguente link https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_317-aiuto_al_suicidio_e_profili_giuridici_del_fine_vita_internet_20210224161059.pdf.

⁵ Così N. FIANO, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all'orizzonte?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2019, 577 ss., A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo l'ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *forumcostituzionale.it*, 2019; R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *forumcostituzionale.it*, 2019; F. DALCANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *forumcostituzionale.it*, 2019 e 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, 531 ss. A commento della sent. n. 242 del 2019 M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2020, 5 ss.

⁶ La tecnica decisoria pare essersi progressivamente sedimentata con l'ordinanza n. 132 del 2020 e da ultimo con ordinanza n. 97 del 2021. Con la prima la Corte costituzionale sembrava accertare l'incostituzionalità degli articoli 595 c.p. e 13 della l. n. 47/1948, ma rinviava all'udienza del 22 giugno 2021, all'esito della quale la Corte ha emesso la sentenza n. 150, depositata il 12 luglio scorso, nella quale, prendendo atto del mancato intervento del legislatore, ha dichiarato l'incostituzionalità del solo art. 13 della legge sulla stampa. Cfr. R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *forumcostituzionale.it*, 4 agosto 2020; F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista" di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 34, 2020, 182 ss. Con la seconda (depositata il 15 aprile 2021) la Corte ha rinviato all'udienza del 10 maggio 2022 la decisione relativa alla questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di Cassazione

Punti nodali della discussione la possibilità di reperire o meno un collegamento fra la prima e la seconda pronuncia⁹, la conformità totale o parziale del nuovo modello di doppia pronuncia rispetto a quello delle decisioni tedesche di incompatibilità (*Unvereinbarerklärung*)¹⁰ e l'irreparabilità del danno arrecato dallo stesso alla discrezionalità politica del legislatore¹¹.

relativamente agli art. 4-bis, comma 1, e 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nonché dell'art. 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa) che negano all'ergastolano condannato per reati di mafia e non collaborante di poter accedere alla liberazione condizionale (cd. "ergastolo ostativo"). Nell'ordinanza di rinvio il Giudice delle Leggi pare prefigurare la incostituzionalità delle disposizioni impugnate rispetto agli art. 3 e 27 Cost., tuttavia invitando il Legislatore a svolgere il compito di assicurare un adeguato bilanciamento dei diversi interessi in rilievo, poiché un suo intervento meramente «"demolitorio"» potrebbe compromettere «il complessivo equilibrio della disciplina in esame e, soprattutto, le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa» (punto 9 *cons. dir.*)

⁷ Come definita dal Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi nella relazione sulla attività della Corte per l'anno 2018.

⁸ Così R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, consultaonline, 24 aprile 2020, 32. Sul tema anche S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza rime obbligate*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2020, 297-298 e 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 *Rivista Aic*, 2, 2019, 650, che parla di attenuazione della «"la morsa delle rime obbligate"», almeno nell'ipotesi «del mancato o inidoneo intervento legislativo a seguito del monito della Corte"». In tal senso da ultimo C.B. CEFFA, *Obiezione di coscienza e scelte costituzionalmente vincolate nella disciplina sul "fine vita": indicazioni e suggestioni da una recente giurisprudenza costituzionale*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2021, 4-5.

⁹ Reperiscono un collegamento fra le due decisioni R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2020, 14 e B. PEZZINI, *Dal caso Cappato al caso Fabiano Antoniani e ritorno: i vincoli di coerenza imposti dalla ordinanza 207/2018*, in A. APOSTOLI, F. BIONDI, P. CARNEVALE, O. CHESSA, M. CECCHETTI, F. GALLO, I. PELLIZONE. B. PEZZINI (a cura di), *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza 207 del 2018 della Corte costituzionale*, Firenze, 2019, 10.

Contra M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale*, cit., 8 e 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, 7 ss.

¹⁰ A. RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla Unvereinbarerklärung? (Osservazioni su Corte costituzionale, ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019)*, in *Nomos*, 3, 2019, 7 ss., nonché N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli". Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *forumcostituzionale.it*, 3-4. Analogamente M. D'AMICO, *op.cit.*, 9.

¹¹ 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)*, reperibile in *Giustizia insieme* <https://www.giustiziasieme.it/it/attualita-2/802-prima-lettura-di-corte-cost-n-242-del-2019-di-antonio-ruggeri> e R. DI MARIA, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli "animali fantastici"*. The final cut, in *consultaonline*, 1, 2020. *Contra* M. PANEBIANCO, *Il seguito dell'ordinanza super monitoria della Corte costituzionale n. 207 del 2018: la sentenza di co-legislazione n. 242 del 2019*, in *Nomos*, 1, 2020, 7 ss. e da ultimo C.B. CEFFA, *Obiezione di coscienza*, cit., 6, nonché C. CASONATO, *La giurisprudenza costituzionale sull'aiuto al suicidio nel prisma del biodiritto, fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, 305 e C. TRIPODINA, *La "circoscritta area*, cit., 13.

Necessariamente collegato al tema della lesione della discrezionalità legislativa, è quello relativo “all’oggettivo distacco”¹² dalla “dottrina delle rime obbligate”¹³, che è stato per lo più considerato da ascrivere ad una più generale tendenza già in atto da anni «nel senso che – a consentire l’intervento (della) Corte [...] – non è necessario che esista, nel sistema, un’unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima [...]. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte è che il sistema nel suo complesso offra “precisi punti di riferimento” e soluzioni “già esistenti” (sentenza n. 236 del 2016)»¹⁴. In questo modo la Corte tenta di ovviare alla incapacità del Legislatore «di garantire – in questo momento storico- la ragionevolezza delle leggi rispetto ai fini e rispetto alla struttura dell’ordinamento»¹⁵.

Dal punto di vista sostanziale attraverso l’introduzione di specifiche *scriminanti procedurali*¹⁶ la Corte individua una “*circoscritta area*” di incostituzionalità dell’art. 580 c.p., la cui assolutezza secondo la Corte risultava irragionevole e in frizione con i precetti costituzionali: «casi nei quali venga agevolata 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 trova intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli»¹⁷.

A giudizio della Corte, solo in questo limitatissimo numero di casi, sconosciuti prima all’ordinamento, laddove la soluzione della sospensione dei trattamenti di sostegno vitale, prevista dalla legge 219/2017, non fosse ritenuta adeguata, in termini di tempo e *dignità* nella sua dimensione *soggetti-*

Sull’inerzia che affligge l’odierna stagione della funzione legislativa M. PANEBIANCO, *Il seguito dell’ordinanza*, cit., 6; E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4, 2019, 780 ss.; M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e società*, 1, 2020, 71 e A. MORELLI, *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull’aiuto al suicidio e il «perdurare dell’inerzia legislativa»*, in *Diritti Fondamentali*, 1, 2020, 757 che giustificano l’interventismo della Corte soprattutto laddove la mediazione politica non riesca a trovare la via per comporre interessi contrapposti.

¹² C. CASONATO, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., 305.

¹³ M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., 644. Sulla cosiddetta “dottrina dei versi sciolti” anche D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, 2020, 141 ss.

¹⁴ Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222 punto 8.1 del considerato in diritto. Parlava di rime possibili S. Leone, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 183, già a commento di Corte cost. n. 222 del 2018.

¹⁵ M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., 85, condiviso anche da C.B. CEFFA, *op. cit.*, 8. Contra R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso a un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 6.

¹⁶ Così anche E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell’attivissimo giudiziale*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2020, 309. Analogamente la dottrina di diritto penale li definisce tali, si veda M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male, (Note a margine delle “procedure legittimanti l’aiuto a morire” imposte da Corte cost. n. 242/2019)*, in *Sistema penale*, 10 febbraio 2020, 13-14; C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sistema penale*, 12, 2019, 53 e S. CANESTRARI, *Una sentenza inevitabilmente infelice: la “riforma” dell’art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2019, 2164.

¹⁷ Corte cost. 22 novembre 2019, n. 242, punto 5 capoverso 1 e 2.3 cons. dir.

va¹⁸, a soddisfare le sue personali convinzioni per liberarsi rapidamente dalle sofferenze, la piena esplicazione dell'*autodeterminazione terapeutica* del malato (art. 32 co. 2 Cost.) potrà svolgersi attraverso l'assistenza di terzi nel porre fine alla propria vita.

Al di fuori di questi casi, la *ratio* dell'art. 580 c.p., che vieta l'istigazione o l'aiuto al suicidio, resta valida e si rivela funzionale alla *tutela del diritto alla vita* delle persone più deboli e vulnerabili, al fine di scongiurare il pericolo che, nel porre in essere scelte estreme, siano da altri influenzati o aiutati, magari anche per un tornaconto personale¹⁹.

A tali condizioni di natura sostanziale, sulla base delle quali la dottrina pressoché unanimemente ha affermato il mancato riconoscimento del "diritto a darsi la morte" o "a trovarla per mano di altri"²⁰, la Corte ne aggiunge altre di natura regolatoria e procedimentale, volte a garantire un controllo preventivo sull'effettiva esistenza delle condizioni sostanziali di non punibilità della condotta del medico. Sotto il profilo regolatorio, la legge n. 219 del 2017, assunta a *tertium comparationis* ai fini della valutazione della irragionevolezza dell'art. 580 c.p., ha costituito il *modello di procedura medicalizzata* già presente nel nostro ordinamento ai fini della verifica della «sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto» (specificatamente l'art. 1 co. 4-5 della legge)²¹ e ai fini di garantire allo stesso paziente di accedere alle cure palliative, diverse dalla sedazione profonda e continuativa, ove idonee a eliminare la sofferenza, perché tale prospettazione «spesso si presta a rimuovere le cause di volontà del paziente di congedarsi dalla vita» (specificatamente l'art. 2 della legge)²².

Sotto il profilo più strettamente procedimentale, il canovaccio costituito dalle citate disposizioni della legge n. 219 del 2017 risulta integrato in modo molto stringente e specifico dalla previsione che a vigilare e a verificare la sussistenza delle condizioni di legittimità dell'aiuto al suicidio siano *strutture pubbliche del SSN*, alle quali è affidato anche il compito di controllare le modalità di esecuzione dello stesso per «evitare abusi in danno di persone vulnerabili e (per) garantire la dignità del paziente ed evitare al medesimo sofferenze»²³.

Inoltre in senso ancor più restrittivo, la Corte ha introdotto nel procedimento l'intervento ulteriore di organi, ritenuti terzi e imparziali, muniti di adeguate competenze, che tutelino le situazioni di particolare vulnerabilità, individuandoli nei *Comitati Etici Territoriali*²⁴.

¹⁸ Contra A. RUGGERI, *Ancora su Cappato e la progettazione legislativa volta a dare seguito alle indicazioni della Consulta*, in *Consulta online*, 14 ottobre 2020, 560, che critica l'estensione della dimensione soggettiva, a scapito di quella oggettiva, della nozione costituzionale di dignità umana.

¹⁹ Così il punto 5 del cons. dir. di Corte cost. 22 novembre 2019 n. 242, capoversi 1 e 2, che riprende Corte cost. 21 novembre 2018 n. 207, punto 6 cons. dir.

²⁰ Sul tema basti citare per tutti le lucide riflessioni di 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, 145- 146.

²¹ Così il punto 5 del cons. dir. di Corte cost. 22 novembre 2019 n. 242, capoversi 7 e 8.

²² Così il punto 5 del cons. dir. di Corte cost. 22 novembre 2019 n. 242, capoverso 10.

²³ Corte cost. 22 novembre 2019 n. 242, punto 5 del cons. dir., capoverso 11.

²⁴ Corte cost. 22 novembre 2019 n. 242, punto 5 del cons. dir., capoverso 12, sottoposto a molteplici critiche della dottrina fra cui si vedano i contributi critici di M. D'AMICO, *op.cit.*, 14-15 e L. PALAZZANI, *Il suicidio assistito medicalizzato: riflessioni filosofico-giuridiche sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, 300 ss. Sui Comitati Etici *infra* 3.1

Infine l'ultimo *segnavia* lungo il cammino verso la regolamentazione legislativa della materia, è stato inserito dalla Corte in un *obiter dictum* contenente una "clausola di coscienza"²⁵, che pone l'accento sulla natura bilaterale del rapporto medico-paziente e, a garanzia del professionista sanitario, ribadisce che la «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»²⁶.

Il ragionamento della Corte sembra seguire un *iter* logico condivisibile, che partendo dal mancato riconoscimento di un vero e proprio "diritto *soggettivo* a morire" o "a darsi la morte" o "a farsi aiutare a morire", ma solo delle limitatissime ipotesi di scriminati procedurali dell'art. 580 c.p., preclude di conseguenza l'obbligo del medico di dare corso alle relative richieste dei pazienti e dunque, in via ulteriormente consequenziale, anche il "diritto di quest'ultimo alla obiezione di coscienza"²⁷.

2. Il primo *segnavia*: il concetto di dignità. Spunti di riflessione tratti dalla comparazione: la giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca

Il primo *segnavia* indicato dalla Corte nel decidere della incostituzionalità "circoscritta (in senso sostanziale) e puntellata (in senso procedurale)" dell'art. 580 c.p. è il concetto di *dignità* che risulta declinata non più secondo una dimensione esclusivamente oggettiva, ma secondo una accezione *maggiormente soggettiva*. La *dignità* che anima la pronuncia della Corte in tema di suicidio assistito costituisce il «sostrato sul quale si edifica la personalità di ciascuno»²⁸, divenendone strumento di rafforzamento avverso qualsiasi potenziale interferenza esterna e si rivela del tutto diversa dalla concezione per la quale ogni vita è oggettivamente "degn" di essere vissuta e conseguentemente è compito dello Stato difenderla in ogni modo, anche limitando il principio di autodeterminazione terapeutica. Questa sua "natura elastica e proteiforme" ha modo di manifestarsi soprattutto nelle materie eticamente sensibili, nelle quali le riflessioni giuridiche hanno ad oggetto argomenti spesso divisivi e forieri di cesure ideologiche, alimentate in modi diversi a seconda del contesto sociale e culturale²⁹.

²⁵ Condividendosi qui la definizione data da C.B. CEFFA, *op. cit.*, 16 ss.

²⁶ Corte cost. 22 novembre 2019 n. 242 punto 6 cons. dir.

²⁷ B. LIBERALI, *L'aiuto al suicidio "a una svolta", fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *Diritti comparati*, 9 dicembre 2019, 4, rileva condivisibilmente la diversa problematicità implicato dall'esplicito mancato riconoscimento dell'obiezione di coscienza nella legge n. 2019 del 2017; si veda anche della stessa B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2017, III, 267 ss. Conformemente anche L. PALAZZANI, *Il suicidio assistito medicalizzato*, cit., 299. *Contra* C.B. CEFFA, *op. cit.*, spec. 16 ss.; P. VERNESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in *Biolaw Journal*, 1, 2020, 19-20; M. D'AMICO, *op. cit.*, 15-16; A. APOSTOLI, *Principi costituzionali e scelte di fine vita*, cit., 246 (*infra* § 3.1). In generale tema di obiezione di coscienza si veda il lavoro monografico di D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Bagno a Ripoli (FI), 2011.

²⁸ G. GIAIMO, *La volontà e il corpo*, Torino, 2019, 10. *Contra* G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1997, 2, 416.

²⁹ G. GIAIMO, *La volontà e il corpo*, cit., 9.

Dunque, in generale in tema di “fine vita”, la dignità assume quel significato, consolidato presso la giurisprudenza di merito e di legittimità già a partire dai casi Englaro e Welby e oggi anche presso quella costituzionale, di insieme di valori che definiscono la personale idea di vita e di salute fino a comprendere il “diritto ad una dignitosa fine della vita”³⁰.

La menzionata natura elastica della dignità è lo spunto per guardare fuori dai confini nazionali ed in particolare alla giurisprudenza costituzionale tedesca, presso la quale il concetto di dignità ha assunto un valore e un significato ancora più penetrante. Ci si riferisce in particolare alla decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 26 febbraio 2020³¹ (dunque qualche mese dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019), che ha dichiarato l’incostituzionalità del § 217, co. 1 dello *Strafgesetzbuch* (StGB, codice penale tedesco), che puniva il «favoreggiamento commerciale dell’aiuto al suicidio»³².

La traduzione in italiano della rubrica della disposizione incriminatrice è in realtà di difficile resa, perché essa non si riferiva ad “attività commerciali” svolte con scopo di lucro da professionisti sanitari e volte ad offrire l’agevolazione al suicidio, ma ad associazioni private senza scopo di lucro di professionisti di varia natura (oltre ai medici e paramedici, anche legali e psicologi) che mettono a disposizione le loro competenze a vantaggio di coloro che intendono suicidarsi (anche per esempio per il trasporto presso le strutture specializzate) in modo continuativo e completo, rimanendo escluse quindi le condotte di aiuto e assistenza al suicidio prestate in forma non organizzata (per esempio con trattamento operato dal medico curante), salvo il diritto di obiezione di coscienza³³.

In realtà sebbene la disciplina penale escludesse tale fattispecie, poiché nell’ordinamento tedesco il vigente codice deontologico vieta a tutt’oggi ai medici l’aiuto al suicidio, imponendo sanzioni pensanti fino alla radiazione dagli Ordini professionali, la nuova disposizione incriminatrice di fatto impediva a coloro che lo desideravano di ricorrere all’aiuto al suicidio in senso assoluto, anche rivolgendosi per esempio ad associazioni o professionisti del settore che intrattenevano rapporti con strutture specializzate in Paesi che lo permettono (i vicini Belgio, Olanda o Svizzera)³⁴.

Dall’analisi comparativa della pronuncia tedesca con quella italiana, è possibile reperire molteplici punti di contatto, come anche molteplici di differenza.

Cominciando da questi ultimi, intanto è bene notare che il Tribunale costituzionale tedesco preferisce la declaratoria di incostituzionalità del §217 StGB alla sentenza di incompatibilità, al cui modello era stato paragonato il nuovo modulo decisorio di doppia pronuncia inaugurato dalla Corte costituzionale probabilmente per la gravità delle violazioni dei diritti fondamentali operate dalla disposizio-

³⁰ Cfr. P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e “integrità” della persona*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, 2, 403 ss.; R. PUCELLA, *Dignità Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, spec. 126 ss.; C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013; T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009.

³¹ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020, – 2 BvR 2347/15

³² La traduzione è quella resa da K. JARVERS, *La fattispecie tedesca di favoreggiamento del suicidio*, in G. FORNASARI, L. PICIOTTI, S. VINCIGUERRA (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, Padova, 2019, 53 ss.

³³ N. FIANO, *Il diritto alla dignità nel “fine vita”: la storica e recentissima sentenza del BVerfG in tema di suicidio assistito*, in *Diritti comparati*, 14 aprile 2020, 2-3., afferma come evidentemente l’intento del legislatore tedesco era stato quello di non criminalizzare *in toto* l’aiuto al suicidio.

³⁴ N. FIANO, *Il diritto alla dignità nel “fine vita”, cit.*, 3 e F. LAZZERI, *La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma “commerciale”*, in *sistemapenale.it*, 2020.

ne impugnata e, impostando la decisione in modo totalmente diverso dalla Consulta, la pronuncia configura un vero e proprio «diritto ad una morte autodeterminata» reperendone il fondamento nel «diritto alla propria personalità» (art. 2 co. 1 *Grundgesetz*). Quest'ultimo diritto, sebbene non definito una volta e per tutte nelle sue componenti dalla Costituzione, è inscindibilmente legato alla «dignità umana» (che nell'ordinamento tedesco è costituzionalizzato all'art. 1, co. 1, *Grundgesetz*), la quale comprende la tutela della propria individualità e identità nella sua completezza.

È per l'appunto la *natura onnicomprensiva* della «dignità umana» a comportare conseguentemente che il «diritto alla propria personalità» sia inclusivo e attragga a sé una molteplicità di componenti fra loro pariordinate e che necessitano di eguale protezione costituzionale, fra le quali appunto il «diritto ad autodeterminarsi nella morte» anche nella forma di «diritto al suicidio», perché le ragioni per le quali determinare la fine della propria esistenza rientrano nelle più intime convinzioni e credenze di ciascuno.

Se quindi il «diritto ad una morte autodeterminata» ha anch'esso natura incondizionata e non trova limiti oggettivi, esso non si esaurisce nella libertà di interrompere le misure di sostegno vitale, non è circoscritto a determinate fasi della vita o della malattia e non esiste solo nel momento in cui si presentino patologie gravi e incurabili, ma anzi si estende alla facoltà di porre fine alla propria esistenza anche con l'aiuto di terzi. Proprio per questo «la decisione del singolo di porre fine alla propria vita sulla base della propria concezione della qualità della vita e del senso della propria esistenza è, nel momento finale, un atto frutto di autonoma determinazione che lo Stato e la società devono rispettare»³⁵.

Da questi pochi passaggi è evidente che pur ponendo entrambe a fondamento delle proprie decisioni il principio di dignità, i due Giudici costituzionali muovano da due definizioni sostanzialmente diverse, che conseguentemente ne influenzano gli esiti.

Per il *Bundesverfassungsgericht* il bene della vita non ha una valenza oggettiva e assoluta, ma soggettiva in quanto il suo apprezzamento è rimesso esclusivamente alla persona e determina l'obbligo di astensione dello Stato.

Una impostazione dunque molto lontana da quella prospettata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 242 del 2019 che, invece declina lo statuto costituzionale del bene della vita in modo differenziato a seconda delle circostanze, assumendo un significato pieno solo quanto il titolare è nelle piene condizioni di goderne e arretrando laddove una grave malattia la abbia compromessa.

Conseguentemente anche la declinazione soggettiva della dignità per la Corte costituzionale è diametralmente opposta a quella fatta propria dal *Bundesverfassungsgericht*, perché essa non ha una dimensione individuale assoluta, ma solo nel momento in cui viene meno l'interesse (questo sì assoluto) dello Stato alla tutela piena della vita³⁶.

Anche analizzando le scelte delle legislazioni penali tedesca e italiana relativamente alla incriminazione del suicidio assistito le analogie sembrano certamente essere superate dalle differenze. Esse infatti sembrano arrestarsi alla mancata incriminazione, sia in Germania sia in Italia, del tentativo di suicidio, rivolgendosi la norma penale solo a coloro che aiutino terzi, contribuendo alla attuazione del proposito suicidario. Ciò fa desumere la legittimità delle norme incriminatrici statali laddove volte a

³⁵ BVerfG, – 2 BvR 2347/15 –, Rn. 210.

³⁶ G. BATTISTELLA, *op. cit.*, 332.



tutelare il pubblico interesse alla incolumità individuale e dunque all'accertamento che l'intento provenga dalla libera scelta dell'interessato.

Tale legittimità però è declinata in modo diverso dai due giudici costituzionali. Per il *Bundesverfassungsgericht* l'incostituzionalità della disposizione penale incriminatrice dell'aiuto al suicidio non sta allora nella sua *ratio*, ma nelle modalità attraverso le quali il legislatore vorrebbe proteggere l'interessato, non individuando strumenti per accertarne l'autonomia della scelta, ma impedendo *in radice* la possibilità di attuare i suoi intenti e violando il suo principio di autodeterminazione alla morte.

Per la Corte costituzionale invece, pur constatando anch'essa la meritevolezza della *ratio*, la legittimità della fattispecie generale dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio, tranne che nelle condizioni scriminanti da essa individuate, risiede nel rilievo che «al legislatore penale non può ritenersi inibito vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili condizioni vengono concepite»³⁷.

Conseguentemente anche la disciplina regolatoria che potrebbe essere introdotta dal legislatore è declinata diversamente dal Tribunale costituzionale tedesco e dalla Corte italiana.

Il legislatore tedesco, infatti, è certamente libero di introdurre una normativa che regoli i servizi di suicidio assistito, ma solo se e nella misura in cui essi siano idonei a garantire l'effettività del diritto ad una morte autodeterminata³⁸. Quello italiano invece è guidato punto per punto dalla Corte quanto ai principali elementi che la possibile disciplina sul suicidio assistito dovrà contenere, prevedendo un procedimento per molti versi ulteriormente limitativo delle già limitatissime fattispecie in cui è attivabile la scriminante procedurale dell'art. 580 c.p.³⁹

Elementi indubitabilmente in comune hanno invece le due pronunce quanto alla negazione dell'obbligo in capo a terzi di collaborare con gli intenti suicidari degli interessati, fondata sull'idea che esiste nella "controparte" un eguale diritto alla integrità della propria coscienza, in quanto anch'essa espressione della propria personalità⁴⁰, e all'accesso alle cure palliative⁴¹.

2.1. (segue) Spunti di riflessione a partire dalla giurisprudenza di merito

I dubbi e i problemi di ordine etico e morale, oltre che di ordine pubblico, che il suicidio solleva, hanno investito anche la giurisprudenza di merito, sia civile sia penale, che nell'attesa di una disciplina

³⁷ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cons. dir. 5, capoverso 2 e cons. dir. 6, capoverso 4.

³⁸ F. LAZZERI, *La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma "commerciale"*, in *www.sistemapenale.it*, 28 febbraio 2020.

³⁹ Concorda la dottrina di diritto penale *ex plurimis* M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 14 e S. CANESTRARI, *Una sentenza inevitabilmente infelice*, cit. 2164.

⁴⁰ G. BATTISTELLA, *op. cit.*, 344. Cfr. in tema anche N. FIANO, *op. cit.*, 8.

⁴¹ BVerfG, – 2 BvR 2347/15 –, Rn 257 e 300, a differenza della Corte costituzionale ancora tale inciso esclusivamente alla tutela del pubblico interesse. Infatti per «evitare che l'accettazione sociale di un gesto di libertà possa tradursi in un fattore di rischio per l'incolumità e l'eguale libertà dei soggetti deboli, lo Stato è tenuto ad apprestare interventi pubblici atti a promuovere un assetto sociale sicuro, offrendo valide alternative al gesto suicida», specificando però che tali possono rappresentare una valida alternativa al suicidio, ma non un surrogato.

legislativa dell'assistenza al suicidio, peraltro auspicata dalla Corte costituzionale, si è trovata ad affrontare il tema, rendendo soluzioni divergenti.

Il caso che recentemente ha visti imputati avanti la Corte di Assise di Massa⁴² Marco Cappato e Mina Welby, per entrambe le condotte di cui all'art. 580 c.p. (istigazione e aiuto al suicidio), per aver condotto Davide Trentini in una clinica Svizzera, affinché gli fosse praticata la eutanasia secondo il procedimento disciplinato in quello Stato, risultava però parzialmente diverso da quello di Fabiano Antoniani.

Davide Trentini era un malato irreversibile di sclerosi multipla, anch'egli straziato da dolori intollerabili, ma non era dipendente da un respiratore artificiale o da altri macchinari. Ciò, secondo parte della dottrina⁴³, avrebbe impedito l'applicazione della scriminante, poiché non risultava soddisfatta una delle condizioni prescritte dalla Corte costituzionale: l'essere il richiedente l'assistenza al suicidio tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale (in particolare Trentini non era assistito da ventilatore nella respirazione e non si alimentava per via parenterale).

Nel caso di specie la Corte di Massa ha assolto i due imputati ritenendo sussistente l'ipotesi di non punibilità come configurata dalla sentenza n. 242 del 2019 sia quanto alla condotta istigatoria sia quanto a quella di aiuto al suicidio.

Se la prima condotta è stata immediatamente esclusa dal giudice di primo grado, il quale ha ritenuto che il fatto non sussistesse, poiché le prove testimoniali convergevano nel descrivere il processo deliberativo del Trentini libero, autonomo in tutte le sue fasi e comprensivo anche delle modalità esecutive dell'atto⁴⁴, ciò non poteva dirsi quanto alla condotta di agevolazione materiale al suicidio, per la quale però, all'esito del controllo delle relative condizioni di legittimità, ritiene operante la scriminante individuata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 242 del 2019⁴⁵.

A sostegno della decisione, la Corte di Assise definisce ciò che deve intendersi per "trattamenti di sostegno vitale" e a tal fine risolve «[i]l dubbio se tale mezzo debba essere considerato, stricto sensu, un macchinario che si sostituisce all'essere umano nell'espletamento delle funzioni vitali, ovvero se possa essere preso in considerazione qualsiasi ausilio che, pur non essendo una macchina, ha le medesime finalità»⁴⁶, ritenendo che sarebbe errato interpretare la *regula iuris* fornita dalla Corte costituzionale in senso stringente, avendo come orizzonte il solo caso dal quale si era originata la questione di costituzionalità. Poiché infatti il Giudice delle Leggi è pervenuto ad enucleare le condizioni che determinano l'operatività della scriminante dell'art. 580 c.p. avendo come punto di riferimento la legge n. 219 del 2017, sarà a questa che allora dovrà farsi riferimento ai fini della definizione.

Muovendo da questo assunto la Corte di Assise ritiene che essi debbano intendersi «tutti i trattamenti che la legge consente di rifiutare», siano essi «terapie farmaceutiche, o con l'assistenza di per-

⁴² Corte di Assise di Massa, 2 agosto 2020, n.1

⁴³ C. CUPELLI, *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*, in *Sistema Penale*, 6 febbraio 2020, par. 6, e A. VALLINI, *Il "caso Cappato": la Consulta autorizza e "disciplina" il suicidio assistito*, in *Giur. it.*, 5, 2020, 1204.

⁴⁴ Corte di Assise di Massa, 2 agosto 2020, n. 1 punti 2-4, 6, 7 e 9 avvalendosi il Trentini dell'apporto di Cappato e Welby solo per superare alcune difficoltà organizzative e per velocizzare la procedura (spec. 11).

⁴⁵ Corte di Assise di Massa, 2 agosto 2020, n.1 punti 12 e ss.

⁴⁶ A. APOSTOLI, *op. cit.*, 241.

sonale medico e paramedico o con l'ausilio di macchinari. [...] ricomprendendovi poi anche la idratazione e nutrizione artificiale. Pertanto [...] tutti quei trattamenti [...] senza i quali si viene a innescare nel malato "un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito –non necessariamente rapido- è la morte"»⁴⁷.

Accertato che «la sopravvivenza di Trentini dipendeva da un sottile equilibrio del dosaggio dei farmaci» e che, a causa della progressiva paralisi della muscolatura dell'apparato digerente era sottoposto a manovre di evacuazione manuale, che ne evitavano la morte per occlusione intestinale⁴⁸, il Collegio di primo grado ritiene integrata la condizione di dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, svolgendo una interpretazione conforme alla sentenza della Corte costituzionale e consentendo che nel caso concreto non si realizzi un diverso trattamento fra persone che versano sostanzialmente nella stessa condizione⁴⁹.

Nel "caso Trentini", dunque, la Corte di Assise di Massa applica per la prima volta e in concreto la sentenza della Corte costituzionale sul "caso Cappato"⁵⁰ perimetrando le condizioni sostanziali, affinché in futuro si possa definire con certezza chi potrà accedere a una procedura di suicidio medicalmente assistito e chi no. Tale attività passa dalla enunciazione del principio condivisibile per il quale "trattamento di sostegno vitale" non può essere soltanto limitato alla dipendenza dai macchinari.

Ciò per due ordini di ragioni: la prima è dovuta alla lettera del sintagma oggettivamente più vicina a questo significato; la seconda di natura tecnico-giuridica è individuata dal giudice di prime cure nel riferimento alla legge n. 219 del 2017, considerata come il nodo del ragionamento della Corte costituzionale per affermare l'incostituzionalità del divieto assoluto di aiuto al suicidio e dunque di "funzione orientativa" dell'interprete laddove si trovi avanti a situazioni e questioni nuove da risolvere⁵¹.

⁴⁷ Corte di Assise di Massa, 2 agosto 2020, n.1 punto 15.2 la quale cita il cons. dir. 8 dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018.

⁴⁸ Corte di Assise di Massa, 2 agosto 2020, n.1 punto 15.3.

⁴⁹ M. CLARA, *Arrivati alla sentenza 242, oltre la 242*, in AA.VV., *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine della sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale*, cit., 33. Analogamente si esprime A. APOSTOLI, *op. cit.*, 241.

⁵⁰ Così anche A. MASSARO, *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridefinizione o interpretatio abrogans? Note a margine della sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby nel caso Trentini*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 9, 2020, 10.

⁵¹ F. LAZZERI, *A che punto è la notte?*, cit., par. 11.

La Corte di Assise di Appello di Genova, avanti la quale il p.m. ha proposto appello, ha assolto gli imputati con sentenza del 28 aprile 2021 n. 1, confermando la sentenza di primo grado sia per quanto riguarda alla fattispecie di istigazione al suicidio, sia per quanto riguarda la fattispecie di agevolazione al suicidio.

Quanto a quest'ultima però la pronuncia di secondo grado diverge parzialmente da quella del Collegio di prime cure, non ritenendo che la circostanza che il Trentini fosse sottoposto a manovre meccaniche e manuali di evacuazione intestinale avesse avuto correttamente ingresso nel giudizio di primo grado, poiché era stata appurata solo attraverso una consulenza di parte, la quale probatoriamente non può essere equiparata alla prova testimoniale. Pur non di meno, l'assoluzione degli imputati viene confermata, ritenendo «preponderante che Trentini, certamente afflitto da malattia irreversibile e vessato da dolori lancinanti, fosse sottoposto a trattamento terapeutico indispensabile per la sopravvivenza. Tale requisito è stato provato durante l'istruttoria dibattimentale di primo grado perché è emersa la certezza che Trentini assumeva farmaci di significato vitale senza i quali non sarebbe sopravvissuto» (Corte di Assise di Appello di Genova, 28 aprile – 20 maggio 2021, n. 1 spec. 6-7).

Nonostante ciò non si possono non menzionare quei dubbi sollevati dalla dottrina relativi alla “estensione della nozione di trattamenti di sostegno vitale” che potrebbe essere ulteriormente dilatata fino a poter ritenere “vitali” tutti i trattamenti che allunghino anche di poco la aspettativa di vita⁵².

In realtà a tale tesi è possibile opporre che è vero che le fattispecie individuate dalla Corte sono estendibili come ci dimostra il “caso Trentini”, ma è anche vero tale estensione trova confini invalicabili in ciò che è stato radicalmente escluso dalla sentenza n. 242 del 2019 (i.e. non riconoscere il “diritto a darsi la morte” o “a farsi aiutare a morire”) e che è difficilmente superabile per analogia⁵³.

Fra i casi di applicazione in concreto della sentenza n. 242 del 2019, bisogna citare anche il ricorso per provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c., con il quale un malato, richiedente assistenza al suicidio, ha chiesto al Tribunale civile di Ancona di imporre alla autorità sanitaria la prescrizione di un farmaco letale. Il ricorso dapprima rigettato con ordinanza del 26 marzo 2021, è stato poi accolto in sede di reclamo dallo stesso Tribunale in composizione collegiale con recentissima ordinanza del 9 giugno 2021 (depositata il 16 giugno 2021).

Il caso molto simile a quello di Fabiano Antoniani riguarda il ricorrente, rimasto tetraplegico a causa di un incidente stradale occorsogli nel 2010, che gli aveva provocato una frattura della colonna vertebrale e la lesione del midollo spinale, dipendente dall’aiuto di altri per qualsiasi necessità, soggetto a dolori che spesso lo costringono a essere legato al letto a causa degli spasmi, per attenuare i quali assume potenti antidolorifici.

Nei dieci anni di malattia si è sottoposto a tutti i possibili iter di riabilitazione e percorsi di cura, ma «oramai consapevole “della definitiva impossibilità di vivere secondo la propria volontà” e dopo “aver meditato profondamente sulla propria scelta”, “egli ha quindi deciso, liberamente e ponderatamente, di porre fine ad una esistenza che vive di dolore e senza futuro”»⁵⁴.

Dopo avere redatto disposizioni anticipate di trattamento nelle quali rifiuta l’alimentazione e la idratazione artificiale e qualsiasi altro trattamento salvavita, chiedeva alla ASL la prescrizione del tritopentone sodico per porre fine alla propria esistenza, ricevendone un rifiuto.

⁵² Così L. PALAZZANI, *op.cit.*, 296, vede il rischio di “scivolare” verso il pendio inclinato della legittimazione di altre forme e condizioni di anticipazione della morte, perché «l’ammissione del suicidio assistito a determinate condizioni può portare, una volta ammesso sulla base del riconoscimento della autodeterminazione individuale nella scelta di morire anticipatamente e subito, ad estendere la disciplina oltre i casi limite, spostando il confine “oltre”. Uno sconfinamento che, passo dopo passo, se non si accetta il limite, tende a prevalere ed estendersi». Si tratta della “scivolosa china” (*slippery slope*), della quale parla anche il paragrafo 4.3 del parere del Comitato Nazionale di Bioetica del 18 luglio 2019 emesso nella attesa della pronuncia definitiva della Corte costituzionale. Da questa posizione si discostavano coloro che ritenevano che questo fosse un argomento di pura retorica e che il fenomeno possa essere adeguatamente controllato prevedendo limiti determinati.

⁵³ Concorda F. LAZZERI, *op. cit.*, par. 12, che ritiene che la parificazione giuridica di tutte le ipotesi di eutanasia possa essere solo compito del legislatore o al più della Corte costituzionale laddove fosse nuovamente investita di una questione di costituzionalità e che non potrebbe essere realizzata in sede applicativa dal giudice ordinario, perché «per quanto la si dilati, infatti, ogni possibile interpretazione correttiva dovrà continuare a richiedere che il paziente sia sottoposto a una *qualche forma di trattamento*».

Cfr. anche A. MASSARO, *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale*, cit., 10-11.

⁵⁴ Così si legge nella ordinanza del Tribunale di Ancona del 26 marzo 2021. La storia del ricorrente, il cui nome non è stato reso noto, è tutta documentata sul sito della Associazione Luca Coscioni, nel quale è pubblicata anche una lettera che attesta le condizioni di vita attuali, nonché le aspettative di vita del ricorrente prima dell’incidente (consultabile al seguente link <https://bit.ly/3taNKzY>).

Ripercorse le decisioni della Corte costituzionale sul caso Cappato, il Tribunale adito «non contesta la sussistenza dei presupposti presi in esame dalla Corte costituzionale», bensì la tesi presente nell'atto introduttivo per la quale esisterebbe «un vero e proprio diritto del ricorrente ad ottenere l'adempimento da parte delle autorità sanitarie (alla prescrizione del farmaco letale)».

In modo non organico però il Tribunale, al fine di trovare un saldo fondamento al diniego del provvedimento d'urgenza da un lato afferma, giustamente, che la sentenza n. 242 del 2019 e la precedente ordinanza n. 207 del 2018 non riconoscono il "diritto a darsi la morte per mano di altri" e il conseguente "l'obbligo di collaborazione dei sanitari" nell'attuare la decisione del paziente di porre fine alla propria esistenza; dall'altro però asserisce anche che la pronuncia del Giudice delle Leggi si riferisca *solo* alla illegittimità dell'art. 580 c.p., dimenticandone però la natura additiva e la valenza vincolante del principio e della procedura oggetto della addizione, giustificati peraltro dalla perdurante assenza di una disciplina della materia.

Sulla scorta di ciò il Giudice monocratico anconetano pare fermarsi sulla soglia di quanto disposto dalla Corte costituzionale, interpretarne le decisioni in senso più che restrittivo e rigettare la richiesta, probabilmente mal posta dal ricorrente (i.e. la prescrizione del farmaco letale), senza andare oltre, senza cioè imporre alla autorità sanitaria, quel procedimento di verifica della sussistenza dei requisiti, per la procedibilità della richiesta, che costituiscono la parte operativa e vincolante delle pronunce costituzionali.

Avverso la citata ordinanza il ricorrente ha proposto reclamo allo stesso Tribunale in composizione collegiale che non ha accolto la richiesta di imporre alla autorità sanitaria la prescrizione del farmaco, «*innanzitutto* perché non è stata ancora accertata la sussistenza dei presupposti indicati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 242/2019 ai fini della non punibilità ai sensi dell'art. 580 c.p. di un "aiuto al suicidio" praticato in favore del reclamante [...] e che i medici non hanno alcun obbligo a procedere all'aiuto al suicidio assistito»⁵⁵.

Questo inciso evidenzia però il successivo cambio di passo operato dal Giudice del reclamo rispetto alla ordinanza di primo grado. Il Collegio infatti percepisce la complessità del tema dovuta da un lato all'intervento "non esaustivo" della Corte, che riconosce la non punibilità in determinate circostanze delle condotte che integrino l'art. 580 c.p., ma non il diritto ad avere la morte per mano di altri, e dall'altro alla «necessità di un intervento chiaro, organico e risolutivo del Parlamento che tenga conto delle implicazioni sanitarie ed organizzative dell'obiezione di coscienza», perché il giudice, in quanto soggetto solo alla legge, non può da solo riconoscere un diritto come quello invocato dal reclamante.

«*Tuttavia*» – così si apre il punto 3 dell'ordinanza – a risolvere tale complessità pare abbiano contribuito «le importanti precisazioni – rese dal reclamante – volte a puntualizzare e, in qualche modo a circoscrivere l'oggetto del giudizio», chiarendo di non chiedere il riconoscimento dell'inesistente diritto al suicidio, né di non pretendere da controparte un comportamento materiale finalizzato alla eutanasia (i.e. la prescrizione/somministrazione del farmaco letale), «ma che verifichi – con il coinvolgimento del Comitato etico – *“se la metodica ed il farmaco prescelti [...] sia la più adeguata al caso di specie e sia rispettosa della dignità umana”*».

⁵⁵ Tribunale di Ancona, 16 giugno, 2021, punto 2.

Così il Collegio, dopo aver constatato che il Comitato etico non si fosse espresso sul caso di specie, ordina che esso accerti la sussistenza dei presupposti richiamati dalla Corte costituzionale ai fini della non punibilità dell'aiuto al suicidio e di verificare che le modalità prescelte dall'istante siano le più idonee ed efficaci «ad assicurare a quest'ultimo la morte più rapida, indolore e dignitosa possibile», avendo questi già precisato di non volere porre fine alla propria esistenza rifiutando le cure (cioè attraverso il distacco dei macchinari che lo tengono in vita come il *pacemaker* e il catetere urinario e la sospensione delle manovre quotidiane di movimentazione operate dal personale sanitario) e/o fruendo della terapia del dolore e della sedazione profonda e continua, «perché avrebbe continuato a esporre se stesso e i propri familiari a sofferenze psico-fisiche per un tempo non determinabile»⁵⁶. L'ordinanza collegiale del Tribunale di Ancona dunque risulta essere equilibrata, rispettosa del dettato della Corte costituzionale in tema di individuazione delle condizioni per il riconoscimento delle scriminanti procedurali dell'art. 580 c.p., affidando in questo un ruolo attivo del personale sanitario e dei Comitati etici ed evidenziando che, pur nella assenza della disciplina legislativa, ai giudici sono state fornite dallo stesso Giudice delle Leggi le *indicazioni vincolanti*, per rispondere alle richieste di coloro che chiedono assistenza al suicidio e per verificarne la relativa legittimità.

3. Gli altri *segnavia*: la necessità della disciplina legislativa. Il testo base proposto alla Camera e i Comitati per l'Etica nella Clinica

Il secondo dei *segnavia* indicati dalla Corte costituzionale nelle sue decisioni in tema di suicidio medicalmente assistito è l'indicazione del *necessario intervento del Parlamento* con disciplina legislativa. Invero all'indomani della ordinanza n. 207 del 2018, il Parlamento italiano non sembrava rimasto del tutto inerte alla sollecitazione della Corte, tanto che alla Camera dei Deputati erano state presentate quattro proposte di legge, assegnate alle Commissioni riunite II (Giustizia) e XII (Affari Sociali) in sede referente⁵⁷, cui nel marzo scorso se ne è aggiunta un'altra⁵⁸. Le proposte furono abbinate insieme anche alla proposta di legge di iniziativa popolare presentata alla Camera già nei primi mesi del 2013 e mantenuta all'ordine del giorno ai sensi dell'art. 107 comma 4 del Regolamento.

Il 12 maggio scorso è stata formulata la proposta di un testo base, che è stata formalmente adottata il 6 luglio 2021 e reca n. 3101 (proponente on. Trizzino) sul quale continueranno i lavori⁵⁹, che da ultimo pare abbiano avuto una seppur minima accelerazione, probabilmente sollecitati dai casi giurisprudenziali sovraccitati e dal relativo "attivismo giudiziario", nonché dalla raccolta delle firme per il referendum abrogativo dell'art. 579 c.p., che prosegue speditamente.

⁵⁶ Come ritenuto dal Collegio al punto 3 dell'ordinanza del 16 giugno 2021, il quale peraltro dimostra di superare il problema ventilato all'inizio del provvedimento sui dubbi di estendibilità del giudicato costituzionale anche in ambito civilistico, affermando espressamente che «qualora l'accertamento non dovesse avere l'esito auspicato dal richiedente, quest'ultimo dovrà necessariamente introdurre un apposito giudizio di merito, avente ad oggetto la medesima verifica, secondo quanto richiesto dalla Corte costituzionale» (corsivo mio)

⁵⁷ Cfr. *supra* nota 2.

⁵⁸ Si tratta della proposta n. 2982 del marzo 2021 "Disposizioni in tema di suicidio medicalmente assistito".

⁵⁹ Nel momento della consegna di questo lavoro non è ancora stata fissata la prossima seduta delle Commissioni riunite II e XII che prosegue l'esame del testo.

Intitolato *Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*, il testo base risulta condivisibile nella sua prima stesura, sebbene non si possa mancare di sottolineare alcuni eccessi ed alcune gravi mancanze che ne rendono necessaria la modifica e l'integrazione in alcuni punti.

Quanto agli elementi assolutamente ragionevoli e condivisibili, si deve segnalare che le fondamenta sulle quali sembrano costruirsi i pilastri della futura delibera legislativa siano costituite dalla sentenza n. 242 del 2019: il testo infatti non pare discostarsi dalle motivazioni che hanno condotto la Corte costituzionale a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. nelle circoscritte ipotesi da essa individuate.

In primo luogo il disegno di legge, dopo aver enunciato le finalità della legge (art.1), definisce la «morte volontaria medicalmente assistita» come «il decesso cagionato *da un atto autonomo* con il quale, in esito al percorso disciplinato dalle norme della presente legge, si pone fine alla propria vita in modo volontario, dignitoso e consapevole, con il supporto e la supervisione del Servizio Sanitario Nazionale» (art. 2). La definizione dunque si sofferma sulla autonomia dell'atto che pone fine alla propria esistenza⁶⁰, il cui autore presumibilmente dovrà essere solo e soltanto dal richiedente⁶¹.

Il testo prosegue con l'indicazione dei presupposti e delle condizioni per procedere alla richiesta (art. 3). In particolare il sistema italiano rifiuta le opzioni, pure presenti in altri ordinamenti (per esempio quello olandese), di consentire pratiche eutanasiche su minori.

Le condizioni indicate dalla giurisprudenza costituzionale vengono poi puntualmente riprese, richiedendosi che la persona sia «affetta da sofferenze fisiche o psicologiche ritenute intollerabili», «da una patologia irreversibile o a prognosi infausta oppure portatrice di una condizione clinica irreversibile», «tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale» e «assistita dalla rete di cure palliative o abbia espressamente rifiutato tale percorso assistenziale».

Gli articoli successivi si occupano poi della procedura finalizzata alla richiesta (art. 4-6). Quanto ai requisiti della richiesta (art. 4), oltre a richiedere che essa sia informata e consapevole, libera ed esplicita e revocabile in ogni momento senza alcun requisito di forma, è necessario che sia resa in forma scritta o nelle forme di cui all'art. 602 c.c. e indirizzata al medico che ha in cura il paziente o comunque al medico di fiducia⁶².

Qualche dubbio invece deve manifestarsi relativamente alle modalità (art. 5) per procedere alla richiesta, le quali si snodano attraverso un procedimento farraginoso e lungo composto dal rapporto sulle condizioni cliniche del richiedente e sulle motivazioni che lo hanno determinato, redatto dal medico che riceve la richiesta e poi dallo stesso inoltrato al Comitato per l'etica nella clinica territorialmente competente, allegando anche la richiesta e tutta la documentazione clinica a supporto (co. 2).

⁶⁰ Si noti che già l'art. 1 relativo alle finalità della legge dispone che «legge disciplina la facoltà della persona affetta da una patologia irreversibile o con prognosi infausta di richiedere assistenza medica, al fine di porre fine *volontariamente ed autonomamente* alla propria vita».

⁶¹ Ciò anche in ragione dell'*obiter dictum* presente nella sentenza n. 242 del 2019, che non riconosce alcun obbligo in capo al medico di adempiere alla richiesta di assistenza al suicidio.

⁶² Il legislatore proponente prevede anche che laddove il malato non sia in grado di rendere dichiarazioni scritte, la richiesta «può essere espressa e documentata con qualunque dispositivo idoneo che gli consenta di comunicare e manifestare inequivocabilmente la propria volontà».

Sono anche specificatamente disciplinati i contenuti del rapporto medesimo, il quale deve precisare se la persona è stata adeguatamente informata della propria condizione clinica e della prognosi e dei trattamenti sanitari ancora attuabili, nonché di tutte le possibili alternative terapeutiche. Inoltre deve indicare se la persona sia a conoscenza del diritto di accedere alle cure palliative, e specificare se è già in carico a tale rete di assistenza o se ha rifiutato tale percorso assistenziale (co. 3).

Quanto al parere del Comitato per l'Etica nella clinica deve segnalarsi che la proposta di legge non ne indica la natura, ma dal tenore letterale della disposizione di cui al co. 5 del medesimo art. 5 esso pare obbligatorio e vincolante⁶³, posto che si legge solo che «ove il parere sia favorevole» il medico richiedente lo trasmette, insieme a tutta la documentazione in suo possesso, alla autorità sanitaria competente, che a sua volta «dovrà attivare le verifiche necessarie a garantire che il decesso avvenga presso il domicilio del paziente o, laddove ciò non sia possibile, presso una struttura ospedaliera o residenziale pubblica». Anche queste ulteriori verifiche, la cui natura e il cui contenuto non sono specificati, costituiscono un ulteriore appesantimento di una procedura, che invece dovrebbe essere quanto meno agevole dopo gli accertamenti svolti dal medico di fiducia e dal Comitato etico, affidando alle strutture sanitarie solo la applicazione nel concreto del procedimento già verificato⁶⁴.

L'art. 6 della proposta di legge istituisce con regolamento del Ministero della Salute da adottarsi entro 180 giorni i «Comitati per l'etica nella clinica presso le Aziende Sanitarie Territoriali», quali organismi multidisciplinari autonomi e indipendenti, costituiti da diversi professionisti con competenze diverse che «garantiscono l'adeguata valutazione dei requisiti e delle modalità per accedere alla morte volontaria medicalmente assistita».

Invero la Corte costituzionale aveva fatto riferimento ai Comitati Etici territoriali istituiti con decreto del Ministro della Salute del 8 febbraio 2013 in attuazione dell'art. 12 commi 10 e 11 del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189⁶⁵ individuati come «territoriali» solo successivamente dall'art. 2 della legge 11 gennaio 2018, n. 3, il quale stabiliva al comma 7 che «Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro della salute, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, sono individuati i Comitati Etici territoriali fino a un numero massimo di quaranta». Ad oggi, però, il decreto che avrebbe dovuto istituirli non è ancora stato emanato e quindi sono attualmente operativi i citati Comitati Etici istituiti dalle Regioni ai sensi del precedente decreto 8 febbraio 2013⁶⁶.

⁶³ Sulla natura del parere reso dai Comitati Etici non si può che concordare con l'opinione di L. PALAZZANI, *op.cit.*, 301, la quale ritiene che il parere dei Comitati in casi di richiesta di assistenza al suicidio «dovrebbe essere meramente consultivo [...] lasciando la responsabilità dell'intervento all'interno della relazione paziente e medico, ma offrendo un contributo alla decisione complessa».

⁶⁴ Il co. 4 dell'art. 5 della proposta di legge dispone un termine alquanto breve entro il quale il Comitato dovrebbe rendere il parere (sette giorni), sebbene anche qui non sia indicato se si tratti di termine perentorio. Nella assenza di disposizione esplicita il termine previsto dovrebbe essere ordinario, anche perché la legge nulla dispone nel caso in cui esso non sia reso nei sette giorni.

⁶⁵ Corte cost. 22 novembre 2019 n. 242, punto 5 del cons. dir., capoverso 12.

⁶⁶ Le critiche della dottrina relative ai Comitati Etici territoriali si erano soffermate sulla loro composizione, sulla competenza dei loro membri e sulla loro effettiva terzietà e neutralità. Sul punto M. D'AMICO, *op.cit.*, 14-15, si consenta anche di rinviare a M. E. BUCALO, *op.cit.*, 117.

La proposta legislativa di istituire i Comitati Etici nella clinica in aggiunta, come pare dalla lettera del disposto, ai quaranta sovramenzionati, pare rispondere all'auspicio formulato dal Comitato Nazionale di Bioetica (CNB)⁶⁷ di regolare una presenza più stabile di tali Comitati Etici presso gli ospedali in ambito clinico e separatamente da quelli per la sperimentazione, con una composizione più ristretta, espressione di competenze e professionalità specifiche a seconda delle problematiche cliniche sottoposte alla loro attenzione⁶⁸.

Infine l'art. 8, rubricato *Disposizioni finali*, dispone che nei centottanta giorni dalla entrata in vigore della legge, previa intesa con le Regioni e le Province autonome da raggiungersi in sede di Conferenza Stato-Regioni, il Ministro della Salute con proprio decreto individui i requisiti delle strutture del SSN idonee ad accogliere le persone che faranno richiesta di morte volontaria medicalmente assistita, ne definisca i protocolli e le procedure necessarie ad assicurare il sostegno psicologico sia dei malati sia dei loro familiari e determini le modalità di custodia e archiviazione delle richieste, relazionando annualmente in Parlamento sullo stato di attuazione della legge stessa.

La previsione della necessaria intesa con le Regioni e la assegnazione al Ministro della competenza di disporre protocolli e procedure standardizzate risulta rimarchevole ed è evidentemente finalizzata ad assicurare su tutto il territorio nazionale un eguale livello di tutela e di protezione dei malati che richiedono la morte volontaria medicalmente assistita, evitando il "turismo della morte" verso le Regioni più o meno garantiste, che oggi in assenza della disciplina legislativa porta i malati a cercare e trovare la morte assistita in quei paesi in cui risulta disciplinata con certezza.

Sul punto deve peraltro segnalarsi che in questo momento le Regioni procedono in ordine sparso, sia per quanto concerne l'istituzione dei Comitati Etici regionali e di quelli per l'etica nella clinica, sia per quanto concerne la predisposizione di protocolli atti a ricevere ed adempiere alle richieste di suicidio assistito.

Quanto ai Comitati si deve segnalare che solo alcune Regioni si sono dimostrate virtuose, adottando provvedimenti locali istitutivi⁶⁹.

⁶⁷ Si veda il parere del Comitato Nazionale di Bioetica del 31 marzo 2017.

⁶⁸ In tal senso si esprime L. PALAZZANI, *op.cit.*, 301

⁶⁹ Si tratta del Friuli Venezia Giulia che con deliberazione della Giunta regionale 22 gennaio 2016, n. 73, (pubblicata nel B.U.R. del 10 febbraio 2016, 6 224-229) ha istituito il Comitato etico regionale per la sperimentazione clinica; della Regione Veneto che con deliberazione della Giunta o n. 4049 del 22 dicembre 2004 (pubblicata in B.U.R. del 25 gennaio 2005, 9, 234-252) ha istituito il Comitato Regionale per la Bioetica e dettato linee-guida per la costituzione ed il funzionamento dei Comitati Etici per la sperimentazione e per la costituzione ed il funzionamento dei Comitati Etici per la pratica clinica (la disciplina veneta è stata poi riordinata con deliberazione della Giunta Regionale n. 983 del 17 giugno 2014 (pubblicata in B.U.R. 8 luglio 2014, 66, 469-480); della Provincia Autonoma di Bolzano che con legge provinciale 5 marzo 2001, n. 7 (pubblicata in B.U.R. del 20 marzo 2001, 12, supplemento 2) sul riordinamento del servizio sanitario provinciale ha istituito il Comitato Etico per la Clinica dell'azienda Sanitaria Provinciale; e della Regione Toscana che con legge del 24 febbraio 2005 n. 40 ha istituito la Commissione regionale di bioetica e i Comitati per l'etica nelle singole strutture aziendali (spec. art. 99). Specificatamente a questi ultimi la Commissione Regionale di Bioetica con parere del 10 gennaio 2020 relativo agli *Elementi essenziali per l'organizzazione dei Comitati per l'Etica Clinica* ha attribuito la funzione di «revisione e consulenza su questioni e casi etici critici», consistente precisamente nel «fornire raccomandazioni, indirizzi e consulenza all'ente, agli operatori e ai cittadini, relativamente a questioni etiche connesse con le attività assistenziali e scientifiche, anche mediante l'analisi

Relativamente invece alla predisposizione dei protocolli relativi alle procedure per adempiere alle richieste di suicidio medicalmente assistito attualmente si segnala il parere reso all'unanimità dalla Commissione regionale di bioetica della Toscana⁷⁰ all'indomani della pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019.

In senso specifico, il parere della Commissione toscana si occupa di individuare quali possano ritenersi i presupposti clinici e personali in presenza dei quali è oggi possibile accedere al suicidio medicalmente assistito; quali accorgimenti organizzativi e procedure operative potrebbero risultare meglio conformi alle indicazioni della Corte; come deve intendersi il ruolo dei Comitati Etici e quali scelte siano possibili al singolo medico, anche in relazione ai suoi obblighi deontologici e ai suoi orientamenti di coscienza.

Secondo il parere citato a decidere se dare seguito o meno alla richiesta di suicidio medicalmente assistito dovrebbe essere una *équipe* di professionisti, da costituirsi per ogni Area Vasta, che instauri col paziente richiedente una relazione di cura ex art. 1 della legge n. 219 del 2017, lasciando dunque al parere dei Comitati Etici una funzione meramente consultiva maggiormente rispondete ai canoni procedurali individuati dalla sentenza della Corte⁷¹.

Essi dunque costituirebbero il «luogo dove eventuali divergenze tra medici e paziente, all'interno dell'*équipe* di cura o con i familiari, dovrebbero essere vagliate e discusse, al fine di trovare una conciliazione, in funzione preventiva di ogni successivo contenzioso»⁷², con un riguardo particolare al controllo della persistenza della volontà del paziente.

3.1. (segue) La necessaria previsione dell'obiezione di coscienza

Tornando alla proposta di testo base, esso appare per lo più condivisibile, sebbene si siano segnalati i dubbi relativi all'appesantimento del procedimento di accertamento, alla perplessa e non specificata natura vincolante o consultiva del parere del Comitato per l'Etica nella clinica.

Deve però evidenziarsi l'assenza nel testo della disciplina della obiezione di coscienza, la cui necessità era stata indicata nella sentenza n. 242 del 2019, che ne determina dunque un potenziale vizio di illegittimità laddove non venisse modificato.

Tale mancanza dimentica che il rapporto di cura medico-paziente ha natura bilaterale e comporta che, se è vero che in limitatissimi casi e con procedure strettamente individuate è possibile chiedere assistenza al suicidio e il medico, che tale condotta porrà in essere, non subirà incriminazione ex art. 580 c.p., altrettanto vero è che anche la posizione del sanitario e la sua autodeterminazione meritano tutela e devono essere garantiti, riconoscendogli la possibilità di scegliere se procedere col trat-

etica di casi clinici particolarmente critici, anche ai sensi di quanto disposto dalla sentenza n. 242/2019 della Corte Costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito».

⁷⁰ Commissione Bioetica per la Toscana, parere n. 2/2020 del 14 febbraio 2020 visibile al seguente link https://www.regione.toscana.it/documents/10180/17345814/Parere+CRB+2_2020+e+allegato.pdf/ae96f919-b12c-1def-60ce-86c48f1700af?t=1587977003449.

⁷¹ *Ivi*, 5-6 e 8-9.

⁷² *Ivi*, 10.

tamento richiesto o meno, in adesione alle sue convinzioni etico-morali prim'ancora che deontologiche⁷³.

Condivisibile dottrina infatti ha fatto discendere dall'*obiter dictum*, nel quale la Corte affermava che nessun obbligo poteva imporsi al sanitario e che costui avrebbe risposto esclusivamente alla propria coscienza se esaudire le richieste del malato, non più un semplice invito rivolto al Legislatore a disciplinare l'obiezione di coscienza come «uno dei plurimi profili, ciascuno declinabile in base a scelte discrezionali»⁷⁴, ma un «elemento indefettibile [...], necessario, dal valore risolutivo e condizionante l'esaudimento delle richieste dei pazienti nell'ambito della nuova disciplina "confezionata" dalla Corte costituzionale sul suicidio medicalmente assistito»⁷⁵.

Una lettura analoga era possibile dare anche della legge n. 219 del 2017 la quale, sebbene non espressamente disciplinando l'obiezione di coscienza, contiene al suo interno delle "clausole di coscienza" che valorizzano la dimensione bilaterale del rapporto di cura, desumibili dalle lettura in combinato disposto dei commi 6 e 9 dell'art. 1, che consentono al medico di rifiutarsi di dare esecuzione alle disposizioni anticipate di trattamento, laddove le ritenga contrarie alla propria deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali (co. 6), riservando alla struttura sanitaria pubblica o privata garantire con le proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla legge medesima (co. 9)⁷⁶.

⁷³ Si ricordi che l'art. 17 del Codice Deontologico dispone che «il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte». Si veda però in dottrina la tesi di D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., 297 sulla inidoneità delle norme del Codice deontologico a supportare una legittima obiezione di coscienza, secondo il quale «senza negare che ci siano ambiti in cui il diritto lascia spazio alle regole proprie delle categorie professionali interessate sembra tuttavia che l'obiezione di coscienza non sia uno di questi settori e che in questo campo le regole deontologiche siano piuttosto chiamate ad integrare una disciplina giuridica univoca nel suo contenuto permissivo e non a sostituirla».

⁷⁴ Come nell'ordinanza n. 207 del 2018, cons. dir. 10 capoverso 5

⁷⁵ C.B. CEFFA, *op. cit.*, 16-17. Conforme a questa tesi C. TRIPODINA, *La "circoscritta area"*, cit., 13., la quale però ventila il rischio «di rendere aleatorio, se non impossibile, l'agognato aiuto a porre fine alle proprie sofferenze nella maniera ritenuta più dignitosa, e di ridurre il suicidio assistito ad un "diritto" privo di una concreta azionabilità».

⁷⁶ M.E. BUCALO, *op.cit.*, 118. Dell'esistenza dell'obiezione di coscienza dei medici alla luce, rispettivamente, del dato costituzionale e convenzionale da un lato e dell'interpretazione testuale dell'art. 1, comma 6, della l. 219/2017, dall'altro, R. MADDALUNA, *Libertà di cura e scelte di fine vita: la nuova legge sul biotestamento*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, 2018, 17 e L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1, 2018, 187.

Non si può però dimenticare il contrario avviso di parte della dottrina che rileva invece nella legge n. 219 del 2017 la mancanza «di un qualunque riferimento all'obiezione di coscienza per il personale sanitario» rendeva «complicato sostenere che le determinazioni della Corte sul punto siano state tratte da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento e, soprattutto, in linea con lo spirito della legislazione vigente». Così C.B. CEFFA, *op. cit.*, 18 e R. PINARDI, *Le pronunce Cappato*, cit., 33. L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, cit., 145 ss. ha ritenuto ambiguo il modo di affrontare questo problema da parte della legge.

D'altra parte era anche possibile ritenere che non declinando il "diritto alla morte per mano di altri" la Corte non avesse esplicitamente individuato l'obbligo dei medici di adempiere alle richieste dei pazienti e neppure il diritto del medico alla obiezione di coscienza⁷⁷.

Si deve però rilevare che le riflessioni sopracitate si riferivano ad una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui avrebbe dovuto necessariamente prevedere delle scriminanti nelle circostanze individuate ed alla legge sulle disposizioni anticipate di trattamento finalizzate alla sospensione dei trattamenti di sostegno vitale.

Cosa ben diversa è cristallizzare in disposizioni di legge la disciplina sul suicidio medicalmente assistito, non prevedendo in favore del personale sanitario il diritto all'obiezione di coscienza: si tratta di fattispecie ontologicamente e assiologicamente diverse, che comportano in capo al medico dubbi e interrogativi etici e morali differenti.

Si può quindi ragionevolmente affermare che la necessità di disciplinare esplicitamente l'obiezione di coscienza nella legge sull'assistenza al suicidio e non con una semplice clausola di assenza di obblighi, come nella legge sulle DAT, costituisce quindi il terzo e ultimo *segnavia* indicato al legislatore: nel caso di sospensione dei trattamenti di sostegno vitale infatti l'intervento del sanitario non ha carattere e natura eutanassica, ma è quasi un atto di rispetto alla scelta del malato di abbandonarsi alla naturalità della morte; nel caso della assistenza al suicidio invece il medico provoca anticipatamente la morte (o al più coopera a tal fine col paziente), creando possibili conflitti di coscienza etici, morali e deontologici⁷⁸.

D'altro canto è facile ricordare che nelle legislazioni sui temi eticamente sensibili lo spazio per l'espressione della coscienza del personale sanitario è sempre presente⁷⁹, ritenendosi che in questi campi i valori etici e morali siano assiologicamente superiori rispetto ai comportamenti disciplinati e legalizzati negli atti normativi positivi. L'obiettore infatti, pur non mettendo in discussione la validità

⁷⁷ S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019*, cit., 296. Analogamente S. CANESTRARI, *op. cit.*, 2176 il quale afferma che «Il legislatore del 2017 non ha contemplato un'apposita norma che regoli l'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario perché tale opzione sarebbe stata incoerente con una disciplina che intende promuovere e valorizzare una relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico senza necessità di procedere ad un temperamento tra valori confliggenti. Al contrario, la sentenza n. 242 del 2019 non ritiene necessaria l'introduzione dell'istituto dell'obiezione di coscienza perché non prevede alcun obbligo da parte del medico (e della struttura sanitaria) di utilizzare le proprie competenze per aiutare la persona malata a morire».

⁷⁸ L. PALAZZANI, *op.cit.*, 299 e in senso conforme B. PEZZINI, *Il diritto alla salute a quarant'anni dall'istituzione del servizio sanitario nazionale: le criticità strutturali di un diritto sociale*, in questa rivista, 2/2019, 146. Sulla inammissibilità della analogia fra espresso mancato riconoscimento dell'obiezione di coscienza nella legge n. 2019 del 2017 e relativamente al suicidio assistito B. LIBERALI, *L'aiuto al suicidio "a una svolta", fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *Diritti comparati*, 9 dicembre 2019, 4, e ID., *"Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?"*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2017, III, 267 ss.

⁷⁹ Si pensi alla legge sulla interruzione volontaria di gravidanza n. 194 del 1978 (per la quale si rinvia a F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1, 2015, 89 ss.; B. LIBERALI, *L'obiezione di coscienza alla luce di alcune recenti vicende giudiziarie e amministrative*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2015, 416 ss.) e alla legge sulla procreazione medicalmente assistita n. 40 del 2004 (sulla quale si rinvia a M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, 2016; F. ANGELINI, *Profili costituzionale della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020).

e la legittimità della norma positiva, per convinzione sua personale non vuole però attuare quanto disciplinato e chiede il rispetto della sua coscienza morale, volendosi anch'egli autodeterminare⁸⁰. La mancata previsione dell'obiezione di coscienza da parte del legislatore proponente ha dunque un certo peso, soprattutto nell'ottica di un possibile giudizio di costituzionalità sulla futura disciplina avente ad oggetto il suicidio medicalmente assistito, palesandosi questo, analogamente alle quattro condizioni in presenza delle quali il soggetto potrebbe accedere al suicidio medicalmente assistito, come uno degli elementi che la Corte sembra ritenere costituzionalmente obbligati, lasciando invece alle valutazioni discrezionali del Parlamento altre scelte, per esempio quelle di ordine procedurale⁸¹.

4. La proposta di referendum abrogativo manipolativo dell'art. 579 c.p.

Alla perdurante lentezza dei lavori parlamentari si oppone invece la particolare attenzione che al tema del suicidio medicalmente assistito viene riservata dalla opinione pubblica, alla quale può certamente ascrivere l'iniziativa referendaria volta alla abrogazione parziale dell'art. 579 c.p.⁸²

Nata dalla consapevolezza che fattispecie simili ai casi di Fabiano Antoniani e di Davide Trentini si collocano sovente nella zona di intersezione non facilmente decifrabile fra l'aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p. e l'omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p., la proposta referendaria annunciata il 21 aprile scorso si appunta sull'abrogazione del co. I dell'art. 579 c.p. limitatamente alle parole «*la reclusione da sei a quindici anni*», su quella integrale del comma II e su quella del comma III limitatamente alle parole «*Si applicano*».

L'abrogazione parziale e l'eliminazione di alcune parole dalla disposizione oggetto della consultazione popolare, determinerebbe una rivoluzione copernicana dell'art. 579 c.p. e della sua *ratio*, sancendo, al contrario di quanto si prefiggeva il Codice Rocco, la *disponibilità* del diritto alla vita⁸³.

L'omicidio del consenziente intatti sarebbe punibile con le disposizioni comuni sull'omicidio solo se il consenso sia invalidamente prestato, cioè nei casi in cui sia stato reso da persona non in grado di dar-

⁸⁰ L. PALAZZANI, *op.cit.*, 299.

⁸¹ Concorda C.B. CEFFA, *op. cit.*, 19 e 22. Sul carattere costituzionalmente dovuto dell'obiezione di coscienza in quanto ancorato agli articoli 2, 13, 19, 21 della Costituzione cfr. B. RANDAZZO, *Obiezione di coscienza (Dir. cost.)*, cit., 3873) e F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Persona y Derecho*, 61/2009, 70.

Dal punto di vista applicativo si può notare come il citato parere della Commissione regionale di bioetica della Toscana, nel affermare la necessità della previsione della clausola di coscienza afferma altresì, l'imprescindibilità che i Servizi sanitari pubblici si predispongano per garantire la corretta attuazione delle richieste di aiuto al suicidio che si rivelino legittime, a prescindere dalle variabili di coscienza dei singoli professionisti (Commissione Bioetica per la Toscana, parere n. 2/2020, *cit.*, 12).

L'assenza di una adeguata organizzazione dei Servizi sanitari preordinati al recepimento delle future richieste di suicidio assistito potrebbe infatti comportare la massiccia disapplicazione della normativa in ampie zone del paese e incremento del turpe fenomeno del "turismo (interno) della morte", attualmente rivolto verso i paesi che lo consentono.

⁸² L. D'AVACK, *L'aiuto al suicidio medicalizzato sotto il controllo della Corte costituzionale*, in <https://www.biodiritto.org/content/download/3926/46251/version/1/file/d%27avack.pdf,%2010>.

⁸³ T. PADOVANI, *Note circa il referendum sull'art. 579 c.p. e la portata sistematica della sua approvazione*, in <https://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2021/05/PADOVANI-TESTO-ART.-579-C.P..pdf>, il quale rileva che la *ratio* dell'attuale art. 579 c.p. è infatti quella di tutelare il diritto alla vita in quanto bene non disponibile da parte del titolare.

lo per età o per condizioni psichiche o perché estorto⁸⁴, presupponendosi dunque per implicito che laddove invece il consenso sia validamente prestato il titolare possa disporre della sua vita⁸⁵.

È evidente che l'ipotesi referendaria pone una serie di criticità, derivanti dal solo rilievo fattuale che una persona perfettamente sana di mente, che dunque presti il suo consenso, potrebbe validamente consentire a chiunque di procurarle la morte, senza che quest'ultimo incorra in conseguenze giuridiche di alcuna natura, anche laddove tale situazione non possa ascrivarsi a ipotesi eutanasiche.

Il nuovo assetto normativo dell'art. 579 c.p. dunque non solo non si limiterebbe a ipotesi di soppressione di una vita soggettivamente non ritenuta degna di essere vissuta, ma determinerebbe anche che la morte cagionata a soggetti non in grado di esprimere il proprio consenso (per esempio coloro in stato vegetativo permanente o di minima coscienza che non hanno reso disposizioni anticipate di trattamento) ricadrebbe nelle ipotesi di omicidio comune.

La palese volontà dei proponenti è quella di affiancare l'introduzione, voluta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 242 del 2019, di circoscritte scriminanti procedurali all'art. 580 c.p. alla citata modifica dell'art. 579 c.p., in modo che, attraverso la lettura combinata delle due disposizioni, si pervenga ad una regolamentazione dell'eutanasia anche in senso attivo e non più limitata a un numero minimo di casi⁸⁶.

Pur non di meno non si può mancare di rilevare che una disciplina di tal sorta, nata da un lato dal ritaglio della disposizione incriminatrice dell'omicidio del consenziente e dall'altro dall'aggiunta operata dalla Corte in quella relativa all'aiuto e istigazione al suicidio, presti il fianco a molti dubbi anche e soprattutto sotto il profilo della sua legittimità costituzionale.

Autorevole dottrina penalistica, che recentemente ha esaminato il quesito referendario, ha rilevato in senso rassicurante che la normativa di risulta non darebbe la stura a omicidi incontrollabilmente consentiti e non punibili, per il sol fatto che in giudizio l'esclusione della punibilità passerebbe certamente da una rigida fase probatoria volta all'accertamento e alla dimostrazione della sussistenza del consenso della vittima⁸⁷. La tesi ammette dunque implicitamente e per mere presunzioni di fatto, che le ipotesi di punibilità dell'omicidio del consenziente potrebbero rivelarsi in realtà un numero quantitativamente elevato e che del fatto commesso il soggetto sarebbe comunque inevitabilmente chiamato a rispondere in quanto ricadente a prima vista nella fattispecie dell'omicidio.

D'altro canto è sempre la stessa dottrina ad affermare che la perplessa ascrivibilità di queste numerose fattispecie all'una o all'altra disposizione incriminatrice determinerebbe comunque in termini

⁸⁴ L'art. 579 c.p. qualora il referendum abrogativo avesse esito positivo così disporrebbe: «*Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio [575-577] se il fatto è commesso: 1. Contro una persona minore degli anni diciotto; 2. Contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3. Contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno [613 2]*».

⁸⁵ T. PADOVANI, *Note circa il referendum*, cit., 2.

⁸⁶ Così da ultimo i promotori del *referendum* hanno dichiarato ai giornali lo scorso 23 giugno all'avvio della campagna di raccolta delle firme.

⁸⁷ T. PADOVANI, *op.cit.*, 3 al quale «Sembra evidente che, prima di rischiare un'incriminazione per omicidio, chi volesse aderire ad una altrui richiesta di essere ucciso, dovrebbe porsi molti interrogativi ed assicurarsi di possedere una risposta molto convincente a ciascuno di essi una volta soddisfatta la richiesta ricevuta, e chiamato inevitabilmente a risponderne».

pratici la necessità di una legge che regoli «i modi di espressione del consenso, l'accertamento preventivo della sua validità e i soggetti legittimati ad attuarne l'esecuzione»⁸⁸, ammettendo così l'insufficienza ai fini della disciplina dell'eutanasia della sola abrogazione referendaria parziale dell'art. 579 c.p.

A questa tesi, altra parte della dottrina penalista e processualpenalista ritiene che invece sia necessario un intervento legislativo che regoli tali fattispecie, bilanciandole con il principio di inviolabilità della vita, sulla base di una rilettura degli artt. 579 e 580 c.p. costituzionalmente orientata, e in specie fondata sugli artt. 2, 3, 13, 32 co. 2 Cost.⁸⁹ Ciò sarebbe possibile attraverso l'elaborazione di una procedura legislativamente determinata, atta al riconoscimento di "giustificazioni procedurali", che disciplinino l'articolazione di situazioni etiche e tecniche, la cui sussistenza determinerebbe la legittimazione *ex ante* di fatti lesivi altrimenti punibili⁹⁰.

Aldilà di questi rilievi di diritto penale sostanziale e processuale, in punto di stretto diritto costituzionale, non si può mancare di rilevare che, una volta raccolte le firme e una volta passato il controllo di legittimità da parte dell'Ufficio Centrale per il Referendum, un quesito di tal sorta potrebbe facilmente fermarsi sulla soglia della Corte costituzionale ed essere dichiarato inammissibile. La normativa di risulta dalla abrogazione referendaria potrebbe infatti con ogni probabilità essere valutata incostituzionale, proprio sulla scorta della sua giurisprudenza in tema di suicidio assistito, che non sancisce il diritto alla vita in termini di assoluta disponibilità da parte del titolare, né tanto meno il diritto ad una morte autodeterminata ad ogni condizione, ma anzi circoscrive le ipotesi di accesso al suicidio medicalmente assistito sia dal punto di vista sostanziale sia da quello procedurale.

5. Riflessioni conclusive: dove siamo arrivati e dove dovremmo dirigerci

All'indomani della pubblicazione della pronuncia della Corte costituzionale sul caso Antoniani-Cappato, la sensazione che essa non costituisse l'ultima parola sul tema dell'assistenza al suicidio fu immediatamente evidente a tutti i commentatori. Al centro di questa certezza la *declinazione soggettiva* del concetto di *dignità* operata dalla Corte limitatamente a certe e identificate e limitate fattispecie, al verificarsi delle quali trova applicazione la scriminante dell'art. 580 c.p.

Il giudice delle leggi infatti non ha incentrato il proprio ragionamento su una considerazione a tutto tondo del principio di autodeterminazione, così come invece qualche mese dopo ha dimostrato di fare il *Bundesverfassungsgericht* dichiarando l'incostituzionalità «favoreggiamento commerciale dell'aiuto al suicidio», ma su un giudizio di ragionevolezza in cui il *tertium comparationis* era costituito dalla legge n. 219 del 2017 e che evidenziava «il trattamento irragionevolmente differenziato dei malati che decidono di morire attraverso la interruzione dei trattamenti di sostegno vitale e quelli

⁸⁸ T. PADOVANI, *op.cit.*, 4.

⁸⁹ G.M. PALMIERI, *Profili di legittimità per alcune ipotesi di suicidio medicalmente assistito. La soluzione della scriminante procedurale*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2021, 247.

⁹⁰ Così M. DONINI, *La necessità di essere infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 marzo 2017, 555 ss. e A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018, 141 e G.M. PALMIERI, *Profili di legittimità*, cit., 251.

che, egualmente sottoposti a tali trattamenti, reputano i tempi e i modi del decesso conseguente a tale interruzione lesivi della propria dignità, e chiedono un'accelerazione del processo di morte»⁹¹.

Se questa riflessione ha costituito il dato di partenza dell'analisi (i.e. il primo dei *segnavia* indicati dalla Corte), esso ha consentito l'introduzione di un primo elemento di problematicità sostanziale derivante dalla stessa pronuncia: il numero limitato di casi nei quali i malati possono legittimamente chiedere l'assistenza al suicidio necessita di definizioni ulteriori, determinate dalla natura multiforme della realtà che si evolve e muta tanto velocemente quanto la tecnologia. Tali ulteriori definizioni, che possono restringere o ampliare il campo di indagine, possono apprezzarsi solo attraverso l'analisi di casi concreti che via via giungono alla attenzione dei giudici.

Fra questi deve ascriversi il recente caso Trentini, che ha portato nella Corte di Assise di Massa ha interpretare in senso estensivo la *regula iuris* fornita dalla Corte costituzionale, portandola aldilà degli stretti confini del caso che aveva dato luogo alla questione di costituzionalità, ancorandola invece alla l. n. 219 del 2017, fino a sancire il principio per il quale per "trattamento di sostegno vitale" devono intendersi tutti i trattamenti (persino farmacologici e manovre meccaniche) senza i quali le funzioni organiche subiscono un indebolimento che porti (anche non rapidamente) alla morte.

Viepiù, non solo il giudice penale si trova oggi ad avere a che fare con fattispecie che determinano l'applicazione della scriminante procedurale dell'art. 580 c.p. come individuata dalla Corte, ma il tema dell'aiuto al suicidio coinvolge anche il giudice civile avanti al quale giungono adesso casi di pazienti le cui legittime richieste di aiuto al suicidio vengono rigettate dalle strutture sanitarie pubbliche, impreparate a riceverle a causa della assenza di disposizioni legislative e di adeguate linee guida e protocolli applicativi.

Nella fattispecie esaminata dal Tribunale di Ancona in composizione, al rifiuto del giudice di prima istanza di emettere il richiesto provvedimento, ha fatto seguito l'attivismo del Collegio che in sede di reclamo, rimodulando le richieste del ricorrente, ha ordinato al Servizio Sanitario di avviare le procedure prescritte dalla giurisprudenza costituzionale al fine del controllo sui requisiti per accedere legittimamente al suicidio medicalmente assistito.

I casi citati dunque evidenziano, in primo luogo e in via di fatto, il considerevole interesse suscitato dal tema, probabilmente incrementato da un lato dal riconoscimento avvenuto grazie all'addizione della causa di giustificazione ai sensi dell'art. 580 c.p. operata dalla giurisprudenza costituzionale, dall'altro dal progressivo consolidarsi nei malati, potenziali utenti del trattamento, della consapevolezza che, nell'assenza di una positivizzazione legislativa della materia, a decidere delle istanze di accesso saranno i giudici di merito, valutando caso per caso la particolarità delle singole fattispecie sottoposte alla loro attenzione.

Per sanare il vuoto normativo e per garantire la certezza del diritto in una materia così eticamente sensibile, sottraendola alla esclusività delle decisioni giudiziarie, che a causa delle particolarità dei casi concreti potrebbero dimostrarsi non uniformi, l'intervento del Parlamento si rivela oggi più che mai necessario.

⁹¹ C. CASONATO, *op. cit.*, 314, il quale però sottolinea anche le criticità di questo ragionamento. Analogamente P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia"*, cit., e C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"*, cit.



A tal fine, poiché fra le caratteristiche delle norme che si occupano di tematiche di biodiritto dovrebbe esserci anche la capacità di regolare la disomogeneità e la particolarità dei singoli casi concreti, difficilmente riducibili ai canoni della generalità e della astrattezza tipici del diritto positivo e della legge⁹², il compito del legislatore dovrebbe essere quello di porre delle disposizioni che seguano ragionevolmente il percorso illuminato dai *segnavia* individuati dalla Corte.

Segnavia

⁹² Sul punto C. CASONATO, *op. cit.*, 316.

Decisioni sul termine della vita e donazione degli organi. Spunti comparatistici per una futura disciplina

Giuseppe Giaimo*

END OF LIFE DECISIONS AND ORGAN DONATION: COMPARATIVE SPARKS FOR A FUTURE DISCIPLINE

ABSTRACT: The essay focuses on organ donation as a possible choice for those patients seeking euthanasia or assisted suicide whose informed and free consent has to be carefully preserved. In that case, indeed, concern for the welfare of others, on the one hand, and dying for having relief from illness, on the other hand, could confusedly converge in the will of a vulnerable person receiving medical treatments. The Dutch and the Belgian statutory frameworks governing organ donation after euthanasia can shed light on this such ethical theme involving human dignity that should be ignored by the Italian legislator anymore.

KEYWORDS: Organ Donation; euthanasia; assisted suicide; human dignity; consent

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive – 2. I diversi significati, in senso oggettivo e soggettivo, della dignità umana – 3. La volontà di morire per l'altrui beneficio. Una scelta inammissibile – 4. Le necessarie tutele in ordine al processo di formazione della volontà dell'aspirante donatore – 5. Gli elementi di fatto da tenere in considerazione per un effettivo consenso informato.

1. Notazioni introduttive

Il vasto tema che, in vario modo, riguarda le decisioni sul termine della vita contiene in sé una quantità di argomenti – che spaziano dall'aver una natura prettamente sanitaria a considerazioni etiche; da aspetti squisitamente giuridici ad altri di indole emotiva e psicologica – non facile da ricondurre a unità concettuale, soprattutto tenendo conto della consistente pluralità di vedute riferite a un momento così sensibile nel corso dell'umana esistenza. Alcune di queste vicende (tra le quali, ad esempio, la volontà del paziente di interrompere le terapie di sostegno vitale, l'eutanasia attiva, il suicidio assistito, le dichiarazioni anticipate di trattamento) sono caratterizzate da un forte impatto sulla pubblica opinione, con il conseguente ampio dibattito dai contenuti troppo di frequente divisivi e le altrettanto conseguenti difficoltà in cui si imbatte chi – il giudice, il legislatore – è chiamato, in qualche modo, a regolamentarle. Altre questioni, invece, potrebbero essere qualificate come minori, non in virtù di una ipotetica ridotta difficoltà nel gestirle (di nuovo, sotto il punto di vista medico, etico, giuridico), ma soltanto poiché – magari a causa di un loro più raro ricorrere – rischiano di sfuggire all'attenzione degli interpreti. Ciò, tuttavia, non significa che queste ultime debbano essere trascurate, anche perché – come le prime – riguardano vicissitudini di particolare inten-

* Professore ordinario di Diritto Privato Comparato nell'Università degli Studi di Palermo. Mail: giuseppe.giaimo@unipa.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

sità (con una cospicua dose di sofferenza) nel corso della vita delle persone e, dunque, meritano la giusta considerazione da parte di chi deve gestirle. L'elaborazione di regole per la gestione di simili tematiche, proprio a causa dell'infrequente verificarsi delle relative fattispecie, potrebbe non essere del tutto agevole e, a tal fine, risulta particolarmente proficuo il ricorso alla comparazione giuridica, capace di favorire interessanti spunti di riflessione su argomenti che, presenti nel dibattito culturale e normativo di sistemi diversi, risultano negletti all'interno del contesto nostrano.

A questo proposito, dunque, è conveniente indirizzare l'indagine a quegli ordinamenti nei quali sono state elaborate regole – già messe alla prova, nel corso degli anni, sul piano della relativa utilità sociale e della loro rispondenza a interessi diffusi – attualmente inesistenti nella compagine giuridica italiana ma che, a ben vedere, rispondono a esigenze non lontane dall'essere avvertite. In tal modo, allora, è possibile giocare d'anticipo – in una prospettiva *de iure condendo* – attraverso una preliminare valutazione del potenziale impatto di una eventuale disciplina a governo di situazioni che, al di là della diversità degli ambiti giuridici, hanno come elemento unificante l'essere umano e i suoi bisogni che, com'è evidente, trascendono l'appartenenza nazionale.

Una verifica in concreto di quanto adesso esposto in termini astratti consiste nel richiamare l'esperienza belga e olandese in materia di eutanasia, dove è ormai rodato la possibilità di porre termine – su loro richiesta – alla vita di quegli individui che non intendano più sottostare alle sofferenze irreversibili arrecategli da una malattia priva di prognosi favorevole. In quei contesti (a proposito di quegli argomenti in apparenza minori ma che, invece, sono dotati di un notevole impatto sociale), nel corso del tempo, si è verificato un fenomeno sul quale è bene svolgere qualche considerazione. Il riferimento è alle persone che hanno chiesto di mettere fine alla propria esistenza e, ricorrendo i presupposti di ammissibilità del procedimento eutanascico, hanno altresì dichiarato di voler donare i propri organi, una volta sopraggiunta la morte¹. In questo modo, l'elemento unificatore costituito dalla volontà del paziente consente di combinare due temi – l'eutanasia e la donazione di organi – tradizionalmente considerati quali argomenti tra loro lontani e, al contempo, ben distinti perché di difficile correlazione a livello teorico. Nel comune sentire, infatti, le motivazioni che conducono alle due diverse determinazioni dell'ammalato sono avvertite come se fossero fondate su basi non soltanto tra loro differenti, ma addirittura antitetiche. Se, quindi, la scelta di procurarsi la morte per scansare il protrarsi di sofferenze sembra essere guidata da fini egoistici, la decisione di aver espianati gli organi per destinarli al trapianto su altri infermi è espressione socialmente riconosciuta di un incontrovertibile animo altruista. Da ciò, dunque, la difficoltà nel conciliare le due questioni e riportarle a unità, magari all'interno di un medesimo provvedimento legislativo.

La vicenda, per quanto possa apparire ruvida, non è di quelle che si possano accantonare con facilità, soprattutto considerando l'inveterata scarsità di organi disponibili per i trapianti, a fronte dei numeri di una richiesta che sopravanza di gran lunga l'offerta. Per comprendere al meglio il fenomeno, tuttavia, sono indispensabili alcune osservazioni di carattere preliminare, in funzione di una possibile futura disciplina nel sistema normativo italiano.

¹ Cfr. A.K.S. VAN WIJNGAARDEN, D.J. VAN WESTERLOO, J. RINGERS, *Organ Donation After Euthanasia in the Netherlands: A Case Report*, in *Transplantation Proceedings*, 2016, 3061.

2. I diversi significati, in senso oggettivo e soggettivo, della dignità umana

Le fasi dell'esistenza connotate da uno stato di malattia – soprattutto quando questo è accompagnato dall'angoscia di sofferenze protratte nel tempo – conducono a riflettere, più che in altre occasioni, sul significato del concetto di dignità del paziente e sulle sue molteplici possibili accezioni, come principio al quale ispirare ogni azione e comportamento dei soggetti coinvolti, a vario titolo e con differenti ruoli, nella gestione della patologia.

Il termine non è di semplice definizione, in quanto esso possiede una natura polisemica² che rischia di far disperdere l'analisi verso rivoli di pensiero distanti dall'oggetto del tema adesso affrontato. Sarà bene concentrarsi, dunque, sul senso che la nozione acquista nel particolare contesto dello stadio terminale della vita, in modo da comprenderne il ruolo di criterio-guida nella gestione dell'ammalato e delle sue esigenze.

Il sintagma dignità umana può assumere – all'interno dell'ambito di analisi prescelto – una doppia connotazione, a seconda che ci si riferisca a essa in senso oggettivo o soggettivo. La prima accezione, in particolare, rimanda a ciò che potrebbe essere definito come «basic dignity»³, intendendo il concetto medesimo come una qualità inerente e irrevocabile di ciascun individuo, il cui contenuto e il cui significato non sono suscettibili di variare in base alle differenti circostanze della vita. In altre parole, in adesione a una siffatta concezione del termine, la dignità è una caratteristica propria dell'essere umano – di natura oggettiva – che consiste nella titolarità organica di interessi intrinsecamente legati alla qualità di uomo o di donna in quanto tale, senza che su di essa possano in alcun modo incidere, in modo da variarne il contenuto o l'assetto, le vicende che attraversano l'esistenza del singolo individuo, la sua *forma mentis* e la sua indole, intese come insieme di doti caratteriali, psichiche e culturali che lo distinguono da chiunque altro.

Il secondo dei richiamati significati del termine – questa volta con un contenuto soggettivo – allude a ciò che un determinato individuo ritiene corrispondere in misura maggiore al suo particolare modo di essere e di concepire la propria esistenza, in maniera mutevole in relazione alle diverse fasi della vita

² Una distinzione molto nota è quella tracciata da D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD (*Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford, 2001), i quali hanno spiegato le accezioni di *dignity as empowerment* e di *dignity as constraint* come nozioni in contrasto tra loro e dai diversi effetti, rispettivamente, di tutela ovvero di limite al potere dell'individuo di autodeterminarsi. Per un approfondimento si rinvia, *ex plurimis*, a G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 1997, 415 ss.; P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009; G. RESTA, *La dignità*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 259 ss.; S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013; N. LIPARI, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2017, 847 ss.; D. NERI, *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e in biodiritto*, in *Biolaw Journal*, 2, 2017, 83 ss.; M. REICHLIN, *La discussione sulla dignità umana nella bioetica contemporanea*, in *Biolaw Journal*, 2, 2017, 93 ss.; P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralità" e diritto*, Milano, 2018, 481 ss.; V. SCALISI, *Per uno statuto normativo della dignità della persona*, in AA.VV., *Liber Amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, VII, 2018, 1851 ss.; G. GIAIMO, *La volontà e il corpo*, 2019, 8 ss.; F. POGGI, *Dignità e autonomia: disaccordi semantici e conflitti di valore*, in *Riv. Fil. Dir.*, 1, 2019, 33 ss.; S. PRISCO, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *Biolaw Journal*, 2, 2019 (spec. issue), 61 ss.

³ Cfr. A. RODRÍGUEZ-PRAT, C. MONFORTE-ROYO, J. PORTA-SALES, X. ESCRIBANO, A. BALAGUER, *Patient Perspectives of Dignity, Autonomy and Control at the End of Life: Systematic Review and Meta-Ethnography*, in *PlosOne*, 24 March 2016, 2 (doi: 10.1371/journal.pone.0151435). Cfr., anche, R.E. ASHCROFT, *Making sense of dignity*, in *J. Med. Ethics*, 2005, 679 ss.

o alle evenienze che la connotano e sulla base della percezione che, in un dato momento, un soggetto ha di sé stesso (*dynamic dignity*⁴). In questo senso, potrebbe dirsi che la dignità appartiene alla persona – considerata nella sua specifica singolarità – e che esige, in funzione della sua tutela, un profondo rispetto di quanto il soggetto medesimo decide essere più confacente ai suoi interessi materiali e spirituali⁵, in una particolare circostanza della vita. Una siffatta interpretazione del concetto, secondo una chiave di lettura orientata sulla personalità peculiare dell'individuo, richiama molto da presso la capacità di autodeterminazione di quest'ultimo in relazione alle scelte che riguardano il proprio essere, tanto che potrebbe dirsi che ove quest'ultima fosse in qualche modo compressa o limitata ne risentirebbe, in termini ablativi, la stessa dignità personale.

Una volta chiarite le differenti accezioni del lemma, è possibile svolgere alcune, indispensabili, considerazioni ulteriori. Nell'ipotesi in cui fosse prevalente – in un dato sistema normativo – il significato del termine nel senso oggettivo sopra descritto, la dignità del paziente non risentirebbe alcun nocumento, anche se gli fosse impedito di spiegare appieno la propria volontà in relazione alle scelte di cura o, in senso ampio, in merito al sé in rapporto allo stato patologico; purché, naturalmente, ciò avvenga a fronte della somministrazione di trattamenti sanitari del tutto confacenti – secondo la scienza medica – alla condizione in cui versa, in modo da perseguire il suo miglior interesse (etero)determinato sulla scorta dell'*id quod plerumque accidit* e della comune esperienza. In questo caso, allora, la dignità dell'ammalato sarebbe lesa soltanto al verificarsi di situazioni tali da nuocere a ogni essere umano, senza alcuna distinzione fondata sulle specifiche condizioni legate alla personalità e ai desideri del singolo individuo, che rimarrebbero sullo sfondo della scena privi di ogni rilievo significativo.

Al contrario, se fosse privilegiata l'interpretazione del concetto in senso soggettivo, l'eventuale compressione della facoltà di libera scelta del paziente nell'assumere le decisioni (fondate sui personali convincimenti e sulla situazione specifica in cui egli versa) relative al suo stato di malattia equivarrebbe, in maniera diretta, a un nocumento arrecato alla sua stessa dignità. Lesione, quest'ultima, che si verificherebbe anche se – in ipotesi – la volontà medesima avesse un contenuto antitetico a una concezione oggettivistica dell'essere umano: ove, cioè, le determinazioni dell'individuo sul proprio corpo dovessero porsi in irrimediabile contrasto con ciò che è correntemente ritenuto dignitoso sulla base di un comune sentire. In sintesi, quindi, secondo quest'ultima teorica, al fine di salvaguardare l'integrità della dignità personale del malato, occorre far sì che costui possa risolversi, in maniera del tutto libera, in merito al percorso di cura, al modo di porre termine alla propria esistenza e, infine, in ordine all'utilizzo dei propri organi e delle sue spoglie, anche destinandoli ai trapianti o alla ricerca scientifica. Tutto quanto, senza che alcuna costrizione possa derivargli da una ipotetica necessità di assecondare una concezione sovra-individuale della dignità umana, ovvero di perseguire il suo miglior interesse definito in maniera oggettiva ma, al contempo, poco aderente ai suoi specifici desideri.

I due differenti modi – adesso identificati e descritti – di concepire la dignità ricadono inevitabilmente, insieme al loro rispettivo portato e ai loro possibili intrecci, sul tema della morte cercata come ri-

⁴ A. RODRÍGUEZ-PRAT, C. MONFORTE-ROYO, J. PORTA-SALES, X. ESCRIBANO, A. BALAGUER, *op. cit.*, 2.

⁵ Cfr. M. SOMERVILLE, *Does It Matter How We Die? Ethical and Legal Issues Raised by Combining Euthanasia and Organ Transplantation*, in *The Linacre Quarterly*, 2019, 361.



medio alle intollerabili sofferenze patite a causa di uno stato irreversibile di malattia e, dunque, costituiscono una sorta di criterio ordinante delle differenti possibilità. In questo senso, allora, potrebbe sostenersi che consentire al paziente di rifiutare le cure (tra le quali, i trattamenti di sostegno vitale) significa privilegiare la prospettiva secondo cui la dignità stessa è un concetto plastico e dinamico – nel senso che si adatta alle diverse e mutevoli circostanze che riguardano, nel tempo, la vita di una persona specifica – che esige il rispetto delle scelte che l'uomo fa su di sé medesimo e sul proprio destino, senza che altri possano in alcun modo interferire. Per converso, il divieto di eseguire pratiche eutanasiche (presente nella maggior parte degli ordinamenti⁶, tra cui in Italia), ovvero di prestare assistenza al suicidio per motivi compassionevoli (anch'esso consentito soltanto in pochi contesti normativi⁷), è espressione dell'opposta accezione del termine, per cui la dignità – lungi dall'essere il principio in base al quale giustificare la libertà del singolo di decidere ciò che è meglio per sé stesso, senza che questa sia limitata da altri – è una caratteristica intrinseca dell'uomo inteso in quanto tale, fondata su dei valori universali che non possono essere messi in discussione o alterati dalle scelte personali. In concreto, quindi, la volontà di sottrarsi alle sofferenze della malattia attraverso la morte arrecata (o agevolata) da altri non è sufficiente a scalfire il principio dell'intangibilità della vita, inteso quest'ultimo quale elemento portante della dignità umana⁸.

La conclusione alla quale si perviene attraverso le notazioni adesso svolte è abbastanza semplice. L'autodeterminazione del paziente non è un assioma assoluto e incontrovertibile: il suo contenuto e i suoi limiti dipendono, infatti, dal differente peso che, all'interno di ogni ordinamento, è assegnato a ciascuno dei due diversi modi di intendere il valore della dignità stessa, nonché dalla maniera in cui possono coesistere e intrecciarsi tra loro l'interpretazione oggettiva e soggettiva del termine. Tale circostanza svolge un ruolo determinante non solo quando il dibattito verte sull'ammissibilità delle varie modalità (rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, suicidio assistito o eutanasia attiva) secondo le quali è possibile assecondare il desiderio di morte di un individuo, al fine di sottrarsi alle insopportabili sofferenze causate dalla malattia. La più o meno ampia latitudine riconosciuta, in un dato sistema normativo, alla volontà ha effetto, come si vedrà appresso, anche sull'ulteriore – e più specifico – tema del desiderio del paziente di donare i propri organi perché possano essere trapiantati, una volta assunta la decisione di porre termine a un'esistenza resa intollerabile dai tormenti patiti.

⁶ L'eutanasia attiva, allo stato attuale (febbraio 2021), è consentita soltanto in Belgio, Lussemburgo, Olanda e, più di recente, in Portogallo.

⁷ Tra questi – sebbene con differenti declinazioni – si ricordano l'Australia, il Belgio, il Canada, il Lussemburgo, l'Olanda e la Svizzera. I confini e lo scopo del presente scritto rendono preferibile circoscrivere il richiamo a quegli ordinamenti nei quali l'aiuto al suicidio è esplicitamente ammesso dalla legislazione nazionale. Per tale ragione, non sono presi in considerazione quei sistemi giuridici (tra i quali l'italiano, attraverso la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019) ove si è pervenuti a una sorta di legittimazione della pratica – sebbene entro limiti estremamente circoscritti – per via giurisprudenziale.

⁸ Secondo M. SOMERVILLE (*op. cit.*, p. 361), «If human beings have dignity that requires respect simply because they are human and that respect includes respect for their lives, then euthanasia [...] would breach that dignity because they are still a living human being [...]. On the other hand, if only persons have dignity which must be respected, then loss of personhood means a loss of dignity and of the protections and respect, such as respect for life, that respect for dignity requires».

3. La volontà di morire per l'altrui beneficio. Una scelta inammissibile

Si è detto, poco sopra, che un soggetto potrebbe decidere di lasciar sopraggiungere la morte, rifiutando la prosecuzione di quelle terapie che consentono una permanenza in vita altrimenti impossibile. Ovvero, ancora, un individuo affetto da una patologia foriera di sofferenze prolungate e insostenibili potrebbe voler essere aiutato a mettere in pratica un proposito suicida, irrealizzabile senza la cooperazione di altri. Oppure, infine, una persona potrebbe richiedere di essere sottoposta a eutanasia, mediante l'intervento attivo di un terzo, sempre allo scopo di scampare al feroce patimento dovuto a una malattia priva di prognosi fausta.

La possibilità di attuare in concreto le tre ipotesi descritte varia a seconda dei limiti posti – all'interno dei diversi ordinamenti giuridici – alla volontà dell'infermo di sfuggire, con la morte procurata, al proprio stato; limiti, questi, la cui portata dipende dalle differenti scelte politiche adottate dai legislatori, anche sulla scorta dell'interpretazione (in senso oggettivo o soggettivo) prevalente in un dato contesto del concetto di dignità.

Una volta assunto il dato che registra la difforme disciplina a cui è assoggettato l'intento del paziente di porre termine alla propria esistenza, ciò che occorre chiedersi è se la modalità attraverso la quale ciò può avvenire abbia, o meno, qualche ripercussione sull'altra questione della donazione degli organi. In altre parole, è bene chiarire – anche in una prospettiva *de iure condendo*, nell'ipotesi di una possibile introduzione nel nostro ordinamento di una normativa sul suicidio assistito o sull'eutanasia attiva – se (ed eventualmente come) l'ammalato che abbia deciso di morire possa anche disporre dei propri organi, al fine di destinarli al trapianto. La questione, infatti, presenta numerosi aspetti meritevoli di approfondimento, senza che le asperità di ordine ermeneutico possano appiattirsi davanti a una generica e scontata risposta affermativa al quesito che, nel caso specifico, sarebbe semplicistica e frutto di un'osservazione superficiale. In questo senso, allora, si procederà per argomenti distinti, in modo da cercare di ottenere un quadro schematico e di semplice lettura del fenomeno.

Una prima, necessaria, notazione riguarda un sottinteso, ma parecchio rilevante, elemento differenziale che separa il contesto nel quale gli organi vengono prelevati – secondo la relativa disciplina vigente nei diversi ordinamenti – a seguito di una morte di certo non voluta dal potenziale donatore, rispetto a quello in cui l'evento letale è frutto e conseguenza di una scelta libera e consapevole del soggetto stesso. La diversità di fattispecie è sostanziale e assume particolare rilievo in ordine a una facile osservazione: se, infatti, nella prima ipotesi occorre accertare soltanto il preventivo consenso della vittima all'espianto (ricavato anche dalla mancata opposizione dei congiunti superstiti⁹), nel caso in cui la morte sia esito di una cosciente deliberazione potrebbe verificarsi una indebita commistione tra l'atto volitivo diretto a far cessare la propria vita (nelle diverse forme del rifiuto di cure, della richiesta di suicidio assistito o di aver praticata l'eutanasia attiva) e quello finalizzato, invece, a consentire il prelievo degli organi. Sul punto occorre soffermarsi, dato che si tratta di un argomento assai delicato e foriero di quesiti sui quali giova interrogarsi, sia sotto un profilo etico che giuridico.

⁹ Sul ruolo dei congiunti del defunto e circa la fonte e il significato del loro potere di opporsi all'espianto degli organi e dei tessuti (di cui, nell'ordinamento italiano, all'art. 23 della l. n. 91/1999) cfr. G. GIAIMO, *Natura e caratteristiche del consenso al prelievo di organi e tessuti da cadavere. Un raffronto tra Italia ed Inghilterra*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2018, 231 ss.

Un utile cenno, di carattere preliminare, va rivolto alla condizione psicologica in cui versano gli infermi affetti da patologie incurabili, fonti di sofferenze e disabilità. Costoro, infatti, a causa della diminuita capacità del corpo dovuta alla malattia e alla necessità di dipendere dall'altrui continua assistenza, potrebbero risentire di una significativa perdita di autostima e, a causa di ciò, percepire la loro attuale situazione esistenziale come non più corrispondente al proprio concetto di dignità personale¹⁰. Uno stato emotivo così strutturato potrebbe generare, a sua volta, il desiderio del malato di riacquistare una sorta di rilievo e di utilità sociale, nell'unico modo che gli è concesso: decidendo, cioè, di porre termine in anticipo alla sua vita, al fine di donare quegli organi che potrebbero contribuire a togliere altri dalla condizione di infermità. In termini differenti, quindi, la possibilità di destinare parte di sé al beneficio altrui potrebbe, in qualche modo, agire da spinta psicologica verso la decisione del paziente di anticipare la propria fine¹¹.

La consapevolezza di un rischio siffatto deve indurre a proseguire nell'indagine tenendo separate le diverse vie attraverso le quali è possibile pervenire a una morte volontaria, partendo dalla fattispecie che comporta minori difficoltà interpretative: il riferimento è a quel paziente che decide di esercitare il proprio diritto a rifiutare le terapie di sostegno vitale, in modo da farne derivare il decesso¹². La questione, nel caso specifico, deve essere affrontata attraverso un richiamo al presupposto legittimante la volontà ablativa dei trattamenti sanitari, il quale può essere immediatamente rintracciato nel principio (consacrato in Italia nell'art. 32 Cost.) per cui nessuno può essere obbligato – se non nelle ipotesi previste dalla legge – a ricevere cure non desiderate che, in assenza di consenso, costituirebbero un'indebita intromissione nella sfera personale (e giuridica) dell'ammalato. A ciò deve aggiungersi un'ulteriore considerazione, relativa al fatto che l'autorizzazione – o il diniego – all'atto medico costituiscono espressione diretta del modo in cui una persona, nel particolare ambito sanitario, decide di autodeterminarsi in base alla sua indole, ai suoi desideri, a ciò che sente più aderente alla propria peculiare concezione di dignità, senza che alcuno possa interferire adducendo ragioni di carattere oggettivo, che esulano dalla sfera individuale del paziente¹³. In altre parole, allora, potrebbe dirsi che il diritto a rifiutare di essere assoggettato a pratiche sanitarie – proprio perché costituisce estrinsecazione ed esercizio della personalità caratteristica del malato, nonché della sua connaturata dignità – non può subire limitazione alcuna¹⁴, così come (ferma rimanendo la necessità di una informata consapevolezza di chi assume la decisione circa gli effetti del suo volere, soprattutto quando da questi potrebbero derivare conseguenze irreparabili) non è dato indagare sulle relative motivazioni, di ordine privato. La conseguenza, dunque, è che se il diniego alle cure dovesse essere frutto di un sottostante desiderio dell'infermo di abbreviare la propria esistenza, in modo da poter donare gli or-

¹⁰ Cfr. A. RODRÍGUEZ-PRAT, C. MONFORTE-ROYO, J. PORTA-SALES, X. ESCRIBANO, A. BALAGUER, *op. cit.*, 9-10.

¹¹ Cfr. D. M. SHAW, *Organ Donation After Assisted Suicide: A Potential Solution to the Organ Scarcity Problem*, in *Transplantation*, 2014, 249; M. SOMERVILLE, *op. cit.*, 363.

¹² L'ipotesi, per intendersi, è quella di cui all'art. 1, comma 5, della l. n. 219/2017 con la quale, all'interno dell'ordinamento italiano, è stata disciplinata la possibilità di rifiutare l'inizio o la prosecuzione delle terapie di sostegno vitale.

¹³ Secondo P. ZATTI (*Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, 46) la dignità «esige (o piuttosto coincide) con la condizione in cui non si può essere fatti strumento di scopi e oggetto di decisioni altrui. Ma è solo la congruenza tra identità, dignità e autodeterminazione che consente di stabilire i limiti dell'imperio su sé medesimi e fa scudo contro qualsiasi anarchica estensione del diritto di disporre».

¹⁴ Tranne che, naturalmente, non ricorrano necessità di interesse pubblico stabilite per legge.

gani perché altri ne beneficino, questa scelta non potrebbe che essere rispettata; tranne che, naturalmente, il volere stesso non sia forzato (perché, magari, frutto di altrui coazione anche psicologica) o sia il prodotto di uno stato emotivo alterato, tale da rendere il soggetto in questione incapace di comprendere appieno la portata, il significato e le conseguenze del dissenso opposto alle terapie.

Lo scenario cambia in maniera radicale quando l'ammalato intende porre fine alla sua esistenza attraverso il suicidio assistito, ovvero mediante l'eutanasia attiva. La fattispecie, dunque, è del tutto differente rispetto alla situazione di cui si è appena detto, relativa al rifiuto di ricevere cure, in base a due elementi distintivi: in primo luogo, non si tratta di impedire un comportamento altrui (la somministrazione di cure) che necessita di un preventivo consenso del paziente, ma di chiedere che altri pongano in essere un'azione per assecondare la volontà di morte di quest'ultimo; in secondo luogo, il decesso non è conseguenza naturale dell'interruzione di una terapia (senza la quale la vita stessa non sarebbe possibile) quanto, invece, di un atto specificamente diretto a ottenere quel risultato esiziale altrimenti irrealizzabile.

La morte procurata, come adesso descritta, si colloca ben al di fuori del nostro perimetro ordinamentale, così come anche rispetto a quello della maggior parte dei sistemi giuridici al cui interno – salve le eccezioni sopra menzionate¹⁵ – non trovano spazio l'assistenza al suicidio e, ancor meno, l'eutanasia. Ciò, tuttavia, non significa che l'argomento debba essere trascurato soprattutto, come detto, in una prospettiva *de iure condendo*¹⁶ posto che, con la possibile futura regolamentazione di tali fattispecie, esso potrebbe divenire attuale anche in Italia¹⁷.

La questione appena rappresentata non è di facile governo, per una serie di ragioni da approfondire in sequenza. La prima circostanza da chiarire riguarda l'ipotesi in cui l'intento dell'infermo di giungere a morte¹⁸ sia conseguenza di una sua sottostante volontà altruistica – tesa a sacrificare la propria vita ormai compromessa dalla malattia al fine di donare gli organi e, per l'effetto, alleviare altrui sofferenze – invece che dell'impellente necessità di sottrarsi a una vita non più confacente, a causa della patologia in atto, alla propria concezione di esistenza dignitosa. In questo caso, infatti, è necessario operare una sorta di (difficile) bilanciamento tra valori.

Da un lato del campo, si trova quel principio di solidarietà che, a qualsiasi livello, informa di sé i rapporti umani e che costituisce il presupposto del prelievo di organi da destinare al trapianto; sul fronte opposto, si trova il concetto di dignità umana declinato secondo quel delicato equilibrio tra le sue due differenti accezioni prima richiamate. Nel caso specifico, quindi, occorre preliminarmente valutare se è prioritario il contenuto oggettivo di quest'ultimo valore (nel senso che l'intangibilità della vita

¹⁵ V. *supra*, note 6 e 7.

¹⁶ Il riferimento è al progetto di legge C. 1875, adesso (febbraio 2021) all'esame delle Commissioni II Giustizia e XII Affari sociali e al quale sono abbinati gli ulteriori ddl C. 2, C. 1418, C. 1586, C. 1655 e C. 1888.

¹⁷ I possibili vantaggi della donazione degli organi successiva al suicidio assistito (o all'eutanasia) sono così elencati da D. M. SHAW (*op. cit.*, 248): «1) Substantially increases organ availability; 2) Enables advance organ matching and scheduling of transplantation; 3) Maximizes patient autonomy by enabling donation; 4) Reduces risk of family refusing to permit donation».

¹⁸ La fattispecie esposta, naturalmente, ha come presupposto indispensabile l'esistenza dei requisiti oggettivi che legittimano – all'interno degli ordinamenti ove tali pratiche sono ammesse – il suicidio assistito e l'eutanasia attiva tra cui, ad esempio, l'esistenza di uno stato di malattia dalla prognosi infausta, accompagnata da sofferenze che rendono la prospettiva di vita peggiore della morte, percepita come liberazione da quella condizione di insopportabile patimento.

è espressione della dignità inerente all'essere umano in quanto tale e, dunque, non può essere sovrachiato dall'interesse individuale a sottrarsi alle sofferenze attraverso una morte procurata mediante l'altrui agire), ovvero quello soggettivo (per il quale l'autodeterminazione è espressione della dignità della persona, per cui le scelte che il singolo compie in ordine a sé stesso devono essere comunque rispettate, anche se il loro esito è fatale). L'esito di un siffatto confronto, all'interno dei sistemi ove sono ammessi il suicidio assistito e l'eutanasia, premia evidentemente il secondo corno dell'alternativa appena posta, dato che il bene-vita ha un carattere recessivo rispetto alla facoltà dell'individuo di decidere autonomamente di sé. Ciò che deve chiedersi, adesso, è se questa interpretazione in chiave soggettiva della dignità umana abbia, o meno, un'ampiezza tale da estendersi sino al punto da rendere irrilevanti i motivi che conducono chi è affetto da una patologia irreversibile a decidere di morire attraverso l'assistenza di altri, nel senso di una loro insindacabilità per ragioni esterne alla sfera intima di chi assume la decisione stessa. Anche in questo caso la risposta è scontata, posto che negli ordinamenti ove tali pratiche sono ammesse è tributata una particolare attenzione all'esame delle ragioni addotte dalla persona a sostegno della propria scelta, che non può essere diretta al perseguimento di obiettivi ulteriori – sebbene, in teoria, socialmente apprezzabili – rispetto all'impellente necessità di sottrarsi ai tormenti della malattia. In sintesi, dunque, è vero che in alcuni sistemi giuridici prevale la concezione soggettiva della dignità umana, ma soltanto in presenza di condizioni particolari (l'esistenza di una malattia incurabile, con le relative sofferenze psico-fisiche), oggettivamente valutate, che rendono preferibile una buona morte rispetto a una insopportabile esistenza.

L'esito di siffatte riflessioni è, dunque, di semplice decodifica. Anche in quegli ordinamenti ove è ammesso l'esercizio dell'autodeterminazione sino al punto di consentire il sacrificio del bene-vita da parte del suo titolare attraverso l'altrui ausilio, ciò può avvenire soltanto a fronte di motivazioni specifiche che riguardano la stessa dignità personale dell'ammalato in rapporto alla situazione patologica in cui egli versa. Tra questi moventi, quindi, non rientra il desiderio altruistico di beneficiare altri attraverso il sacrificio di sé, con una morte finalizzata a cedere i propri organi vitali destinandoli al trapianto. Se fosse ammesso il contrario, infatti, significherebbe accettare una concezione dell'uomo che, lungi dall'identificarne la sua stessa umanità come scopo ultimo di sé e della sua dignità¹⁹, lo riconosce quale mezzo utile al raggiungimento di uno scopo estraneo alla persona²⁰. In altre parole, allora, il principio di solidarietà sociale non prevale su quello di dignità, con la conseguente inammissibilità dell'eutanasia o del suicidio assistito se motivati da spirito altruistico, invece che dal desiderio di sfuggire a una vita che la malattia ha reso intollerabile.

¹⁹ Cfr. I. KANT, per il quale è un imperativo categorico agire «in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre come fine e mai semplicemente come mezzo» (*Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, traduzione di Pietro Chiodi, Torino, 1995, 88).

²⁰ Il principio è il medesimo per cui, nonostante la rilevanza (e la necessità) sociale dell'espianto degli organi per destinarli al trapianto, non ne è ammesso il prelievo coattivo da cadavere, in assenza di un preventivo consenso della persona, non importa se manifestato in forma esplicita, implicita (nel sistema del silenzio-assenso) o tramite la mancata opposizione dei congiunti.

4. Le necessarie tutele in ordine al processo di formazione della volontà dell'aspirante donatore

Una volta chiarito che la volontà del paziente di ottenere l'altrui cooperazione per porre fine alla propria esistenza può essere assecondata – ove la relativa opportunità sia ammessa a livello normativo – soltanto se diretta a evitare il protrarsi di insostenibili sofferenze (senza ragioni eteronome di natura altruistica), occorre procedere nell'indagine esaminando altri possibili profili di criticità sottesi alla donazione degli organi successiva all'eutanasia o al suicidio assistito.

Il rilievo assunto dalla motivazione sottostante alla scelta di fine-vita – per le ragioni di cui si è appena dato conto – richiede una particolare cautela nel verificare che la decisione stessa sia del tutto scevra da condizionamenti emotivi ulteriori e diversi rispetto all'avvertita necessità di sottrarsi alle sofferenze arrecate dalla malattia. Allo stesso modo, i soggetti che richiedono l'eutanasia (o il suicidio assistito) «non devono essere forzati, ovviamente, ad optare, poi, per la donazione *post mortem*, e tale eventuale opzione non deve essere considerata elemento preferenziale, che favorisca l'accoglimento della richiesta eutanasi»²¹. Il senso è, dunque, che i due atti volitivi (quello diretto a porre termine alla propria esistenza e l'altro con cui si dispone degli organi) rimangano del tutto distinti e separati²², senza alcuna inopportuna commistione resa possibile anche da un'altra contingenza. Il riferimento è al fatto che l'intera vicenda, nella quale è inquadrata la fattispecie descritta, si compie all'interno di un contesto medicalizzato, ove un ruolo preponderante è svolto proprio da quei soggetti – i sanitari, appunto – chiamati a porre in essere un'attività diretta ad assecondare sia la volontà di fine-vita, sia l'ulteriore e diversa determinazione relativa all'espianto degli organi. Questa circostanza conduce alla necessità di adottare specifiche cautele in modo che sia scongiurato qualsiasi rischio – ovvero anche la semplice percezione – di una indebita, magari involontaria, pressione emotiva sul paziente. Potrebbe accadere, infatti, che il medico che ha in cura il malato, le cui condizioni siano tali da legittimare il ricorso all'eutanasia, esponga a quest'ultimo la possibilità di donare i propri organi, sottolineando come un'azione siffatta riuscirebbe a contribuire al beneficio di altri infermi. La particolare relazione di fiducia che lega i soggetti in questione potrebbe provocare, allora, una sorta

²¹ L. FORNI, *Eutanasia e donazione di organi. Alcune riflessioni etico-giuridiche su nuove emergenti criticità*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, 157.

²² Cfr. D. M. SHAW, *op. cit.*, 249. Secondo J. ALLARD, M-C. FORTIN (*Organ Donation After Medical Assistance in Dying or Cessation of Life-sustaining Treatment Requested by Conscious Patients: the Canadian Context*, in *J. Med. Ethics*, 28/12/2016, 3), «the complete separation of the two decisional processes should help to ensure that the MAID (medical assistance in dying) request is motivated by unbearable suffering, as required by law, and not by the feeling that one's value is limited to one's organs». La completa autonomia tra i due diversi atti volitivi implica inoltre, come logico corollario, che la possibile revoca di una di tali scelte non abbia effetto sull'altra che, dunque, rimane inalterata sino a che essa non sia a sua volta superata da una successiva volontà di segno contrario. Questa netta separazione, anche concettuale, che divide la scelta di fine-vita dal desiderio di donare i propri organi risolve, inoltre, la questione posta da M. SOMERVILLE (*op. cit.*, 362), secondo cui «it is possible that a link between organ donation and euthanasia would function as coercion, duress, or undue influence invalidating consent to euthanasia. It could also be a barrier to the person's changing their mind about wanting euthanasia. Such freedom is also a requirement for a valid consent to euthanasia». Se, infatti, i rispettivi atti di volizione rimangono autonomi e indipendenti, senza alcuna interdipendenza, rimane inalterata la possibilità per l'infermo di mutare il proprio intendimento di porre termine alla propria esistenza, sino all'ultimo momento.

di inopportuna suggestione sulla volontà del paziente, con il rischio che quest'ultimo si determini a cercare la morte attraverso l'altrui ausilio in ossequio a quell'intento altruistico sottolineato dal proprio medico, invece che per sottrarsi alle sofferenze della malattia che lo affligge e alla condizione in cui versa, ritenuta non confacente al personale concetto di dignità.

Una siffatta inappropriata (anche se, probabilmente, non intenzionale) induzione può essere evitata evitando, da parte di chi ha in cura il malato, di affrontare il tema della donazione²³ «prima che sia stata autorizzata l'eutanasia o il suicidio assistito, tranne che per rispondere a eventuali domande del malato stesso sull'argomento, nel qual caso il medico deve chiarire che ogni informazione potrà essere fornita, in maniera esauriente, dall'équipe sanitaria che si occupa dell'espianto»²⁴. Questa soluzione, tuttavia, non convince appieno. Come è stato osservato, infatti, «l'équipe di trapiantologi avrebbe tutto l'interesse a promuovere e a legittimare tale procedura, senza fare troppe questioni, a fronte della grave e continua carenza di organi e, d'altro canto, tale situazione potrebbe rappresentare una indebita pressione sul *team* medico che debba valutare la richiesta eutanasi avanzata da un paziente»²⁵. In definitiva, quindi, affidare il malato alla consulenza degli specialisti che dovrebbero curare l'espianto dei suoi organi non è garanzia di una volontà che si forma scevra da possibili condizionamenti, atteso che le suggestioni operate da chi ha tutto l'interesse a incrementare il numero dei trapianti potrebbero persuadere l'infermo a decidere di abbreviare la propria esistenza per salvarne altre.

Una possibile soluzione all'incaglio, allora, può essere rintracciata in quegli ordinamenti ove la questione è attuale, posto che in essi sono ammessi l'eutanasia o l'aiuto al suicidio e la fattispecie in esame si è già realizzata²⁶. A questo proposito, è utile un riferimento al contesto olandese dove, nel 2015, si è verificato il caso di un uomo (affetto dalle conseguenze di un ictus, che lo lasciò semi-paralizzato e bisognoso di continua assistenza) che chiese di essere sottoposto a eutanasia e di aver prelevati gli organi da destinare ai trapianti²⁷. La prima preoccupazione della struttura sanitaria alla quale l'ammalato si rivolse fu, naturalmente, quella di verificare – attraverso una consulenza psichiatrica – la serietà degli intenti del richiedente, con particolare attenzione alle sue reali motivazioni, in modo da scongiurare la possibilità che la decisione fosse dovuta, invece che ai patimenti della malattia, a un mero intento altruistico incoerente con le finalità proprie dell'eutanasia. Una volta eliminato qualsiasi dubbio in merito, il passo successivo è stato quello di informare compiutamente il soggetto

²³ Secondo una diversa opinione, «il medico curante, il quale spesso è legato da una relazione di fiducia di lunga durata con l'ammalato, è la persona più adatta a comunicare al paziente la possibilità di donare i propri organi successivamente all'eutanasia» (J. BOLLEN, W. DE JONGH, J. HAGENAARS et al., *Organ donation after euthanasia: a Dutch practical manual*, in *Am. J. Transplant.*, 2016, 1969, <https://doi.org/10.1111/ajt.13746>).

²⁴ J. ALLARD, M-C. FORTIN, *op. cit.*, 4. Cfr., anche, G. VAN DIJK, R. VAN BRUCHEM-VISSER, I. DE BEAUFORT, *Organ donation after euthanasia, morally acceptable under strict procedural safeguards*, in *Clin. Transplant.*, 2018; 32: e13294, <https://doi.org/10.1111/ctr.13294>.

²⁵ L. FORNI, *op. cit.*, 152.

²⁶ La scelta di limitare l'analisi a quei contesti all'interno dei quali la donazione degli organi successiva all'eutanasia o al suicidio assistito è già prassi consolidata esclude quegli ordinamenti – come, ad esempio, quello svizzero – ove la possibilità stessa è soltanto un auspicio (cfr. D. M. SHAW, *op. cit.*, p. 247 ss.).

²⁷ La vicenda è descritta da G. VAN DIJK, R. VAN BRUCHEM-VISSER, I. DE BEAUFORT, *op. cit.*, 3.

in ordine al modo in cui si sarebbe operato per assecondare le sue richieste, allo scopo di assicurarsi che il relativo consenso fosse reso in maniera perfettamente consapevole di ogni implicazione²⁸.

Un ulteriore proficuo richiamo deve essere rivolto all'esperienza belga dove, tra il 2005 e il 2007, quattro pazienti hanno chiesto di donare i propri organi dopo aver avuta praticata l'eutanasia²⁹. In ciascuno di questi casi, la volontà degli infermi – resa in forma scritta – è stata valutata mediante numerosi incontri degli stessi con i componenti dei locali comitati etici, in evidente posizione di terzietà rispetto sia ai medici curanti, sia a quelli interessati a procurarsi gli organi per i trapianti. Una volta acclarato che il desiderio dei malati di donare parte di sé era completamente estraneo alle ragioni sottostanti alla richiesta di eutanasia, le relative procedure sono state condotte da sanitari che si sono offerti in maniera spontanea, senza alcuna commistione tra coloro che si sono occupati di procurare la morte e quelli che hanno provveduto all'espianto.

In sintesi, quindi, le soluzioni olandese e belga mostrano l'evidente opportunità di assegnare la valutazione della volontà dell'ammalato a uno specialista indipendente o, addirittura, a un comitato etico, senza alcun conflitto di interessi e con le dovute competenze professionali atte a indagare le reali motivazioni sottostanti all'istanza di eutanasia. In questo modo, dunque, si giunge al soddisfacente risultato di garantire l'effettiva autodeterminazione del soggetto, senza il rischio che il sottostante processo di volizione sia condizionato da elementi esterni.

Una volta definito il tema del volere del paziente, è bene rivolgere il fuoco dell'attenzione anche verso altri soggetti coinvolti³⁰, in misura ragguardevole, nella questione dell'espianto – e del successivo trapianto – degli organi di chi, per scampare ai patimenti di una patologia incurabile, cerca l'altrui aiuto nel porre termine alla propria esistenza. Il richiamo, in prima battuta, è al personale sanitario che compone l'équipe dei trapiantologi i quali, ritenendo la procedura eutanasi o il suicidio assistito contrari ai loro convincimenti etici o religiosi, potrebbero rifiutarsi di intraprendere l'intervento di asportazione dal corpo di chi è deceduto per propria scelta, in quanto ciò – secondo la loro opinione

²⁸ Sulla scorta dell'esperienza adesso narrata, un apposito comitato composto da specialisti del Maastricht University Medical Center e dell'Erasmus University Medical Center di Rotterdam ha esitato delle linee-guida a regolamento di possibili casi futuri, dalle quali emerge la necessità sia di fare in modo che la volontà del paziente sia scevra da ogni condizionamento, sia di rispettare in sommo grado – nell'attuazione dei protocolli sanitari resi necessari dalla previsione dell'espianto degli organi successivo all'eutanasia – la sua stessa dignità personale (cfr. J. BOLLEN, W. DE JONGH, J. HAGENAARS et al., *op. cit.*, 1967). I criteri stabiliti dalle linee-guida sono i seguenti: 1) Per assicurarsi che la richiesta di aver praticata l'eutanasia non sia influenzata dalla possibilità di donare gli organi, occorre che le informazioni relative all'eutanasia stessa siano fornite al paziente – da parte di un medico in posizione di terzietà e di indipendenza – prima che sia esaminata e discussa la possibilità dell'espianto. 2) L'eutanasia o l'assistenza al suicidio devono avvenire secondo il relativo protocollo formulato dalla Royal Dutch Medical Association. 3) Non devono esistere controindicazioni di natura medica al prelievo degli organi. 4) Occorre il consenso all'espianto da parte del public prosecutor (date le particolari circostanze in cui avviene il decesso). 5) qualsiasi attività d'indagine relativa alla funzionalità degli organi da espantare deve essere compiuta con il minor disagio possibile per il paziente (cfr. G. VAN DIJK, R. VAN BRUCHEM-VISSER, I. DE BEAUFORT, *op. cit.*, 3).

²⁹ Cfr. D. YSEBAERT, G. VAN BEEUMEN, K. DE GREEF et al., *Organ Procurement After Euthanasia: Belgian Experience*, in *Transplant. Proceed.*, 2009, 585.

³⁰ Cfr. I. M. BALL, R. SIBBALD, R. D. TRUOG, *Voluntary Euthanasia – Implications for Organ Donation*, in *New Engl. J. Med.*, 2018, 910.

– equivarrebbe a legittimare una pratica aversata perché inaccettabile³¹. Una siffatta opposizione, a ben vedere, potrebbe essere ritenuta fondata – e legittimare, dunque, l’obiezione di coscienza – se riferita a coloro che devono procedere al prelievo degli organi. Non si può dire altrettanto, invece, a riguardo dei sanitari chiamati a innestare gli organi stessi nel corpo di chi ne ha bisogno vitale: in questo caso, infatti, anche a voler prescindere dal principio dell’anonimato del donatore, pare evidente che il dovere dei medici di curare sia del tutto prevalente sui potenziali scrupoli derivanti dal modo in cui il donatore medesimo sia deceduto.

In secondo luogo, potrebbero svolgersi considerazioni analoghe in merito a coloro i quali ricevono le parti del corpo altrui che, in teoria, potrebbero eccepirne la provenienza dovuta a pratiche eutanasiche contrarie alla loro coscienza³². L’obiezione meriterebbe una certa attenzione da parte di chi si occupa di bioetica in quanto, fermo rimanendo il principio dell’anonimato del donatore, la conoscenza delle ragioni tanto particolari che hanno provocato la morte di quest’ultimo potrebbe incidere, in linea teorica, sulla volontà del soggetto candidato ricevente di accettare quegli organi espianati a seguito di una pratica moralmente aborrita³³.

5. Gli elementi di fatto da tenere in considerazione per un effettivo consenso informato

Le riflessioni sin qui svolte lasciano intravedere la possibilità – in un panorama *de iure condendo* – di conciliare, in seno all’ordinamento italiano, l’eventuale disciplina a governo della morte come rimedio alle sofferenze arrecate da una malattia e il successivo prelievo degli organi di chi sia deceduto a seguito dell’applicazione di tali pratiche eutanasiche (anche nelle forme del suicidio assistito). L’esperienza maturata in altri contesti ove le pratiche stesse sono comunemente ammesse indica, tuttavia, la necessità di apprestare determinate cautele, indispensabili data la particolarità della fattispecie. A questo proposito, nei paragrafi che precedono, si è dato conto del relevantissimo tema relativo alla volontà della persona, evidenziando come il desiderio di porre fine alla propria esistenza non debba stare in rapporto di dipendenza con lo spirito altruistico che ispira la donazione degli organi, dal quale deve mantenersi pienamente indipendente; sia, del pari, come il processo di formazione del volere debba essere scevro da qualsiasi suggestione esterna, ivi compresa la possibile influenza che potrebbero esercitare, anche involontariamente, i sanitari coinvolti.

Sempre in chiave prospettica giova, adesso, rimarcare la necessità che il soggetto, il quale destina parte di sé al beneficio altrui successivamente alla morte provocatagli, deve essere perfettamente consapevole di ogni questione che accompagna le relative procedure. A questo proposito, appare in-

³¹ Cfr. D. YSEBAERT, G. VAN BEEUMEN, K. DE GREEF et al., *op. cit.*, 586; D. M. SHAW, *op. cit.*, 250; J. ALLARD, M-C. FORTIN, *op. cit.*, 4.

³² J. ALLARD, M-C. FORTIN, *op. cit.*, 4.

³³ La questione è stata affrontata da Eurotransplant (un’organizzazione che si occupa dell’allocazione transfrontaliera degli organi in Austria, Belgio, Croazia, Germania, Lussemburgo, Olanda, Slovenia e Ungheria) che, nel suo rapporto annuale del 2008, ha raccomandato che sia annotato nella cartella clinica di chi è in attesa di trapianto se costui è disponibile a ricevere gli organi prelevati da un donatore morto in seguito a eutanasia praticata in Belgio o in Olanda (*Eurotransplant International Foundation, Annual Report 2008*, 24, http://www.eurotransplant.org/wp-content/uploads/2019/12/ar_2008.pdf).

dispensabile il richiamo a due elementi di fatto la cui conoscenza potrebbe influire, in vario modo, sulla decisione dell'aspirante donatore.

In primo luogo, occorre rilevare come lo stato di malattia presupposto dell'eutanasia (o del suicidio assistito) potrebbe essere incompatibile con uno stato degli organi da espianare tale da consentirne un proficuo innesto in soggetti a loro volta affetti da gravi patologie. Questa circostanza, allora, rende indispensabile una maggiore e più approfondita conoscenza diagnostica delle parti da prelevare, rispetto all'ipotesi in cui la morte sia dovuta a un evento traumatico improvviso e imprevedibile, anche al fine di informare il potenziale donatore in merito all'eventuale impossibilità di acconsentire al suo desiderio. Il perseguire tale scopo comporta, dunque, sottoporre l'infermo a una serie di indagini mediche³⁴ che – se non fosse per il suo desiderio di assegnare all'altrui beneficio parte di sé – sarebbero del tutto superflue se rapportate allo stato patologico in cui versa, con il possibile conseguente aggravio di sofferenze dovute all'effettuazione delle indagini stesse. Da ciò, dunque, una doppia necessità: quella di informare compiutamente e in termini chiari il paziente circa quello che comporta l'assoggettarsi a una siffatta attività clinica, in modo da ottenerne il relativo consapevole assenso; l'altra, di svolgere questa attività di preventiva analisi in modo che si riesca ad assicurare che il paziente stesso patisca il minor fastidio possibile.

La seconda questione da porre in evidenza assume rilievo tenuto conto dell'aspetto psicologico dell'intera vicenda. Il riferimento è ai luoghi ove praticare l'eutanasia (o il suicidio medicalmente assistito), se a questa dovesse conseguire l'espianato degli organi dal defunto per destinarli al trapianto. L'assunto dal quale partire, allo scopo di dimostrare la rilevanza dell'argomento, è relativo al fatto che il prelievo deve esser operato nel più breve tempo possibile dalla constatazione della morte del paziente, in modo da non permettere alcun deterioramento delle parti da espianare³⁵. Ciò comporta, quindi, che il decesso deve avvenire in un ambiente – come un'unità ospedaliera – nel quale sia possibile intervenire nell'immediato, senza frapporre i ritardi dovuti a un eventuale trasporto. La conseguenza è che il donatore potrebbe essere privato, quando gli è praticata l'eutanasia, del sollievo dato dalla presenza dei suoi cari, ovvero dalla possibilità di terminare la propria esistenza in un contesto confortevole e pieno di calore umano: e questo soltanto perché ha deciso di donare i propri organi a beneficio altrui³⁶.

La consapevolezza di questa circostanza – così come di quella relativa al necessario compimento di indagini diagnostiche sugli organi da espianare – contribuisce alla creazione di un consenso dell'ammalato pienamente informato in merito alle contingenze necessarie al perseguimento del fine

³⁴ Cfr. J. BOLLEN, W. DE JONGH, J. HAGENAARS et al., *op. cit.*, 1969.

³⁵ Cfr. J. BOLLEN, W. DE JONGH, J. HAGENAARS et al., *op. cit.*, 1970.

³⁶ Cfr. I. M. BALL, R. SIBBALD, R. D. TRUOG, *op. cit.*, 911. Un nuovo richiamo alle esperienze belga e olandese dimostra, comunque, che è possibile adottare una soluzione rispettosa dell'infermo e dei suoi cari (cfr. Cfr. J. BOLLEN, W. DE JONGH, J. HAGENAARS et al., *op. cit.*, 1970; G. VAN DIJK, R. VAN BRUCHEM-VISSER, I. DE BEAUFORT, *op. cit.*, 4). Ferma rimanendo, infatti, la necessità di operare il prelievo da cadavere all'interno di una struttura sanitaria accreditata – così come disposto dall'art. 13 della l. n. 91/1999 – si potrebbero attrezzare dei locali al suo interno per renderli idonei ad assicurare un ambiente accogliente, atto a ospitare il paziente e coloro che quest'ultimo desidera avere vicini al momento del trapasso. In questo modo, quindi, si riuscirebbe a coniugare il desiderio altruistico dell'infermo di donare i propri organi successivamente all'eutanasia (o al suicidio assistito) con le esigenze di carattere sanitario assicurando, così, il dovuto rispetto sia all'autodeterminazione del donatore sia alla sua stessa umanità.

che si è prefisso. In questo modo, si ottiene il risultato per cui la volontà sottostante alla donazione degli organi successiva all'eutanasia è non soltanto espressione certa e genuina del desiderio di sottrarsi alle sofferenze (senza ulteriori, indebite, spinte di natura esclusivamente altruistica), ma è anche – e soprattutto – conformata al personalissimo concetto di dignità nutrito e posto in essere, attraverso un meditato e cosciente esercizio dell'autodeterminazione, dal malato.

In conclusione, allora, la possibile coesistenza tra la scelta eutanastica e quella di destinare i propri organi al trapianto su altri individui affetti da gravi patologie risulta essere un modo attraverso il quale ottenere una effettiva valorizzazione dell'autonomia volitiva del paziente, ben oltre i concreti effetti benefici sul potenziale incremento di donazioni che, sulla scorta delle esperienze straniere, non sembrano numericamente significativi³⁷. Circostanza, questa, resa eticamente ancor più apprezzabile dalla consapevolezza raggiunta da chi è ormai al termine della propria esistenza di riuscire a fare in modo – successivamente al proprio venir meno, dovuto alla volontà di porre termine ai tormenti patiti – che altri soggetti possano ottenere quel riscatto dalla malattia che darebbe senso e dignità ulteriori, attraverso la nobiltà del dono di sé, alla volontà di morte del donante stesso³⁸.

Reviews

³⁷ Occorre considerare che la maggior parte degli ammalati che richiede l'eutanasia soffre di malattie – quali il cancro – che non sono compatibili con la donazione di organi. In Belgio, ad esempio, tra il 2005 e il 2015 si sono verificati soltanto venticinque casi di espanto successivo all'applicazione di pratiche eutanasiche (cfr. D. YSEBAERT, O. DETRY, G. VERFAILLIE et al., *Organ donation after euthanasia on specific patients' request in Belgium*, in *Transplant International*, 2015, 114). In Olanda, dal 2012 al 2016, la fattispecie si è verificata solo 16 volte a fronte di migliaia (nel 2014 furono 5306) di morti per eutanasia o per suicidio assistito (Cfr. A.K.S. VAN WIJNGAARDEN, D.J. VAN WESTERLOO, J. RINGERS, *op. cit.*, 3061).

³⁸ Secondo M. SOMERVILLE (*op. cit.*, 363), «A patient might also feel that saving another person's life makes them a hero. It might help them to believe that their death has meaning. They might even feel that they are leaving a legacy for the future and people can die more peacefully, have a "better death", if they can feel that that they will not be forgotten».

Obbligo vaccinale e rapporto di lavoro

Alberto Mattei*

MANDATORY VACCINATIONS AND EMPLOYMENT RELATIONSHIP

ABSTRACT: The article analyzes the legislative measures enacted during the pandemic situation from the standpoint of the labour law. In particular, the study focused on the compulsory vaccination in the perspective of labour law. The article focuses on the resolved and unresolved issues of the subject in the light of pandemic law.

KEYWORDS: Pandemic; vaccination; labour law; employment contracts

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Diritto pandemico e vaccinazione: il ruolo del diritto riflessivo – 3. Obbligo vaccinale, dibattito giuslavoristico e prime pronunce giurisprudenziali a cavallo del d.l. 44/2021 – 4. Obbligo vaccinale alla luce del d.l. 44/2021, convertito in l. 76/2021: le questioni affrontate, quelle parzialmente risolte e quelle aperte – 5. Tutela della privacy e gestione dei rapporti di lavoro in azienda: il necessario bilanciamento del potere di controllo datoriale – 6. Considerazioni conclusive. Dall'obbligo vaccinale al green pass: andata e ritorno?

1. Premessa

Il tema dell'obbligo vaccinale anti-Covid-19, dal punto di vista del diritto del lavoro, solleva molteplici questioni, in parte affrontate con la normativa entrata in vigore il primo aprile 2021 (art. 4 d.l. 44/2021, convertito con modificazioni dalla l. 76/2021), in parte ancora rimaste irrisolte.

In queste pagine ci proponiamo di tracciare un quadro ricostruttivo alla luce del "diritto pandemico" (*infra* par. 2). La normativa vigente, riguardante "solo" una categoria di figure professionali operanti in alcune strutture indicate dalla stessa previsione di legge (*infra* par. 4), rappresenta uno spartiacque tra un "prima" e un "dopo". Infatti, in prossimità dell'approvazione legislativa dell'obbligo vaccinale si è innescato un ricco e articolato dibattito nella dottrina giuslavoristica¹ e sono state emesse alcune

* Ricercatore t.d. lett. a) in Diritto del lavoro, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Verona. Mail: alberto.mattei@univr.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo e aggiornato ai primi giorni di settembre 2021.

¹ Senza pretesa di esaustività, considerando anche l'evolversi del quadro regolatorio, e rinviando ad altri interventi che verranno richiamati nel corso del presente contributo, segnaliamo i contributi pubblicati prima e dopo il d.l. 44/2021, P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e pandemia*, in *Lavoro Diritti Europa. Nuova Rivista di Diritto del Lavoro*, 2, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021); P. ALBI, S. BELLOMO, C. CESTER, V. FERRANTE, F. FERRARO, E. GRAGNOLI, A. MARESCA, O. MAZZOTTA, A. PERULLI, R. PESSI, A. DI ZUMBO, A. DE MATTEIS, V.A. POSO, R. ROMEI, J.C. VILLALON, L. ZOPPOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *Labor - Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it (ultima consultazione 03/09/2021); M. BASILICO (intervista di), A. MARESCA, R. RIVERSO, P. SORDI, L. ZOPPOLI, *Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato*, in *Giustizia insieme*, 22 gennaio 2021, in www.giustiziainsieme.it (ultima consultazione 03/09/2021); M. BASILICO (intervista di), F. AMENDOLA, R. DE LUCA TAMAJO, V.A. POSO, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale?*, in *Giustizia insieme*, 30 marzo 2021, in



pronunce di merito, che prenderemo in esame nel corso del contributo (*infra* par. 3). Nei confronti di coloro che prestano un'attività lavorativa il tema solleva una serie di questioni: oltre a quelle riguardanti la portata della disciplina che ha stabilito un delimitato obbligo vaccinale (*infra* par. 4), anche quelle concernenti le conseguenze che derivano dalla mancata adesione alla vaccinazione sulla gestione concreta dell'organizzazione aziendale, con riferimento particolare alla tutela della privacy (*infra* par. 5), nonché alcune considerazioni conclusive alla luce dell'introduzione del green pass a confronto con la tematica dell'obbligo vaccinale (*infra* par. 6).

2. Diritto pandemico e vaccinazione: il ruolo del diritto riflessivo

Per focalizzare al meglio la questione dell'obbligo vaccinale dal punto di vista lavoristico, occorre prendere in considerazione la linea di confine tra la situazione antecedente l'introduzione dell'obbligo e ciò che è prescritto dal d.l. 44/2021.

Il "prima" è rappresentato dalla fase che il Paese ha vissuto e tuttora sta vivendo a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza del gennaio 2020² e, a seguire, con la decretazione di urgenza

www.giustiziainsieme.it (ultima consultazione 03/09/2021); G. BENINCASA, G. PIGLIALARM, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, in *WP Salus*, 1, 2021 reperibile su <http://salus.adapt.it/pubblicazioni/> (ultima consultazione 03/09/2021); M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021 (ultima consultazione 03/09/2021); A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 5 aprile 2021; E. GRAGNOLI, *L'epidemia, la vaccinazione, il rifiuto e l'ultimo provvedimento normativo*, in *Lavoro Diritti Europa. Rivista nuova di Diritto del Lavoro*, 1, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021); R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 1, 2021, 31; V. MAIO, *Licenziamento e vaccino anti Covid-19. Perché serviva il Decreto Legge n. 44 del 2021 per obbligare gli operatori sanitari e cosa cambia ora*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2, 2021, 292 ss.; M. MARINELLI, *Il vaccino anti-Covid e l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 4, 2021, 329 ss.; L. MENGHINI, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*, in *Lavoro Diritti Europa. Rivista nuova di Diritto del Lavoro*, 2, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021); M. MOCELLA, *Vaccini e diritti costituzionali: una prospettiva europea*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2021 (ultima consultazione 03/09/2021); P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, I, 2021, 152 ss. in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021); C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 7/4/2021, 3 ss.; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto legge n. 44/2021*, in *Questione Giustizia*, 20 aprile 2021, in www.questionegiustizia.it/ (ultima consultazione 03/09/2021); R. SANTUCCI, *Vaccinazione contro il Covid-19 ed effetti sulle posizioni soggettive nel contratto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2021 (ultima consultazione 03/09/2021); F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 3/4/2021; M. VERZARO, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, in *Lavoro Diritti Europa. Nuova Rivista di Diritto del Lavoro*, 2, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021).

² Delibera del Consiglio dei Ministri, 31 gennaio 2020 «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili». Per «la cronaca degli eventi», da ultimo F. AMENDOLA, *Covid-19 e responsabilità del datore di lavoro*, Bari, 2020, 29 ss.

che ha investito significativamente il sistema normativo sotto il profilo costituzionale³, oltre che sulla regolazione individuale e collettiva in materia di lavoro⁴. Ai fini del presente contributo, tra i numerosi provvedimenti di legge, rileva il testo condiviso tra Governo e parti sociali, sottoscritto a marzo del 2020, aggiornato il mese successivo, e nuovamente fatto oggetto di intervento nell'aprile 2021, su «la regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro»⁵. L'intesa ha rappresentato il testo guida per l'approvazione di altre intese nazionali e sub-nazionali, sia a livello trilaterale sia a livello bilaterale⁶. Contestualmente all'ultimo aggiornamento del protocollo, il 6 aprile 2021 è stata sottoscritta un'ulteriore intesa recante «la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro»⁷.

L'importanza di tali protocolli, la cui applicazione ha rappresentato l'adempimento dell'obbligo di sicurezza ex art. 2087 cod. civ., acquistando al contempo forza normativa⁸, ha permesso di realizzare il

³ Tra gli altri sul versante costituzionalistico M. D'AMICO, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2020, 31 ss. Nella lettura del dibattito giuslavoristico dal punto di vista costituzionalistico M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2021, 89 ss.

⁴ In merito rilevano le numerose norme dei noti d.p.c.m. e decreti legge emanati a partire dal marzo 2020. Tra le varie disposizioni, è possibile menzionare solo l'imposizione del lavoro a distanza (cd. *smartworking*), le misure di sostegno al reddito per le situazioni di chiusure delle aziende dovute alle problematiche che la pandemia ha innescato sul tessuto economico-sociale del Paese, fino al cd. blocco dei licenziamenti. Sul punto si rinvia alla trattazione nei volumi curata da D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI, *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, 2020, disponibile su <https://moodle.adaptland.it/> (ultima consultazione 30/07/2021).

⁵ Il primo protocollo risale al 14 marzo 2020, l'ultimo aggiornamento è del 6 aprile 2021. La pagina istituzionale di riferimento è www.lavoro.gov.it/priorita/Pagine/Firmato-il-Protocollo-per-le-vaccinazioni-nei-luoghi-di-lavoro-Orlando-Un-passo-in-avanti-nella-direzione-della-ripresa.aspx (ultima consultazione 30/07/2021). Sulla tematica dei protocolli e degli accordi aziendali sottoscritti con riferimento alle questioni di salute e sicurezza si rinvia, sul piano della documentazione, alla banca dati Olympus dell'Università degli Studi di Urbino <https://olympus.uniurb.it/> (ultima consultazione 20/08/2021). Per una riflessione riguardante l'importanza del metodo delle relazioni industriali come «studio sistematico del diritto prodotto dai sistemi di contrattazione collettiva», M. TIRABOSCHI, *Tra razionalità economica e razionalità giuridica: una lezione dalla emergenza sanitaria da Covid-19*, ora in *Per uno studio della contrattazione collettiva*, 2021, 167 (già in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI, V, cit.).

⁶ Riguardanti temi come l'informazione (1), le modalità di ingresso in azienda (2), le modalità di accesso dei fornitori esterni (3), la pulizia e sanificazione in azienda (4), le precauzioni igieniche personali (5), i dispositivi di protezione individuale (6), la gestione di spazi comuni (7), l'organizzazione aziendale (8), la gestione di entrata e uscita dei dipendenti (9), gli spostamenti interni, riunioni, eventi interni e formazione (10), la gestione di una persona sintomatica in azienda (11); la sorveglianza sanitaria, il medico competente, il responsabile per la sicurezza (12); infine, l'aggiornamento del protocollo di regolamentazione (13).

⁷ Anche questo testo è consultabile alla pagina www.lavoro.gov.it/priorita/Pagine/Firmato-il-Protocollo-per-le-vaccinazioni-nei-luoghi-di-lavoro-Orlando-Un-passo-in-avanti-nella-direzione-della-ripresa.aspx (ultima consultazione 30/07/2021).

⁸ Art. 29-bis del d. l. 23/2020, convertito con modificazioni da l. 40/2020 in tema di obbligo dei datori per la tutela contro il rischio di contagio, norma che stabilisce che «ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo». Rispetto a tale norma e al rapporto complesso tra protocolli e art. 2087 cod. civ. rinviamo a F. AMENDOLA, *op. cit.*, 63 ss., il quale rimarca che con l'introduzione dell'art. 29-bis non solo si ha un passaggio dal piano del rapporto Stato-impresa, a tutela della

bilanciamento, essenziale alla luce della drammatica situazione economico-sociale che ha vissuto il Paese, soprattutto nella prima fase pandemica, tra la prosecuzione delle attività economico-produttive e la salvaguardia della sicurezza delle persone che lavorano, secondo un principio di precauzione⁹. In questo senso, la clausola generale dell'art. 2087 cod. civ. ha sprigionato e sprigiona i suoi effetti a livello collettivo e a livello individuale in relazione all'art. 32 Cost., assumendo un rilievo centrale nella tematica della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro ai fini della tutela di un bene di rango costituzionale quale la salute. Come già posto in luce dalla dottrina lavorista, la norma codicistica si colloca all'interno del rapporto di lavoro e non *a latere*, e segnatamente nell'area del *sinalagma* negoziale: la prestazione lavorativa deve svolgersi in sicurezza ed incombe sul datore di lavoro l'obbligo «di predisporre un substrato “idoneo” sia dal punto di vista dell'efficienza organizzativa sia sotto il profilo del rispetto del bene fondamentale della salute di tutte le persone che sono tenute a lavorare stabilmente in quell'organizzazione»¹⁰.

Proprio il protocollo dell'aprile 2021 sulla vaccinazione ha affrontato un aspetto centrale ai fini della nostra analisi: la scelta di sottoporsi alla vaccinazione da parte di coloro che operano nei contesti economico-produttivi. Posto che la Costituzione, alla luce della tutela individuale e collettiva della salute *ex art. 32 Cost.*, consente al legislatore di prevedere un obbligo vaccinale se ritenuto ragionevole in base alle condizioni epidemiologiche e sulla base dell'evoluzione della scienza medica¹¹, non è sta-

salute pubblica, al piano del rapporto diretto datore-lavoratore, con l'obiettivo di delimitare il campo delle responsabilità in caso di malattia che può essere contratta nei luoghi di lavoro, ma si ha un cambio di prospettiva anche rispetto all'operatività dell'art. 2087 cod. civ. che da clausola aperta caratterizzata da una *vis expansiva* – per cui nell'esercizio dell'impresa l'imprenditore è tenuto ad adottare quelle misure di tutela dell'integrità psico-fisica del prestatore di lavoro «secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica» – viene trasformato in un «contenitore» volto a raccogliere solo ed esclusivamente le misure di prevenzione indicate nei protocolli.

⁹ Tra i diversi profili di impatto della pandemia sulle regole lavoristiche, tra gli autori che per primi hanno affrontato il tema dell'efficacia dei protocolli, M. MARAZZA, *L'art. 2087 nella pandemia COVID-19 (e oltre)*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, 267 ss. P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra “raccomandazione” e protocolli. Verso una dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2019, 98, in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021). P. PASCUCCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, 117, in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021); A. TURSI, *Rischio Covid-19 e obbligo di sicurezza del datore di lavoro: l'ennesima sfida della pandemia al diritto del lavoro*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, 849 ss. Da ultimo, S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2020. Per il succedersi della prima normativa emergenziale e l'incidenza sul sistema delle fonti sia consentito il rinvio a A. MATTEI, *La salute dei lavoratori nella pandemia e l'impronta dello Statuto*, in *Lavoro e Diritto*, 4, 2020, 633 ss.

¹⁰ L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1976, 75-76.

¹¹ Nelle parole del giudice delle leggi: «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, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria», così Corte Cost. 5/2018, richiamando le sentenze 258/1994 e 307/1990.

to previsto, finora, un obbligo di vaccinazione generalizzato, salvo per coloro che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 4 d.l. 44/2021 (*infra* par. 4).

Dal protocollo citato emerge la rilevanza della volontarietà alla vaccinazione quale espressione della scelta libera e consapevole di ciascun prestatore di lavoro. In particolare, viene stabilito che

«i datori di lavoro, singolarmente o in forma aggregata e indipendentemente dal numero di lavoratrici e lavoratori occupati, con il supporto o il coordinamento delle associazioni di categoria di riferimento, possono manifestare la disponibilità ad attuare piani aziendali per la predisposizione di punti straordinari di vaccinazione anti-Covid-19 nei luoghi di lavoro destinati alla somministrazione in favore delle lavoratrici e dei lavoratori che *ne abbiano fatto volontariamente richiesta*» (corsivo nostro)¹²;

e, ancora,

«le procedure finalizzate alla raccolta delle adesioni dei lavoratori interessati alla somministrazione del vaccino dovranno essere realizzate e gestite nel pieno rispetto della *scelta volontaria rimessa esclusivamente alla singola lavoratrice e al singolo lavoratore*, delle disposizioni in materia di tutela della riservatezza, della sicurezza delle informazioni raccolte ed evitando, altresì, ogni forma di discriminazione delle lavoratrici e dei lavoratori coinvolti» (corsivo nostro)¹³.

Il protocollo mantiene dunque ferma la concezione secondo la quale la vaccinazione è una scelta volontaria della persona che lavora, pur favorendone la diffusione¹⁴.

Dalle indicazioni contenute nel protocollo, quale strumento di diritto riflessivo in grado di fornire «una cornice legislativa di mezzi e strumenti all'interno della quale si sviluppa l'autoregolazione sociale, a sua volta in vario modo "recepita" nei processi autopoietici di giuridificazione»¹⁵, si ricava

¹² Punto 2.

¹³ Punto 8.

¹⁴ Il Consiglio di Europa all'inizio del 2021 si è pronunciato in merito, salvaguardando la scelta volontaria e priva di qualsiasi tipo di pressione da parte del cittadino: «ensure that citizens are informed that the vaccination is not mandatory and that no one is under political, social or other pressure to be vaccinated if they do not wish to do so»; e, di conseguenza, in caso di mancata vaccinazione, «ensure that no one is discriminated against for not having been vaccinated, due to possible health risks or not wanting to be vaccinated», Resolution 2361 (2020) «Covid-19 vaccines: ethical, legal e practical considerations», p. 7.3.1 e 7.3.2. Inoltre, senza avere una connessione giuridica diretta con le tematiche dell'obbligo vaccinale anti-Covid 19, ma con una valenza politica significativa *Case of Vavříčka and others v. The Czech Republic*, App. n. 46721/13 e a., 8 aprile 2021, che ha confermato la compatibilità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo della legge della Repubblica Ceca sulla tutela della salute pubblica e di due decreti ministeriali attuativi riguardanti l'imposizione di un obbligo generale di vaccinazione dei bambini contro malattie infettive proprie dell'età pediatrica, per un commento M. TOMASI, *La proporzionalità degli obblighi vaccinali nella lettura della Corte Edu*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2021, 445 ss.

¹⁵ Così A. PERULLI, «Diritto riflessivo» e autonomia collettiva al tempo di Covid-19, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, 299, nel richiamare la prospettiva di G. TEUBNER, *Substantive and Reflexive Element in Modern Law*, in *Law & Society Review*, 17, 2, 1983, 239 ss.; G. TEUBNER, *Law as an autopoietic system*, Blackwell, Oxford, 1993. Di questo processo riflessivo ne costituisce un esempio, all'interno del settore scolastico dove ora incide il d.l. 111/2021 (*infra* par. 6), il recente «Protocollo di intesa per garantire l'avvio dell'anno scolastico nel rispetto delle regole di sicurezza per il contenimento e la diffusione di Covid 19 (anno scolastico 2021/2022)», sottoscritto il 14 agosto 2021 dal Ministro dell'Istruzione e dalle organizzazioni di rappresentanza. In questa intesa sono recepite le indicazioni che provengono dalla scienza medica, prendendo atto che «la vaccinazione costituisce, ad oggi, la misura di prevenzione pubblica fondamentale per contenere la diffusione della SARS-CoV-21, come indicato dal CTS» (par. d).

l'invito alla realizzazione di piani aziendali per la vaccinazione diretta delle persone che lavorano, a prescindere dalla tipologia contrattuale. Al fine di raggiungere l'obiettivo di «concorrere ad accelerare e implementare a livello territoriale la capacità vaccinale anti SARS-CoV-2/Covid-19» e, al contempo, consentire di rendere «più sicura la prosecuzione delle attività commerciali e produttive sull'intero territorio nazionale, accrescendo il livello di sicurezza degli ambienti di lavoro», l'attività di sanità pubblica che contraddistingue tali piani si pone coerentemente in linea con la raccomandazione alla vaccinazione¹⁶, in presenza all'epoca di un obbligo vaccinale delimitato (*infra* par. 4).

3. Obbligo vaccinale, dibattito giuslavoristico e prime pronunce giurisprudenziali a cavallo del d.l. 44/2021

La volontarietà (o meno) di sottoporsi alla vaccinazione è stata al centro del dibattito giuslavoristico in concomitanza con la somministrazione delle prime vaccinazioni alla fine di dicembre del 2020, in assenza di un obbligo vaccinale previsto dalla legge, entrato in vigore per una delimitata categoria di prestatori di lavoro (*infra* par. 4), solo a decorrere dal primo aprile 2021. Il dibattito si è incentrato, in particolare, sul tema delle conseguenze dovute al possibile rifiuto alla vaccinazione da parte del prestatore di lavoro, sulla base dell'art. 2087 cod. civ. e in relazione alla tutela della salute *ex art.* 32 Cost.

In merito, c'è chi ha ritenuto, sottolineando una relazione stretta tra art. 2087 cod. civ. e art. 32 Cost., che il datore di lavoro possa esigere dai dipendenti la vaccinazione contro il Covid-19, nonostante la riserva di legge posta dall'art. 32 Cost., dal momento che il datore stesso è tenuto a considerare che la vaccinazione è utile per prevenire un danno sia ai propri dipendenti sia a terzi¹⁷, in ragione dell'argomento per cui la libertà di non curarsi sancita dall'art. 32 Cost. non può spingersi al punto di ledere la salute altrui. Viene, perciò, attribuito alla norma codicistica un ambito di applicazione esteso, quale disposizione aperta in grado di costituire attuazione della riserva di legge costituzionale. Tale lettura "rigorista" è fondata su alcuni punti, sinteticamente riassumibili: in primo luogo, i diritti assoluti della persona, compresa la libertà di sottoporsi alla vaccinazione anti-Covid-19, sono suscettibili di limitazioni che derivano dagli obblighi propri del contratto di lavoro, a prescindere da una previsione di legge che impone la vaccinazione; in secondo luogo, come elemento di fatto, la scienza medica a livello internazionale è pressoché unanime nel ritenere urgente il contrasto alla pandemia mediante una vaccinazione di massa, considerando il rapporto costi-benefici, in quanto risultano più gravi i rischi derivanti dal perdurare della pandemia rispetto ad effetti avversi che posso-

¹⁶ Nel richiamare Corte Cost. 268/2017 P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, 2021, 105, in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021).

¹⁷ Tra gli Autori, a partire dall'intervista a V. PICCOLILLO di P. ICHINO, *Il datore di lavoro può sospendere il contratto di chi rifiuta il vaccino*, in *Il Corriere della Sera*, 29 dicembre 2020. La posizione è stata successivamente articolata dall'Autore, così P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore? Pro*, in *Il Quotidiano Giuridico*, Ipsoa, 8 gennaio 2021, in www.quotidianogiuridico.it (ultima consultazione 03/09/2021); P. ICHINO, *L'obbligo di vaccinazione anti-Covid di fonte contrattuale*, in *Guida al Lavoro*, 3, 19 gennaio 2021. Tale A. è arrivato a sostenere che un dovere di vaccinarsi può derivare non solo da un contratto di lavoro, ma anche da altri contratti taciti che si instaurano, per esempio, a chi entra in un centro commerciale e tale struttura di vendita.

no sorgere dalla somministrazione del vaccino; alla luce di questi elementi si conclude per la sussistenza un vero e proprio potere-dovere contrattuale in capo al datore di imporre la vaccinazione, se la ritiene una misura utile per ridurre il rischio specifico di trasmissione dell'infezione che può nascere dal contatto tra persone¹⁸. Secondo tale orientamento il lavoratore può rifiutare la vaccinazione solo se ha un valido motivo, in mancanza del quale potrebbe essere adottato un provvedimento di sospensione dal lavoro senza retribuzione, pur senza arrivare a prospettare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per motivo disciplinare¹⁹.

Diversamente da tale orientamento dottrinale, una lettura più "garantista"²⁰ ha affermato che la riserva di legge ex art. 32 Cost. può essere assolta solo con una norma speciale, smentendo pertanto che essa sia aggirabile tramite contratto individuale o mediante intesa collettiva; e neppure facendo riferimento all'art. 2087 cod. civ. e alle norme in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro ai sensi degli artt. 18, co. 1, lett. d) e f), 20, 41, 42 e 279, co. 2, lett. a), d.lgs. 81/2008²¹. La tesi del superamento della riserva di legge non è ammissibile, per altra via, neppure sulla base dell'interpretazione assunta da parte della Consulta sul necessario, dal punto di vista costituzionale, assoggettamento dei lavoratori agli accertamenti sulla sieropositività da HIV, trattandosi in quest'ultimo caso di accertamenti ematologici in presenza di una legge che li prevede, mentre per il Covid-19, il cui obbligo vaccinale è stato previsto solo per una platea delimitata, si è di fronte ad un trattamento sanitario di prevenzione²². Pertanto, contrariamente alla prospettiva di chi ha visto nell'obbligo di sicurezza ex art. 2087 cod. civ. una norma aperta e sostanzialmente attuativa della riserva di legge dell'art. 32 Cost., secondo questo orientamento la norma codicistica è, invece, da intendersi generale, in quanto non adatta a compensare la specificità richiesta dalla riserva di legge ex art. 32 Cost. Tale orientamento, peraltro, non fornisce una risposta univoca nell'ipotesi di rifiuto alla vaccinazione da parte del lavoratore, ma pone in evidenza come le situazioni vadano ponderate caso per caso, a seconda del contesto ambientale in cui opera il lavoratore, distinguendo per esempio ambienti a rischio professionale "presunto" rispetto ad ambienti a rischio generico ritenuto "aggravato"²³.

¹⁸ P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, in *Il Quotidiano Giuridico*, cit.

¹⁹ E. GRAGNOLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, cit., osservando come il tema si inseriva mentre perdurava il blocco dei licenziamenti (gennaio 2021). Invece, per la percorribilità della via sia del licenziamento per motivo oggettivo sia del licenziamento disciplinare, C. CESTER, *op. cit.*

²⁰ Tra gli Autori in particolare O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore? Contro*, in *Il Quotidiano Giuridico*, Ipsoa, 8 gennaio 2021, in www.quotidianogiuridico.it (ultima consultazione 03/09/2021); O. MAZZOTTA, *Non vaccinati licenziabili solo se il proficuo impiego diventa impossibile*, in *Quotidiano del lavoro*, Il Sole 24 Ore, 13 gennaio 2021; O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Oronzo Mazzotta*, cit.

²¹ Normativa puntualmente richiamata da M. BIASI, *La collocazione in ferie del personale socio-sanitario renitente al vaccino anti-Covid: un (più che) ragionevole compromesso*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 3, 2021, 812, nel commentare Trib. Belluno, ordinanza del 19 marzo 2021 e ordinanza collegiale 6 maggio 2021.

²² Nel richiamare la sentenza 218/1994 M. MASSA, *op. cit.*, 96-98; A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, cit.

²³ G. NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all'autodeterminazione*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, 2021, 138, in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021).

Altra dottrina ancora²⁴ ha dato una lettura più “mediata” a partire dalla valorizzazione delle norme prevenzionistiche. Pur rilevando che dalla normativa proveniente dal Testo Unico sulla sicurezza sul lavoro non si possa ricavare un obbligo vaccinale in capo al prestatore di lavoro, è stato posto in evidenza come tale sistema delinei un modello regolativo in grado di sostenere la vaccinazione, da cui derivano significative conseguenze nel caso in cui il prestatore non intenda sottoporvisi. Infatti, in capo al lavoratore non sussiste un obbligo vaccinale, ma si configura un onere di sottoposizione alla vaccinazione. Pur rimanendo intatta la libertà di accedervi o meno, l’eventuale rifiuto implica conseguenze che variano dall’adibizione a mansioni diverse fino a giungere al licenziamento per motivo oggettivo. Tuttavia, quest’ultimo è sottoposto alle condizioni e alle garanzie di cui all’art. 41 del d.lgs. 81 del 2008, che richiedono il giudizio del medico competente e l’eventuale ricorso alla commissione provinciale medica.

A prescindere dalla normativa prevenzionistica e da un obbligo *ex lege*, c’è chi poi ha ravvisato proprio nell’onere alla vaccinazione, anziché nell’obbligo, l’inquadramento più corretto sotto il profilo del rapporto contrattuale²⁵. In tal senso l’onere di vaccinarsi, inteso come «dovere libero»²⁶, rappresenta lo strumento attraverso cui l’ordinamento giuridico impone al soggetto, in questo caso il prestatore di lavoro, un determinato comportamento che, se non è adempiuto, può dare luogo a conseguenze pregiudizievoli. In altre parole, il prestatore è libero di non vaccinarsi, ma non può pretendere che tale comportamento non vada ad incidere sul rapporto contrattuale di lavoro, in quanto la vaccinazione costituisce un requisito essenziale per lo svolgimento della prestazione. Questa soluzione è stata espressamente recepita per ciò che riguarda i prestatori di lavoro che rientrano nel campo di applicazione dell’art. 4 del d.l. 44/2021 (*infra* par. 4), ma potrebbe estendersi ad altre prestazioni lavorative compiute all’interno di strutture e ambienti di lavoro dove vi sia il rischio che, secondo una opportuna valutazione medica, il virus possa propagarsi. Da questo punto di vista, la richiesta di vaccinazione, a prescindere da un obbligo vaccinale stabilito per legge, potrebbe essere ritenuta esigibile in termini di adempimento contrattuale, dovendo il giudizio essere «individualizzato» sul piano del singolo rapporto di lavoro. In altre parole, laddove il rischio sia accertato sul piano medico, il comportamento a tutela della salute, entrando nella causa del contratto di lavoro, diviene altresì oggetto della prestazione di lavoro richiesta²⁷. A tal proposito, è stata richiamata l’autorevole dottrina che ha esaminato la responsabilità contrattuale del lavoratore, individuando l’obbligo preparatorio alla prestazione: «l’attività dedotta nell’obbligo viene individuata anche alla stregua della sua *personalità*, vale a dire dell’immanenza che nel suo dispiegamento presenta la persona dell’agente»²⁸. In questa prospettiva, la persona è condizione dell’obbligo di fare lavorativo, andandone a costituire il presupposto: se la persona manca, l’adempimento risulta impossibile, ma, altrettanto, «nella misura in cui il

²⁴ Al riguardo P. PASCUCCI, A. DELOGU, *op. cit.*, 81 ss.

²⁵ C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1, 2021, 149 ss.

²⁶ La dottrina civilistica sul punto, O. SCOZZAFAVA, voce *Onere (nozione)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, 109 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1979, 141 ss., ripresa da C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, cit.

²⁷ O. MAZZOTTA, *Dibattito istantaneo*, cit., 49.

²⁸ G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 151, richiamato da C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, cit.

buono o cattivo esito dell'adempimento dipendono per gran parte dal buono o cattivo stato della persona», il prestatore di lavoro da considerare coerente è colui che risulta «tenuto ad evitare tutto ciò che, danneggiando la sua persona, può dar luogo a inadempimento o ad adempimento inesatto»²⁹.

Alla luce degli orientamenti della dottrina lavorista sinteticamente richiamati, emersi prima dell'entrata in vigore del d.l. 44/2021, va valutato il quadro derivante dalla disciplina *ad hoc* ivi prevista, riguardante l'obbligo di vaccinazione nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario operanti in strutture indicate dalla medesima normativa (*infra* par. 4). Anche prima dell'entrata in vigore dell'obbligo *ex lege*, proprio su queste figure ha avuto modo di soffermarsi la prima giurisprudenza di merito. Infatti, alcune pronunce recenti in tema di mancata vaccinazione del personale sanitario hanno affrontato quali fossero gli effetti sul rapporto di lavoro in caso di rifiuto alla vaccinazione. Nel caso giudicato dal Tribunale di Belluno, pronunciato con una prima ordinanza del marzo 2021, anteriore quindi all'entrata in vigore del predetto obbligo vaccinale, è stata stabilita la legittimità del provvedimento datoriale con cui è stato collocato in ferie il personale rifiutatosi di sottoporsi alla vaccinazione. Secondo il Tribunale, che, nella ordinanza collegiale del maggio 2021, ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità sollevata in merito all'obbligo introdotto dal d.l. 44/2021 sulla base di precedenti pronunce della Corte costituzionale richiamate nella medesima ordinanza³⁰, la vaccinazione rappresenta una misura volta a tutelare l'integrità fisica dei prestatori ai sensi dell'art. 2087 cod. civ.³¹. Con altra pronuncia, innescata dal ricorso di due lavoratrici adibite allo svolgimento di mansioni a carattere sanitario-fisioterapico operanti all'interno di una casa di riposo per anziani e rifiutatesi di sottoporsi al vaccino, il Tribunale di Modena ha ritenuto legittimo il provvedimento datoriale di sospensione nei loro confronti dal servizio e dalla retribuzione. In particolare, per il giudice la protezione e la salvaguardia della salute dell'utenza entrano nell'oggetto della prestazione esigibile e nella struttura stessa del contratto di lavoro³². In termini simili, il Tribu-

²⁹ In questo modo si auto-disciplina il proprio tenore di vita in funzione e con riguardo alla natura della prestazione lavorativa, così G. F. MANCINI, *op. cit.*, 152.

³⁰ Corte cost. 5/2018 e 258/1994.

³¹ Trib. Belluno, ordinanza del 19 marzo 2021 e ordinanza collegiale 6 maggio 2021. Tra i commenti, M. BIASI, *op. cit.*; C. PISANI, *Rifiuto del vaccino e ferie forzate per gli operatori sanitari in attesa del decreto legge*, in *Guida al Lavoro*, 9, 16 aprile 2021; L. TASCHINI, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Dalle prime pronunce di merito al d.l. n. 44 del 2021*, in *Lavoro Diritti Europa – Nuova Rivista di Diritto del Lavoro*, 2, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021).

³² Il «contegno omissivo serbato dalle ricorrenti (non rimproverabile a livello soggettivo per inserirsi, nel difetto di espressa previsione legislativa contemplante l'obbligo di vaccinazione, nell'alveo di libertà riconosciuto dall'art. 32 della Carta Fondamentale) ha inciso in maniera oggettiva, sopravvenuta e significativa sul sinallagma, rendendo di fatto impossibile la fruizione della prestazione da parte della convenuta Società cooperativa, datrice di lavoro che ha visto frustrato il proprio interesse individuale (così come obiettivizzato nel contratto di lavoro) e che quindi si è legittimamente risolta nel sospendere temporaneamente (fino a vaccinazione completata [...]) il rapporto lavorativo», così Trib. Modena, ord. 19 maggio 2021, in *Il giuslavorista*, con nota di C. NANNETTI, *Obbligo vaccinale e conseguenze sul rapporto di lavoro in caso di rifiuto del lavoratore pre e post d.l. 44/2021*; e altresì su *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 4, 2021, in corso di pubblicazione. Al momento di chiusura del presente contributo, è apparsa sulla stampa la notizia del rigetto del reclamo da parte del collegio del medesimo Tribunale, così Trib. Modena, ord. 23 luglio 2021, in un articolo di M. MARRAFFINO, *Il lavoratore non vuole vaccinarsi? Sospensione e stop alla retribuzione*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 luglio 2021, il cui testo è ora consultabile al sito <https://olympus.uniurb.it/> (ultima consultazione 20/08/2021).

nale di Verona, avvalorando il provvedimento datoriale con cui era stata disposta l'aspettativa non retribuita per inidoneità temporanea allo svolgimento delle mansioni di due operatrici socio-sanitarie operanti in un istituto pubblico di assistenza e beneficenza rifiutatesi anch'esse di sottoporsi alla vaccinazione, ha condiviso la posizione dell'ordinanza collegiale di Belluno, richiamandone l'assunto per cui è da

«ritenere prevalente, sulla libertà di chi non intenda sottoporsi a vaccinazione contro il Covid-19, il diritto alla salute dei soggetti fragili che entrano in contatto con gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, in quanto bisognosi di cure, e, più in generale, il diritto alla salute della collettività, nell'ambito della perdurante emergenza sanitaria derivante dalla pandemia da Covid-19»³³.

In sintesi, il rilievo del 2087 cod. civ. in relazione al sinallagma negoziale e la prevalenza della dimensione della tutela collettiva della salute ex art. 32 Cost. rispetto a quella individuale rappresentano il filo rosso che accomuna le prime pronunce di merito. Come si porrà in luce soffermandosi sulla normativa in vigore dal primo aprile 2021, l'obbligo di vaccinazione ex d.l. 44/2021 non è dissimile rispetto a quanto affermato da questa prima giurisprudenza, in particolare per i profili riguardanti le conseguenze dovute al rifiuto alla vaccinazione.

4. Obbligo vaccinale alla luce del d.l. 44/2021, convertito in l. 76/2021: le questioni affrontate, quelle parzialmente risolte e quelle aperte

A questo punto, ricostruito il "prima" dell'obbligo vaccinale, veniamo al "dopo". Con il decreto legge 44/2021³⁴, entrato in vigore il primo aprile del 2021, la situazione si ritiene risolta almeno in parte attraverso l'introduzione *ex lege* dell'obbligo di sottoporsi alla vaccinazione per coloro che sono esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario.

Innanzitutto, occorre porre in luce che l'obbligo è circoscritto a categorie specificamente previste dal testo di legge, non esteso perciò in maniera generalizzata. La norma con profili lavoristici di rilievo è l'art. 4, rubricata «disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2, mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario», articolata su 12 commi. Si tratta di una norma che "dice" molto sul piano sostanziale, anche per ciò che non prevede, con implicazioni per il rapporto di lavoro, a partire dagli aspetti procedurali-comunicativi da parte degli ordini professionali territoriali e dei datori di lavoro³⁵. Su tale aspetto, la procedura non è esente da rilievi critici per le incongruenze e la farraginosità sul piano

³³ Trib. Verona ordinanza del 24 maggio 2021, che si può consultare al sito <https://olympus.uniurb.it/> (ultima consultazione 20/08/2021). Per un commento G. GUARINI, *Rifiuto del vaccino anti Covid 19 e conseguenze giuridiche per il personale sanitario nelle recenti sentenze di Verona e Modena*, in *Il Giuslavorista*, 4 agosto 2021.

³⁴ D.l. 1 aprile 2021, n. 44 «misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici» pubblicato in G.U. Serie Generale n. 79 dell'1 aprile 2021, entrato in vigore lo stesso giorno. Il decreto è stato convertito con modificazioni dalla l. 28 maggio 2021, n. 76, pubblicata in G.U. 31 maggio 2021, n. 128. Inoltre, nel medesimo capo riguardante «misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da Covid-19 e in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2», fra le altre norme, è stata esclusa espressamente la responsabilità penale degli operatori sanitari per eventi avversi nelle ipotesi di uso conforme del vaccino (art. 3).

³⁵ Art. 4, co. 3 e 6 d.l. 44/2021.

della “catena” di comunicazioni³⁶. In ogni caso, oltre a fissare un termine massimo temporale (31 dicembre 2021), la norma stabilisce un duplice obiettivo, seppur generico, che va oltre la dimensione propriamente lavoristica, assumendo un connotato di vera e propria norma di sistema: «tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell’erogazioni delle prestazioni di cura e assistenza»³⁷. Occorre approfondire la *ratio* sottesa a tale duplice finalità, da cui discende, lo ripetiamo, un obbligo vaccinale non onnicomprensivo bensì delimitato a chi opera nei settori di cura e assistenza. A nostro avviso, con tale delimitazione il legislatore ha confermato che il Covid-19, per quanto possa essere ubiquitario e trasversale, rappresenta nel settore sanitario un rischio «aggravato fino a diventare specifico»³⁸, constatazione suffragata dalle indicazioni statistiche provenienti dall’INAIL³⁹.

Sul piano delle implicazioni sul rapporto di lavoro, la disciplina in oggetto prevede che se il prestatore, rientrando nelle categorie professionali operanti in contesti individuati dalla norma⁴⁰, non osserva l’obbligo vaccinale, a meno che non sia giustificato da un pericolo per la salute⁴¹ ed in mancanza di mansioni alternative disponibili, anche inferiori, in grado di escludere contatti interpersonali o a rischio di diffusione del contagio da Covid-19⁴², tale inadempimento determina la sospensione dalla prestazione e dalla retribuzione⁴³, fino all’assolvimento dell’obbligo vaccinale o al compimento del piano vaccinale e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021⁴⁴. Un ulteriore elemento di rilievo che emerge dall’esame della norma è la temporaneità della misura, enunciato già dal primo comma del citato articolo⁴⁵. L’esclusione dall’obbligo opera, tuttavia, per coloro che hanno un accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate attestata dal medico di medicina generale. In questa limitata ipotesi, la vaccinazione non è obbligatoria e può essere omessa o differita⁴⁶.

Pertanto, sul piano delle conseguenze nell’ambito del diritto del lavoro, sussiste una differenza di trattamento in relazione agli effetti tra chi ha l’obbligo, ma è giustificato a non vaccinarsi; e chi, di-

³⁶ F. SCARPELLI, *op. cit.* Altresì, C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, cit., 152.

³⁷ Art. 4, co. 1 d.l. 44/2021.

³⁸ S. BUOSO, *op. cit.*, 142-143, nel richiamare la nota INAIL n. 3675 del 17 marzo 2020 e la circolare n. 13/2020 che ricomprende anche i lavoratori del comparto sanitario. Si tratta in ogni caso di situazioni non esaustive, lo sottolinea F. AMENDOLA, *op. cit.*, 48-49; ulteriormente G. BENINCASA, G. PIGLIALARM, *op. cit.*; M. T. CARINCI, *Obbligo di sicurezza e responsabilità datoriale: il rischio di contagio da Covid-19*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 4, 2020, 385 ss.

³⁹ Si rileva come la categoria degli operatori sanitari è «certamente esposta ad un maggiore rischio di contatto con l’agente virale», così *Monitoraggio sugli operatori sanitari risultati positivi a COVID-19 dall’inizio dell’epidemia fino al 30 aprile 2020: studio retrospettivo in sette regioni italiane*, Marzo 2021, 29, consultabile all’indirizzo www.inail.it (ultima consultazione 31/07/2021).

⁴⁰ Gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che prestano la loro attività in strutture sanitarie, socio-sanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie o parafarmacie e negli studi professionali ai sensi dell’art. 4, co. 1 d.l. 44/2021.

⁴¹ Art. 4, co. 2 d.l. 44/2021.

⁴² Art. 4, co. 6 e 8 d.l. 44/2021.

⁴³ Art. 4, co. 6 d.l. 44/2021.

⁴⁴ Art. 4, co. 9 d.l. 44/2021.

⁴⁵ Art. 4, co. 1 d.l. 44/2021.

⁴⁶ Art. 4, co. 2 d.l. 44/2021.

versamente, non ha giustificazioni e la cui inosservanza all'obbligo vaccinale comporta da parte del datore di lavoro l'applicazione di un provvedimento distinto. Un elemento in comune, del tutto logico e comprensibile, è che in entrambe le ipotesi l'obbligo all'adibizione a mansioni diverse richiede che si provveda ad una adibizione a mansioni tali da non implicare rischi di diffusione del contagio⁴⁷. La distinzione tra le due ipotesi, invece, riguarda gli effetti sul piano giuridico. Il lavoratore che abbia un giustificato motivo di rifiutare il vaccino è adibito a mansioni diverse *senza decurtazione della retribuzione*, fatte salve l'applicazione delle norme temporanee relative ai cd. lavoratori fragili a favore dei quali l'assenza dal lavoro è considerata come ricovero ospedaliero, potendosi accedere alla retribuzione spettante in queste circostanze⁴⁸. Diversamente, chi non abbia un motivo giustificato è suscettibile di essere trasferito a mansioni anche di livello professionale inferiore con il trattamento retributivo corrispondente; per di più, se nei suoi confronti risulta impossibile la ricollocazione a mansioni che non implicano rischi di diffusione del contagio, si provvede alla sospensione del rapporto *con la decurtazione della retribuzione e di altri compensi laddove fossero previsti*. Tale misura è efficace fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale, o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e, in ogni caso, non oltre il 31 dicembre 2021⁴⁹. Da questo punto di vista, un ulteriore elemento da evidenziare è la mancata previsione del ricorso al licenziamento, ferma, come estrema possibilità, la sospensione temporanea del rapporto senza retribuzione nei confronti di coloro che non hanno una giustificazione di tipo medico per omettere o differire la vaccinazione. In quest'ultima circostanza si è osservato, in modo condivisibile, che sul piano giuridico il rifiuto senza giustificato motivo dovuto ad una ragione di salute rappresenta un «ibrido» tra un inadempimento agli obblighi derivanti dal contratto di lavoro e un'impossibilità sopravvenuta e temporanea alla mansione, tale da rendere legittima l'applicazione di misure tipizzate che sono di progressiva gravità e

⁴⁷ Art. 4, co. 6 e 10 d.l. 44/2021.

⁴⁸ Art. 4, co. 10 d.l. 44/2021, che richiama l'art. 26, co. 2 e 2-bis del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, a norma dei quali, nella versione attualmente in vigore: «2. Fino al 30 giugno 2021, laddove la prestazione lavorativa non possa essere resa in modalità agile ai sensi del comma 2-bis, per i lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali di cui sopra, i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato. A decorrere dal 17 marzo 2020, i periodi di assenza dal servizio di cui al presente comma non sono computabili ai fini del periodo di comporto; per i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità, non rilevano ai fini dell'erogazione delle somme corrisposte dall'INPS, a titolo di indennità di accompagnamento. Nessuna responsabilità, neppure contabile, salvo il fatto doloso, è imputabile al medico di assistenza primaria nell'ipotesi in cui il riconoscimento dello stato invalidante dipenda da fatto illecito di terzi. È fatto divieto di monetizzare le ferie non fruita a causa di assenze dal servizio di cui al presente comma. 2-bis. A decorrere dal 16 ottobre 2020 e fino al 30 giugno 2021, i lavoratori fragili di cui al comma 2 svolgono di norma la prestazione lavorativa in modalità agile, anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti, o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto».

⁴⁹ Art. 4, co. 9 d.l. 44/2021.

hanno un carattere sanzionatorio⁵⁰. Invece, altra dottrina ha valutato impropria la definizione legislativa di obbligo alla vaccinazione «senza prevedere alcuna conseguenza sanzionatoria»: la vaccinazione rappresenta un requisito della prestazione di lavoro, andando ad incidere sulla «possibilità/esigibilità» della stessa e ricadendo «in quanto espressione del diritto di autodeterminazione della persona, in un onere per il lavoratore», così da ripercuotersi sulla continuazione o sulla sospensione e interruzione del rapporto di lavoro⁵¹. In altre parole, l'ipotesi ex art. 4, co. 8, configura la tipizzazione di un effetto legale connesso alla valutazione di un requisito essenziale, non assoluto ma relativo alle mansioni di contatto, ai fini dello svolgimento della prestazione⁵².

A nostro avviso, l'ipotesi della sospensione senza retribuzione, laddove non sia possibile l'assegnazione a mansioni diverse anche inferiori, rappresenta una misura con tratti sanzionatori *sui generis*⁵³, che si distingue da quelle tipicamente comminate al termine di un procedimento disciplinare⁵⁴. A conforto di tale prospettazione segnaliamo una recente pronuncia di merito del Tribunale di Verona la quale, in tema di revoca del provvedimento di sospensione del rapporto di lavoro senza retribuzione, ha rigettato il ricorso in via cautelare di una lavoratrice che si era rifiutata di sottoporsi alla vaccinazione. Il giudice si è espresso affermando che

«appare difficile sostenere che un rifiuto ingiustificato di sottoporsi alla vaccinazione possa essere, soprattutto in alcune condizioni specifiche, del tutto privo di rilevanza al diverso livello disciplinare, tanto più una volta che il lavoratore si dimostri consapevole delle complicazioni che la propria condotta comporta per l'organizzazione datoriale»⁵⁵.

⁵⁰ L. TASCHINI, *op. cit.*, 14-15 e 20.

⁵¹ R. SANTUCCI, *op. cit.*, 326-327.

⁵² P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *op. cit.*, 161.

⁵³ Di tipizzazione di una specifica sanzione per l'inadempimento all'obbligo vaccinale parla C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, cit., 159.

⁵⁴ La misura non è dissimile da quelle disposte, ad esempio, nel comparto sanità dove tra le sanzioni tipizzate all'interno del contratto collettivo è prevista la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione a seconda della gravità dell'infrazione commessa dal dipendente. In particolare, ai sensi dell'art. 65, co. 1 lett. d), la «sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a dieci giorni» ed e), la «sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da 11 giorni fino ad un massimo di sei mesi», costituiscono sanzioni disciplinari applicate, previo procedimento disciplinare, secondo la gravità dell'infrazione commessa dal lavoratore in violazione degli obblighi a cui il dipendente del comparto è tenuto ai sensi dell'art. 64 del contratto collettivo nazionale di lavoro relativo al personale del comparto sanità triennio 2016-2018. In una recente pronuncia della giurisprudenza di merito, per un giudizio relativo ad un caso verificatosi prima dell'entrata in vigore del d.l. 44/2021, nel quale il giudice, nel rigettare il ricorso proposto da una dipendente di una RSA contro il provvedimento datoriale che aveva collocato quest'ultima in aspettativa non retribuita a seguito della sua mancata adesione alla campagna vaccinale anti-Covid 19 implementata nel gennaio-febbraio 2021 dalla Regione Lombardia, ha escluso che tale provvedimento riveste una «connotazione di natura disciplinare o sanzionatoria, avendo bensì una connotazione eminentemente cautelare, trattandosi di misura atta a tutelare l'integrità e le migliori condizioni di salute dei propri collaboratori, degli ospiti e di tutti gli utenti della RSA, potendo avere il rifiuto della vaccinazione, in momento di intensa diffusione del virus SARS-COV-19, potenziali gravi conseguenze sulla salute dei medesimi soggetti, comprese gravi complicanze di salute e decesso», così Trib. Milano, 22 luglio 2021, consultabile sul sito www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021).

⁵⁵ Trib. Verona, ordinanza del 16 giugno 2021, a quanto consta inedita.

La rilevanza di tale condotta non è dunque affatto estranea ad una valutazione disciplinare, e questa prima interpretazione giurisprudenziale potrebbe aprire la strada verso un licenziamento per ragione soggettive anziché, come proposta da una parte della dottrina, per motivo oggettivo (*supra* par. 3).

Le considerazioni sulle possibili conseguenze sul piano del rapporto di lavoro sollecitano una riflessione sulle ricadute sistematiche circa gli effetti che possono derivare per chi non rientra nel campo di applicazione dell'art. 4. Infatti, la valutazione di inidoneità alla mansione del prestatore non vaccinato e non rientrante nel campo di applicazione del decreto rischierebbe di portare ad una conseguenza potenzialmente più grave ai sensi degli art. 41 e 42 del d.lgs. n. 81/2008, come precedentemente esaminato (*supra* par. 3), rispetto a chi è sottoposto all'obbligo ma si rifiuta senza un valido motivo. A tal proposito, nei primi commenti alla norma è stato osservato come paradossalmente, qualora non fossero disponibili mansioni diverse "non di contatto" anche di livello inferiore con la conservazione però del trattamento retributivo di provenienza⁵⁶, il prestatore non obbligato che si rifiuta di vaccinarsi potrebbe subire un licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Per tale motivo, nel paventare un rischio di «effetto domino» sui settori non rientranti nell'obbligo vaccinale, si è prospettata un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008 alla luce dell'art. 3 Cost., in quanto la sospensione senza retribuzione, come *extrema ratio* per chi è obbligato e non vaccinato ai sensi dell'art. 4 co. 8 del d.l. 44/2021, potrebbe invece rappresentare un rimedio eccessivo per chi, tra i prestatori non rientranti nel campo di applicazione dell'art. 4, non intende sottoporsi alla vaccinazione⁵⁷. L'auspicio di tale orientamento, emerso a fronte della constatazione di una non ponderata valutazione da parte del legislatore sulle ricadute sistematiche dell'art. 4, in particolare nell'ambito esterno al settore sanitario, era di poter vedere, in sede di conversione in legge del decreto, una specifica ridefinizione legislativa delle conseguenze a seguito della valutazione di inidoneità (es.: preclusione del licenziamento, sospensione) in tutti quei contesti fuori dal campo di applicazione dell'art. 4. Tuttavia, tale ridefinizione non è avvenuta.

Restano ulteriori dubbi, in parte chiariti in sede di conversione, come quelli attinenti all'ambito soggettivo, riguardanti in particolare l'individuazione dei soggetti tenuti all'obbligo vaccinale: come analizzato in precedenza, si tratta degli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario. A tal proposito, in sede di conversione del d.l. 44/2021 è stato inserito il rinvio esplicito alla normativa di riferimento per le professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitativa, tecnico-sanitaria e della prevenzione⁵⁸. In particolare, la disposizione stabilisce la competenza a livello regionale per l'individuazione e la formazione dei profili di operatori di interesse sanitario non riconducibili alle professioni sanitarie. In questo modo, alla legislazione regionale viene consentito di integrare le possibili fattispecie, ma rileviamo criticamente come l'integrazione alla norma possa aumentare la

⁵⁶ A differenza di quanto previsto per il prestatore obbligato e non vaccinato ai sensi dell' art. 4, co. 8 d.l. 44/2021.

⁵⁷ P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *op. cit.*, 162-163. Invece, Trib. Roma, Sez. Lav., n. 18441 del 3 agosto 2021 per un caso, a quanto risulta al di fuori dal settore di cura e assistenza, riguardante un prestatore, rifiutatosi di sottoporsi a vaccinazione e dichiarato inidoneo parzialmente allo svolgimento delle mansioni a seguito della valutazione del medico competente. In particolare, non potendo essere «in contatto con i residenti del villaggio», e nei suoi confronti vi è stata una sospensione dal lavoro e dalla retribuzione ai sensi dell'art. 42 d.lgs. 81/08, ritenuta legittima dal giudice del lavoro che ha richiamato tra le varie pronunce Trib. Modena, 19 maggio 2021, cit.

⁵⁸ Art. 1, co. 2 l. 43/2006.

frammentarietà, facendo venire meno l'unitarietà della scelta di politica legislativa, quando invece si sarebbe potuto accogliere il suggerimento proposto dottrinale di rinviare alla nozione di «lavoratore» ai sensi dell'art. 2, co. 1 lett. a) d.lgs. 81/2008⁵⁹. Tale rinvio non è stato accolto in sede di conversione del decreto, lasciando irrisolto il dubbio non solo circa una mancata chiarezza di fondo su coloro che rientrano nella categoria delle professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario⁶⁰, ma anche rispetto alla possibilità di estendere in via analogica la disciplina in esame anche a coloro che, pur prestando un'attività lavorativa in strutture rientranti nel campo di applicazione dell'art. 4 co. 1, non paiono essere soggetti all'obbligo vaccinale. È il caso, per esempio, degli addetti alle pulizie che operano nelle strutture ospedaliere tramite contratti di appalto; gli addetti alla sicurezza presenti agli ingressi degli *hub* dove vengono compiute le vaccinazioni, o gli addetti alla *reception* all'interno delle strutture sanitarie assistenziali⁶¹; oppure il caso del personale presente nei laboratori di ricerca dove il Covid-19 viene introdotto appositamente nel ciclo produttivo ai fini di ricerca⁶². Inoltre, sempre sul piano dell'ambito soggettivo di applicazione, considerando che la norma utilizza locuzioni come «datori di lavoro» e «retribuzione», emerge il dubbio se siano ricompresi tutti i lavoratori presenti in tali strutture indipendentemente dall'esistenza di rapporti di lavoro subordinato, come ad esempio coloro che operano in somministrazione di lavoro, oppure chi ha un contratto di collaborazione autonomo ex art. 409, co. 3 c.p.c.; i medici specializzandi che operano tramite un contratto di formazione specialistica che non determina l'instaurazione di un rapporto di lavoro; o, ancora, i liberi professionisti titolari di partita IVA. Proprio rispetto a queste ultime tipologie di rapporto, mentre è escluso che possa applicarsi la misura dell'eventuale demansionamento ex art. 4, co. 8, si potrebbe avanzare l'ipotesi di applicare la sospensione senza compenso. A tal proposito, mettiamo in luce la criticità di non aver previsto espressamente misure appropriate in caso di inosservanza dell'obbligo vaccinale anche nei confronti di chi lavoratore subordinato non è. Potrebbe venirsi a creare una irragionevole disparità di trattamento tra i lavoratori con contratti di lavoro subordinato tenuti all'obbligo e soggetti alle ipotesi tipizzate ex art. 4, co. 8 rispetto a chi non ha una tipologia di rapporto di questo tipo. Ad esempio, nei confronti di chi è titolare di un contratto di collaborazione potrebbe disporsi da parte del committente in via diretta la sospensione dal contratto senza potersi prevedere – stante il vuoto normativo – un ricollocamento in altra posizione lavorativa o, al più, l'utilizzo di altre modalità di lavoro, come il lavoro a distanza.

⁵⁹ O. MAZZOTTA, *Osservazioni sul Disegno di legge n. 2167 del 2021 (conversione del decreto legge 1° aprile 2021, n. 44)*, in *Audizione informale del 20 aprile 2021*, reperibile al sito www.senato.it (ultima consultazione 29/07/2021).

⁶⁰ Si rinvia ai richiami operati da M. VERZARO, *op. cit.*, 3-4, in particolare alla l. 251/2000, al d.m. 29 marzo 2001 e all'elenco presente alla pagina delle professioni sanitarie presente sul sito del Ministero della Salute www.salute.gov.it (ultima consultazione 29/07/2021), nonché, a parere di questo A., la necessità di far rientrare anche le arti ausiliarie delle professioni sanitarie e gli appartenenti alle stesse arti che operano sulla base di una licenza prevista dalla legge (es.: ottico). Criticamente sul rinvio alla pagina del sito ministeriale O. MAZZOTTA, *Osservazioni sul Disegno di legge n. 2167 del 2021 (conversione del decreto legge 1° aprile 2021, n. 44)*, cit., 12.

⁶¹ Ultimi due esempi riportati da M. VERZARO, *op. cit.*, 5.

⁶² L'ultimo esempio è riportato da G. PELLACANI, *Osservazioni sull'Articolo 4 - Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*, in *Audizione informale del 20 aprile 2021*, reperibile al sito www.senato.it (ultima consultazione 29/07/2021).

Irrisolti sono anche alcuni profili legati alla procedura, che toccano aspetti lavoristici e non lavoristici. In sede di conversione del decreto, non è stato dato rilievo alle «possibili elusioni» cui può prestarsi l'accertamento e l'attestazione da parte del medico di medicina generale delle specifiche cliniche in presenza delle quali la vaccinazione non è obbligatoria e può perciò essere omessa o differita⁶³. Altrettanto importante è la questione del mancato coordinamento temporale, non risolto neanche dalla legge di conversione del decreto, a favore di chi poteva fruire entro il 30 giugno 2021 della tutela per i cd. lavori fragili⁶⁴ – e al momento estesa fino al 31 ottobre 2021 la sola possibilità di lavorare a distanza⁶⁵ – rispetto al termine del piano vaccinale, 31 dicembre 2021, richiamato in più passaggi dalla stessa norma⁶⁶.

In sintesi, e al netto di tali criticità, la disciplina introdotta a nostro avviso risulta opportuna, considerato l'ambito relativo alla cura e assistenza, al quale la norma si applica; è, altresì, graduale nelle misure adottate in caso di inosservanza all'obbligo vaccinale; è, ancora, parzialmente risolutiva di problematiche complesse, emerse nel dibattito dottrinale e dalle prime pronunce di merito emerse in prossimità dell'emanazione del d.l. 44/2021, ancorché non siano secondarie le paradossali ricadute di sistema che tale obbligo di legge può aprire rispetto ai settori non soggetti al campo di applicazione del decreto, che fanno riemergere le questioni affrontate dal dibattito dottrinale sopra sintetizzate (*supra par. 3*).

⁶³ O. MAZZOTTA, *Osservazioni sul Disegno di legge n. 2167 del 2021 (conversione del decreto legge 1° aprile 2021, n. 44)*, cit., 14 che ha rilevato criticamente se «i medici di medicina generale possano avere la necessaria competenza. Si potrebbe pensare ad una certificazione redatta da medici legali, appartenenti ad una struttura sanitaria pubblica»; altresì, G. PELLACANI, *Osservazioni sull'Articolo 4 - Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*, cit., per cui «si può valutare l'opportunità di prevedere per i lavoratori e i medici, in caso di false attestazioni o certificazioni, una disciplina sanzionatoria analoga a quella prevista dall'art. 55 quinquies, commi 1 e 3 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 per i dipendenti pubblici (casomai in forma attenuata in considerazione del meno accentuato disvalore della condotta) e dunque di inserire, dopo il primo, il seguente secondo periodo "In caso di presentazione di una certificazione medica falsa o falsamente attestante specifiche condizioni cliniche l'esercente le professioni sanitarie e l'operatore di interesse sanitario di cui al presente articolo è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 400 ad euro 1.600. La medesima pena si applica al medico e a chiunque altro concorre nella commissione del delitto. La sentenza definitiva di condanna o di applicazione della pena per il delitto di cui al comma 1 comporta, per il medico, la sanzione disciplinare della radiazione dall'albo ed altresì, se dipendente di una struttura sanitaria pubblica o se convenzionato con il servizio sanitario nazionale, il licenziamento per giusta causa o la decadenza dalla convenzione. Le medesime sanzioni disciplinari si applicano se il medico, in relazione all'assenza dal servizio, rilascia certificazioni che attestano dati clinici non direttamente constatati né oggettivamente documentati».

⁶⁴ Art. 4, co. 10 d.l. 44/2021 che richiama l'art. 26, c. 2 e 2-bis, d.l. n. 18/2020, conv. con modificazioni dalla l. n. 27/2020.

⁶⁵ Art. 9, co. 1 e 2 d.l. 105/2021 in cui si prevede la proroga dell'art. 26, c. 2-bis, d.l. n. 18/2020, ma non anche del co. 2 di quest'ultimo articolo per cui, solo fino al 30 giugno 2021, in assenza di possibilità di svolgere la modalità di lavoro agile, il periodo di assenza dal servizio era equiparato al ricovero ospedaliero e tale assenza non era computabile ai fini del comporto. Lo rileva E. DE FUSCO, *Persone fragili in smart working oppure salta la tutela della malattia*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 luglio 2021. Inoltre, per un'interpretazione restrittiva a livello previdenziale da parte dell'INPS i messaggi n. 2584/2020, 4157/2020 e 171/2021 su cui E. DE FUSCO, *Quarantena: per l'Inps la tutela è limitata nel plafond dei 180 giorni*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 agosto 2021.

⁶⁶ Art. 4, co. 1, 9 e 10 d.l. 44/2021.

5. Tutela della privacy e gestione dei rapporti di lavoro in azienda: il necessario bilanciamento del potere di controllo datoriale

Il risultato a cui è giunta la disciplina sull'obbligo vaccinale secondo l'art. 4 d.l. 44/2021, a nostro avviso, è positivo. Tuttavia, rimangono ulteriori profili di incertezza, ad esempio sul piano della gestione concreta in azienda.

In particolare, qualche perplessità può sorgere sotto il profilo del rifiuto al vaccino da parte di chi non rientra nelle categorie di soggetti individuati dall'art. 4 d.l. 44/2021. In assenza di una normativa di imposizione *ex lege*, "convivono" il diritto soggettivo del lavoratore a non essere sottoposto a vaccinazione, trattandosi di una libera scelta della persona che lavora come ribadito anche dal Protocollo sulle vaccinazioni del 6 aprile 2021 (*supra* par. 2), e l'esigenza, a fronte della mancata vaccinazione, di tutelare gli altri lavoratori e persone presenti in azienda ai sensi dell'art. 2087 cod. civ. Per tale motivo, una campagna informativa da parte dell'azienda volta a promuovere l'adesione libera e consapevole alla vaccinazione può consentire, in mancanza di un obbligo generalizzato *ex lege*, di indurre i singoli alla somministrazione del vaccino⁶⁷ e ridurre le incertezze originate dalla possibilità di esigere un certificato vaccinale per lo svolgimento dell'attività lavorativa, anche in sede di assunzione, pur dovendosi tutelare la privacy.

Da questo punto di vista, una campagna di sensibilizzazione aiuterebbe, ma non sarebbe pienamente risolutiva dei problemi che possono sorgere anche sul piano giuridico⁶⁸. Il tema tocca, infatti, una delicata questione relativa alla gestione concreta in azienda, anche ai fini della fase di assunzione. In questa circostanza, occorre distinguere tra le ipotesi in cui si ricade nell'obbligo *ex art.* 4 del d.l. 44/2021 e gli altri casi. Se si rientra nel campo di applicazione del d.l. 44/2021, la situazione non parrebbe controversa, in quanto la norma stabilisce che la vaccinazione è «requisito essenziale» sia «per l'esercizio della professione» sia «per lo svolgimento delle prestazioni lavorative»⁶⁹. Di conseguenza è consentito al datore di lavoro informarsi sullo stato di vaccinazione del prestatore, non opponendosi alla previsione dell'art. 8 l. 300/1970. Tale norma, come noto, stabilisce il divieto per il datore di lavoro di effettuare, direttamente o a mezzo di terzi, sia ai fini dell'assunzione sia nel corso di svolgimento del rapporto di lavoro, indagini sulle opinioni e su qualsiasi aspetto non rilevante ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore⁷⁰. L'obbligo di vaccinazione *ex lege* rende la vaccinazione un requisito essenziale per l'attività lavorativa, e pertanto non sarebbe invocabile il divieto *ex art.* 8 l. 300 del 1970, mentre qualche dubbio può sussistere in mancanza di tale obbligo *ex lege*, come accade in tutte le realtà non sanitarie⁷¹.

⁶⁷ L. TASCHINI, *op. cit.*, 20.

⁶⁸ Da ultimo, l'avvertimento del Garante per la Protezione dei Dati Personali alla Regione Sicilia, 22 luglio 2021, consultabile al sito dell'Autorità Garante a questa pagina www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9683768 (ultima consultazione 31/07/2021).

⁶⁹ Art. 4, co. 1 d.l. 44/2021.

⁷⁰ Nel richiamare anche la normativa europea e nazionale in materia di privacy R. SANTUCCI, *op. cit.*, 335 ss.

⁷¹ In merito, G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in *Lavoro Diritti Europa. Rivista Nuova di Diritto del Lavoro*, 1, 2021, 12, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021). Di diverso avviso, C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, cit., 155.

Sul punto occorre osservare come le questioni riguardanti la privacy siano state affrontate già all'inizio della pandemia e risolte, in ambito legislativo, in una previsione normativa dei primi decreti legge del diritto pandemico (cd. Cura Italia), che ha fatto riferimento all'utilizzazione dei dati personali «nei casi in cui risultino indispensabili ai fini dello svolgimento delle attività connesse alla gestione dell'emergenza sanitaria in atto», nel rispetto delle indicazioni del Regolamento europeo 2016/679⁷². Invece, la questione se, oltre al medico aziendale, anche il datore di lavoro possa acquisire informazioni sul personale vaccinato, ha diviso la dottrina tra chi lo ritiene ammissibile, ancorché rappresenti un dato sensibile ma comunque necessario per gestire la prevenzione dal rischio contagio⁷³; e chi, invece, lo esclude trattandosi di informazioni protette dalla privacy⁷⁴. In merito, il 13 maggio 2021 è intervenuta l'Autorità garante per la protezione dei dati personali che, dopo essersi già espressa a metà febbraio 2021 affrontando una serie di questioni in tema di acquisizione dei nominativi del personale vaccinato⁷⁵, ha diramato un parere con indicazioni generali ai fini del trattamento dei dati personali sulla vaccinazione nei luoghi di lavoro⁷⁶. Non possono sottacersi alcuni dubbi sulla compatibilità tra le indicazioni in materia di tutela della privacy che fornisce l'Autorità garante e la concreta gestione operativa in azienda. Sotto tale profilo, escludendo esplicitamente le ipotesi rientranti nell'art. 4 del d.l. 44/2021, l'Autorità garante afferma, per la verità in maniera generica, che

«sulla base dello stato della regolazione attualmente in vigore e stante la libertà di scelta garantita in capo alle persone in ambito vaccinale, non è consentito *far derivare alcuna conseguenza, né positiva né negativa*, in ragione della libera scelta del lavoratore in ordine all'adesione o meno alla campagna vaccinale» (corsivo nostro).

In linea con quanto già affermato, l'Autorità precisa che del tema della gestione della vaccinazione in azienda si occupa il medico aziendale, sia nella fase di somministrazione sia nella fase procedurale di raccolta delle adesioni, predisposizione del calendario vaccinale e registrazione. Inoltre, il datore di lavoro non può conoscere l'identità di chi si vaccina e deve anche evitare di raccogliere altri dati personali connessi con la campagna vaccinale. Infine, «tenuto conto dello squilibrio del rapporto tra tito-

⁷² Art. 17-bis del d.l. n. 18/2020, conv. con modificazioni dalla l. n. 27/2020, su cui P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e pandemia*, op. cit., 15; P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2020, 345 ss.

⁷³ A. MARESCA, op. cit.

⁷⁴ P. PASCUCCI, A. DELOGU, op. cit., 111 ss.; A. PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro*, cit.

⁷⁵ FAQ - Trattamento di dati relativi alla vaccinazione anti Covid-19 nel contesto lavorativo per cui «il medico competente non può comunicare al datore i nominativi dei dipendenti vaccinati. Solo il medico competente può infatti trattare i dati sanitari dei lavoratori e tra questi, se del caso, le informazioni relative alla vaccinazione, nell'ambito della sorveglianza sanitaria e in sede di verifica dell'idoneità alla mansione specifica (artt. 25, 39, comma 5, e 41, comma 4, d.lgs. n. 81/2008). Il datore di lavoro può invece acquisire, in base al quadro normativo vigente, i soli giudizi di idoneità alla mansione specifica e le eventuali prescrizioni e/o limitazioni in essi riportati (es. art. 18 comma 1, lett. c), g) e bb) d.lgs. n. 81/2008)». Documento consultabile al sito dell'Autorità Garante a questa pagina www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9543615 (ultima consultazione 29/07/2021).

⁷⁶ Provvedimento del 13 maggio 2021 - Documento di indirizzo "Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali". Documento consultabile al sito dell'Autorità Garante a questa pagina <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9585300> (ultima consultazione 29/07/2021).

lare e interessato nel particolare contesto lavorativo, il consenso dei dipendenti non può costituire un valido presupposto di liceità⁷⁷. A questo proposito, nel tenere ferma la distinzione tra diritto alla riservatezza sulla vaccinazione e scelta di sottoporsi o meno a questa, si è osservato che il datore di lavoro, non legittimato a conoscere se il prestatore risulti o meno vaccinato, può solo venire a conoscenza dei giudizi di idoneità allo svolgimento della mansione da parte del medico competente: non sarebbe possibile aggirare l'assenza di obbligatorietà al vaccino, prevista dalla legge per le sole ipotesi ex art. 4 del d.l. 44/2021 (*supra* par. 4), in quanto «il datore non ha un potere di controllo sullo stato di salute dei propri dipendenti»⁷⁸.

In merito si possono muovere due osservazioni. La prima riguarda la questione se lo stato di vaccinato sia indicativo dello stato di salute e, quindi, rientrando nella protezione dei dati personali; oppure, come prospettato a nostro avviso in maniera non convincente, lo stato di vaccinato costituisce solo una condizione personale che deriva dalla vaccinazione, da intendersi quale evento preventivo e non curativo, perciò non indicativo dello stato di salute⁷⁹. La seconda, sul piano più strettamente operativo, attiene a come la gestione concreta in azienda potrebbe risentire delle condizioni poste dall'Autorità garante, innanzitutto in vista dell'allontanamento temporaneo del prestatore di lavoro ai fini della vaccinazione che implica un assetto organizzativo non gestibile dal solo medico competente⁸⁰.

Sul piano dell'inquadramento giuridico, è opportuno tenere distinto il divieto di divulgazione dei dati personali, secondo l'interpretazione datane dall'Autorità garante, dalla possibilità per il datore di lavoro, tramite il medico competente, di venire o meno a conoscenza dei nominativi di chi non si è sottoposto alla somministrazione vaccinale, al fine di apprestare le misure più idonee per la salute di

⁷⁷ Provvedimento del 13 maggio 2021 - Documento di indirizzo "Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali", cit., 4.

⁷⁸ L. D'ARCANGELO, *Vaccinazione antiCovid-19 e trattamento dei dati personali. Prime osservazioni al Provvedimento del Garante privacy n. 198 del 2021*, in *Diritto della Sicurezza del Lavoro*, 1, 2021, 192, in <https://journals.uniurb.it/index.php/dsl> (ultima consultazione 03/09/2021).

⁷⁹ Hanno sollevato la questione, ancor prima del parere di maggio 2021 da parte dell'Autorità, R. ZALLONE, A. STANCHI, *Vaccinazione dei dipendenti, il datore tra i due fuochi di legge e garante*, in *Guida al Lavoro*, 17, 16 aprile 2021, 15, richiamando però l'Autorità garante inglese, che è dell'avviso per cui lo stato di vaccinato è relativo allo stato di salute, quindi si tratta di un dato di natura particolare.

⁸⁰ Criticamente al riguardo, A. BOTTINI, *Vaccinazioni in azienda complicate dalla privacy*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 maggio 2021, anche con riferimento all'equiparazione del tempo necessario per la vaccinazione all'orario di lavoro, senza che venga utilizzato un permesso da parte del lavoratore. L'Autorità garante di fatto riconosce la possibilità di una forma di conoscenza dello stato di vaccinazione, sul punto ha affermato che «quando la vaccinazione viene eseguita durante il servizio, il tempo necessario alla medesima è equiparato a tutti gli effetti all'orario di lavoro (cfr. punto 15 protocollo cit.). In tal caso si potrà quindi procedere alla giustificazione dell'assenza, ove richiesto, con le modalità ordinarie stabilite nei contratti collettivi nazionali applicabili, ovvero mediante rilascio da parte del soggetto che somministra la vaccinazione all'interessato di un'attestazione di prestazione sanitaria indicata in termini generici. *Resta salvo che ove dall'attestazione prodotta dal dipendente sia possibile risalire al tipo di prestazione sanitaria da questo ricevuta*, il datore di lavoro, salva la conservazione del documento in base agli obblighi di legge, dovrà astenersi dall'utilizzare tali informazioni per altre finalità nel rispetto dei principi di protezione dei dati [...] e non potrà chiedere al dipendente conferma dell'avvenuta vaccinazione o chiedere l'esibizione del certificato vaccinale [...]» (corsivo nostro). Così Provvedimento del 13 maggio 2021 - Documento di indirizzo "Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali", cit., 6.

tutti. Da questo punto di vista, è utile il richiamo all'accertamento della sieropositività dei dipendenti. Pur essendo da escludere un parallelismo tra accertamento della sieropositività e obbligo di vaccinazione (*supra* par. 3), un'analogia potrebbe sussistere tra accertamento della sieropositività, quale condizione per svolgere attività che comportano rischi per la salute dei terzi secondo l'interpretazione datane dalla Corte costituzionale⁸¹, ed accertamento della vaccinazione, come conoscenza dello stato di avvenuta o meno vaccinazione. La conoscenza di detto stato è sostenibile nei casi in cui quest'ultimo costituisce un requisito essenziale ai fini dell'attività di lavoro in base alla situazione concreta da valutare da parte del medico competente, in maniera analoga all'obiettivo di prevenzione da rischio di diffusione del contagio da Covid-19 che può comportare, in caso di mancata vaccinazione, la sospensione dal lavoro ai sensi dell'art. 4 del d.l. 44/2021.

In conclusione, non pare controverso che l'accertamento dello stato di vaccinazione avvenga nel caso in cui si rientri nelle categorie professionali previste dal d.l. 44/2021, ma la conoscenza del personale vaccinato o non vaccinato come strumento di prevenzione potrebbe a nostro avviso essere estesa a tutti gli altri casi dove si manifesti il rischio da contagio scientificamente accertato. Restando, in ogni caso, imprescindibile la verifica dell'idoneità alla mansione specifica redatta dal medico competente, riteniamo possibile l'accertamento dello stato di vaccinazione, da intendersi quale strumento al fine di prevenire il rischio da contagio, nel rispetto dell'art. 2087 cod. civ. Tale accertamento potrebbe essere previsto e disciplinato da un contratto collettivo aziendale o da un protocollo condiviso in azienda finalizzato alla valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza, come suggerito di recente⁸², ferme le specifiche cautele da approntare caso per caso.

6. Considerazioni conclusive. Dall'obbligo vaccinale al green pass: andata e ritorno?

Non si può che giungere al termine di questo contributo a conclusioni del tutto provvisorie, considerato il continuo evolversi del quadro di norme legislative approvate nell'ultimo periodo e tuttora in corso di individuazione e definizione⁸³.

⁸¹ R. SANTUCCI, *op. cit.*, 335, nel richiamare Corte Cost. 218/1994.

⁸² Quale base giuridica per acquisire dati sul personale vaccinato in azienda tenuto conto del Considerando 155 del Regolamento europeo 2016/679, suggerito da A. INGRAO, A. MARESCA e R. ROMEI al webinar *Privacy by Emergency. La Commissione di certificazione intervista l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali in tema di trattamento dei dati sanitari e vaccinali dei lavoratori*, con I. ALVINO, S. CIUCCIOVINO, A. MARESCA, F. MODAFERRI, R. ROMEI, promosso dalla Commissione di Certificazione, Dipartimento di Economia e Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma Tre e il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università La Sapienza di Roma, 30 giugno 2021. Tuttavia, sul ruolo comunque necessario del medico competente rispetto alla pretesa informativa da parte del datore di lavoro, da ultimo A. INGRAO, *Pandemia, protezione dei dati personali, accertamenti sanitari, vaccini, green pass e dintorni*, in *Lavoro Diritti Europa. Nuova Rivista di Diritto del Lavoro*, 3, 2021, in www.lavorodirittieuropa.it (ultima consultazione 03/09/2021).

⁸³ Una delle più recenti notizie è la risposta positiva del Presidente del Consiglio Mario Draghi, a cui è seguita quella del Ministro della Salute Roberto Speranza, nella Conferenza Stampa del Governo del 2 settembre 2021, alla domanda riguardante la possibile estensione dell'obbligo vaccinale anti Covid-19, oltre a quanto già previsto ai sensi del d.l. 44/2021, e del green pass «non “se”, ma “a chi” e quanto svelti» (testualmente le parole del Presidente del Consiglio), così 2 settembre 2021, *Conferenza stampa del Presidente Draghi e dei Ministri Speranza, Bianchi, Giovannini e Gelmini*, trascrizione sul sito del Governo italiano, Presidenza del Consiglio dei Mi-

Al di là della dimensione regolativa che incide sul rapporto di lavoro, la tematica dei vaccini solleva delicate questioni etiche che intrecciano non solo aree disciplinari distinte, ma anche interrogativi di fondo non necessariamente risolti o risolvibili da una regola imposta. Pensiamo al tema della solidarietà che contraddistingue la tematica della salute, dove l'individuale e il collettivo sono inscindibilmente connessi⁸⁴. In tal senso, il diritto del lavoro rappresenta uno dei possibili terreni per verificare le implicazioni giuridiche di tale intreccio, come risulta dalla disciplina legislativa che ha articolato in modo differenziato la posizione di coloro che non sono giustificati a rifiutare il vaccino rispetto a coloro che, invece, sono esentati dall'obbligo vaccinale. La norma analizzata (*supra* par. 4), con lo scopo di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza⁸⁵, circoscrive l'efficacia soggettiva dell'obbligo vaccinale e configura in modo opportunamente graduato strumenti (invito all'adempimento dell'obbligo vaccinale, demansionamento e, in ultima ipotesi, sospensione della prestazione lavorativa senza retribuzione) finalizzati a promuovere l'effettività della vaccinazione e la protezione nei confronti di chi – pensiamo, per esempio, a chi è impossibilitato a vaccinarsi per motivi di salute – può subire il contagio da parte del prestatore che non intende vaccinarsi senza un motivo valido.

Un tema di questo rilievo e con tali implicazioni, dove è la stessa scienza medica talvolta a portare più dubbi che certezze⁸⁶, si presta a scenari in cui la contrapposizione “obbligo sì - obbligo no” può generare solo maggiori perplessità, in assenza di un dettato normativo generalizzato. Nell'attuale contesto di assenza di un obbligo vaccinale *ex lege* generalizzato, il legislatore, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 4 d.l. 44/2021, è intervenuto, al momento, con l'introduzione della certificazione verde Covid-19 (cd. green pass), prevedendone l'impiego in alcuni contesti lavorativi⁸⁷. Si è operato stabilendo un

nistri, consultabile all'indirizzo <https://www.governo.it/it/articolo/conferenza-stampa-del-presidente-draghi-e-dei-ministri-speranza-bianchi-giovannini-e> (ultima consultazione 05/09/2021).

⁸⁴ C. CASONATO, M. TOMASI, *Valore e ruolo del principio costituzionale della solidarietà nello sviluppo, produzione e distribuzione dei vaccini*, in M. ANNONI (a cura di), *Etica dei vaccini. Tra libertà e responsabilità*, Roma, 2021, 103 ss.

⁸⁵ Art. 4, co. 1 d.l. 44/2021.

⁸⁶ P. PASCUCCI, A. DELOGU, *op. cit.*, 83. Una riprova della delicatezza del tema è ricavabile dal ricorso al TAR di Brescia e Milano da parte di operatori sanitari rientranti nel campo di applicazione del d.l. 44/2021 e contrari all'obbligo di vaccinazione, come riportato sulla stampa L. DE VITO, *La class action di medici e sanitari “Abolite l'obbligo di vaccinarsi”*, in *la Repubblica*, 4 luglio 2021.

⁸⁷ Il certificato verde Covid 19 è stato introdotto dall'art. 9 d.l. 52/2021, convertito in l. 87/2021, il cui impiego è stato esteso dai d.l. 105/2021 e 111/2021 a vari ambiti, da ultimo quello scolastico e universitario e nei mezzi di trasporto, a partire dal primo settembre 2021 fino al 31 dicembre 2021. Per una prima analisi, G. BENINCASA, G. PIGLIALARMÌ, *Green Pass e rapporti di lavoro*, in *WP Salus*, 7, 2021 reperibile su <http://salus.adapt.it/pubblicazioni/> (ultima consultazione 31/08/2021). Per alcuni rilievi critici sulla regolazione nei settori dell'istruzione e del trasporto, V. AZZOLINI, *La scuola riapre ma manca chiarezza su trasporti e test*, in *Domani*, 2 settembre 2021.

Al momento di chiusura del presente contributo, si può richiamare il vivace dibattito che ha riguardato sia la vaccinazione sia il green pass da diverse prospettive disciplinari, a partire dall'opinione critica espressa da M. CACCIARI, G. AGAMBEN, *A proposito del decreto sul “green pass”*, in *Istituto Italiano per gli Studi Filosofici*, 26 luglio 2021 in www.iisf.it (ultima consultazione 29/07/2021), a cui sono seguiti i singoli commenti dei due filosofi, M. CACCIARI, *Perché dico no al “green pass”*, in *La Stampa*, 28 luglio 2021; G. AGAMBEN, *Non discutiamo la vaccinazione, ma l'uso politico del green pass*, in *La Stampa*, 30 luglio 2021; e una serie di repliche, tra le quali, F. BARBERA, *Green pass, una «spinta gentile» per gli indecisi*, in *Il Manifesto*, 15 agosto 2021, in www.ilmanifesto.it (ultima consultazione 20/08/2021); M. MAGATTI, *Com'è difficile tenere assieme la libertà e la*

meccanismo di possesso ed esibizione, finalizzato all'accesso ad alcuni contesti, solo tramite green pass. In questo modo, solo apparentemente viene superato il tema dell'obbligo vaccinale in relazione al rapporto di lavoro, rappresentando il green pass un obbligo indiretto, in forma di incentivo alla vaccinazione.

A questo proposito, appare di interesse un breve raffronto fra l'ambito già esaminato della cura e dell'assistenza in ambito sanitario⁸⁸ rispetto al settore dell'istruzione, recentemente fatto oggetto di intervento normativo. In tale ultimo settore è previsto, infatti, non già l'obbligo vaccinale ma l'impiego del green pass per «tutto il personale scolastico del sistema nazionale di istruzione e universitario», con alcuni aspetti meritevoli di evidenza sotto il profilo giuslavoristico⁸⁹. Si può rilevare come le finalità di entrambe le normative siano analoghe – la tutela della salute pubblica e il mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione di servizi ritenuti essenziali⁹⁰ – mentre diverse risultano le tecniche regolative adottate. In particolare, per l'ambito dei servizi di cura e assistenza la vaccinazione è in maniera diretta un requisito essenziale per l'esercizio della professione, mentre per l'ambito dell'istruzione è la certificazione verde a comprovare lo stato di avvenuta vaccinazione, o di guarigione dal Covid-19 o l'effettuazione di un tampone con risultato negativo e attestante, per tutte queste ipotesi, che «il soggetto che la esibisce non è affetto dal virus e quindi non è

responsabilità, in *Il Corriere della Sera*, 7 agosto 2021; e, sul piano della scienza medica, S. GARATTINI (a cura di L. VARLESE), *Le mie risposte a Cacciari sul vaccino, punto per punto*, in *The Huffington Post*, 28 luglio 2021, in www.huffingtonpost.it (ultima consultazione 20/08/2021). Più in generale sui profili giuridici relativi al green pass, tra i primi commenti riportati sulla stampa, M. AINIS, *Tra doveri e libertà*, in *la Repubblica*, 26 luglio 2021; M. BROLLO, *Il green pass in azienda*, in *Messaggero Veneto*, 23 luglio 2021; M. BROLLO, *Il certificato è un atto di responsabilità civile e morale*, in *Messaggero Veneto*, 29 agosto 2021; D. PIRONE, intervista a S. CASSESE, *Sì al Green Pass sul lavoro, prevale il diritto alla salute*, in *Il Messaggero*, 27 luglio 2021; M. DEL CONTE, *La Costituzione non impedisce il Green pass sul lavoro, anzi*, in *Il Foglio*, 23 luglio 2021; M. FAIOLI, *Contro i No vax sul lavoro alle imprese basta già il contratto collettivo*, in *Il Foglio*, 23 luglio 2021; R. GUARINIELLO, *Vaccinazione dei lavoratori: l'azienda può chiedere il green pass?*, in *Ipsoa*, 31 luglio 2021, in www.ipsoa.it (ultima consultazione 31/07/2021). Inoltre, le posizioni espresse da P. ICHINO in merito, consultabili sul sito www.pietroichino.it (ultima consultazione 20/08/2021) e, sul versante costituzionalistico, quelle riportate sul sito laCostituzione.info, a partire dall'intervento di R. BIN, *Greenpass e libertà. Con qualche risposta ai simpatici lettori*, <http://lacostituzione.info>, 26 luglio 2021 (ultima consultazione 20/08/2021).

⁸⁸ Art. 4 del d.l. 44/2021, *supra* par. 4.

⁸⁹ Art. 9-ter d.l. 52/2021 inserito dall'art. 1, co. 9 d.l. 111/2021, riguardante anche gli studenti universitari. Non si prendono in considerazione in queste righe conclusive le pur importanti disposizioni di legge riguardanti l'impiego della certificazione verde per l'accesso ad alcuni servizi ed attività (art. 3 d.l. 105/2021 anche di introduzione dell'art. 9-bis al d.l. 52/2021 convertito in l. 87/2021) e necessaria per i «soggetti» che vogliono accedere ai mezzi di trasporto (art. 2 d.l. 111/2021 che ha inserito l'art. 9-quater d.l. 52/2021 convertito in l. 87/2021). Al momento di chiusura del contributo è in corso l'iter parlamentare di conversione dei d.l. 105/2021 e 111/2021 e il dibattito sull'estensione del green pass a seguito del confronto tra le parti sociali.

⁹⁰ Il riferimento al «servizio essenziale» dell'istruzione richiamato nella norma (art. 9-ter, co. 1 d.l. 52/2021) è chiaramente valevole anche per il servizio prestato nel settore della cura e dell'assistenza (art. 4 d.l. 44/2021). A tal proposito, quando la pandemia è cominciata a manifestarsi a livello globale nei primi mesi del 2020, proprio il ragionamento sull'essenzialità dei servizi, a partire dalla sanità, ha rappresentato uno dei punti principali di riflessione per ragionare su «un cambiamento epocale, che investe lo stesso "senso comune"», così in uno degli ultimi contributi L. MARIUCCI, *Cinque cose che la pandemia sta già cambiando*, in *Strisciarossa*, 22 marzo 2020, consultabile alla pagina <https://www.strisciarossa.it/pandemia-e-cambiamento/> (ultima consultazione 31/08/2021).

un potenziale vettore di contagio»⁹¹. Pertanto, il green pass costituisce un requisito di accesso, da cui, in caso di mancato possesso ed esibizione, derivano conseguenze sul rapporto di lavoro, solo in parte simili a quanto previsto nel settore della cura e dell'assistenza in ambito sanitario⁹². In altre parole, l'introduzione e l'impiego imposto del green pass nel settore dell'istruzione, come meccanismo di incentivo in termini di obbligo indiretto, riporta al punto di partenza la questione della vaccinazione, quale requisito essenziale ai fini della prestazione lavorativa.

A prescindere da questi settori lavorativi, dove la legislazione è intervenuta seppure con modalità diverse, alcune criticità possono sorgere se non si persegue una gestione equilibrata della somministrazione dei vaccini in azienda, attenta alla verifica dell'idoneità professionale, soprattutto in virtù dell'apporto del medico aziendale competente, anche nell'ottica di operare delle scelte interne di organizzazione del lavoro in azienda (*supra* par. 5). Proprio tale figura, a nostro avviso, risulta centrale⁹³ a partire dal presupposto che il prestatore di lavoro e il datore di lavoro devono cooperare per addvenire ad ogni possibile misura di prevenzione ai sensi dell'art. 2087 cod. civ., che, come osservato da ultimo nel dibattito lavoristico, ha svolto «una funzione di norma di chiusura del sistema antinfortunistico, consentendo, con la sua struttura aperta, l'adattamento delle misure di sicurezza alle evolu-

⁹¹G. BENINCASA, G. PIGLIALARMÌ, *Green Pass e rapporti di lavoro*, cit. 18. Dal punto di vista della scienza medica, si discute criticamente della misura del green pass, ad esempio nell'equiparazione del vaccino al tampone, così l'opinione di S. GARATTINI riportata in *Garattini: "Per il green pass è sbagliato equiparare il vaccino al tampone"*, in *The Huffington Post*, in <https://www.huffingtonpost.it/> (ultima consultazione 31/08/2021).

⁹² Non si prevede il licenziamento, analogamente al settore di cura e assistenza di interesse sanitario, bensì il ricorso alla sospensione senza retribuzione dopo cinque giorni di assenza ingiustificata per mancato possesso e mancata esibizione del green pass (art. 9-ter co. 2). Peraltro, il Ministero dell'Istruzione ha precisato che la retribuzione e ogni altro compenso o emolumento comunque denominato, non sono dovute per le assenze ingiustificate comprese anche tra il primo e il quarto giorno, così *Parere tecnico – Decreto-legge n. 111/2021 "Misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti"*, 13 agosto 2021. Si noti che, rispetto alla normativa di cui all'art. 4 d.l. 44/2021 (*supra* par. 4), nell'art. 9-ter introdotto dal d.l. 111/2021 non vi è una previsione specifica circa le mansioni a cui adibire il personale esentato dalla campagna vaccinale per ragioni mediche (co. 3). Da ultimo, la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata con riguardo all'annullamento previa sospensione dell'efficacia di una serie di provvedimenti adottati nel settore dell'istruzione a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 111/2021. In particolare, il giudice amministrativo ha stabilito sia che la presunta violazione del diritto del personale scolastico a non essere vaccinato, riconosciuto alternativamente anche attraverso l'utilizzo del tampone – il cui costo a carico del docente, a detta del medesimo giudice, non appare irrazionale – non è assoluto, ma va bilanciato con altri diritti, come il diritto alla salute pubblica teso a circoscrivere l'estensione della pandemia e il diritto di assicurare il regolare svolgimento della scuola in presenza come «essenziale servizio pubblico»; e, sui profili di ricaduta sul rapporto di lavoro, «l'automatica sospensione dal lavoro e dalla retribuzione [art. 9-ter, co. 2] e la mancata adibizione del personale scolastico ad altre diverse mansioni «è correttamente e razionalmente giustificabile alla luce della tipicità delle mansioni del personale scolastico, specie di quello docente», così TAR Lazio, Sezione Terza Bis, n. 4531 e 4532, 2 settembre 2021. Sul bilanciamento degli interessi contrapposti, in maniera ancora più incisiva, con riferimento al personale sanitario soggetto all'ambito di applicazione dell'art. 4 d.l. 44/2021, altresì si segnala un caso riguardante il rigetto di una istanza cautelare proposta da un medico avverso la delibera dell'Ordine dei Medici Chirurghi e Odontoiatri della Provincia di Brindisi, che aveva stabilito la sospensione dall'esercizio della professione senza retribuzione per non aver effettuato il vaccino, così TAR Puglia, Lecce – Sezione Seconda, n. 480, 5 agosto 2021.

⁹³ Lo pongono in luce anche P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *op. cit.*, 163.

zioni del progresso tecnico e scientifico»⁹⁴. In tale visione, la vaccinazione, oggetto di raccomandazione, rientrerebbe nella dimensione di precauzione, con la possibilità di estenderla a tutti i prestatori che operano in maniera ravvicinata fra di loro e/o a contatto con il pubblico. A tale previsione, che una parte della dottrina auspica avvenga tramite legge, farebbe seguito la sospensione dal lavoro solo dopo la verifica della impossibilità di lavoro a distanza, di spostamento a mansioni diverse da quelle di provenienza, nonché di ricorso alle ferie o ai congedi retribuiti⁹⁵.

Infatti, è condivisibile l'opinione secondo cui l'obbligo di trattamento sanitario, quale la vaccinazione, può essere imposto solo da una disposizione di legge a seguito di un contemperamento dei valori costituzionali e delimitata da precise condizioni e cautele, come è stato stabilito espressamente nel settore di cura e assistenza di interesse sanitario (*supra* par. 4). La tesi di un obbligo vaccinale imposto dal datore di lavoro, ancorché sulla base del richiamo all'art. 2087 cod. civ., violerebbe infatti la riserva di legge⁹⁶. Sotto altro profilo, non va trascurata la possibilità di raccomandare – e, quindi, non imporre – la vaccinazione attraverso l'impulso della contrattazione collettiva e con il supporto del medico competente, nel solco dei protocolli nazionali, attraverso i quali le parti sociali sono state chiamate ad operare per far fronte alla pandemia nei contesti economico-produttivi, considerando la previsione di legge per cui i datori di lavoro adempiono all'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute negli stessi protocolli⁹⁷ (*supra* par. 2).

⁹⁴ M. BASILICO (intervista di), F. AMENDOLA, R. DE LUCA TAMAJO, V.A. POSO, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale?*, cit., in particolare l'opinione espressa da F. AMENDOLA. In giurisprudenza *ex plurimis* Cass., Sez. Lav., 5 febbraio 2014, n. 2626, in *Diritto e Giustizia*, 6 febbraio 2014.

⁹⁵ M. BASILICO (intervista di), F. AMENDOLA, R. DE LUCA TAMAJO, V.A. POSO, *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell'obbligo vaccinale?*, cit., in particolare l'opinione espressa da R. DE LUCA TAMAJO.

⁹⁶ Da ultimo, V. AZZOLINI, *Senza una legge il vaccino non può entrare in azienda*, in *Domani*, 1 agosto 2021. Sul tema della questione delle mense aziendali e dell'accesso tramite green pass è stato riaperto il dibattito, continuamente sollecitato dal susseguirsi degli eventi, V. AZZOLINI, *Green pass, mense e scuole: forzature al posto dell'obbligo vaccinale*, in *Domani*, 25 agosto 2021; G. BENINCASA, G. PIGLIALARMÌ, *Green Pass e rapporti di lavoro*, cit., 15; R. GUARINIELLO, *Regole in mensa e lavoratori: tante norme e poche certezze*, in *Il Fatto Quotidiano*, 31 agosto 2021.

⁹⁷ Art. 29-bis d.l. 23/2020, convertito in l. 40/2020, cit., da ultimo richiamato da M. MARAZZA, *Gli effetti giuslavoristici della mancata vaccinazione*, Editoriale del 23 luglio 2021, in *GiustiziaCivile.com*, 5. In precedenza, per una lettura volta a favorire l'intervento delle parti sociali attraverso l'integrazione dei protocolli, così da dare copertura ad un obbligo di legge per quei settori in cui la contrazione dell'infezione da Covid-19 può rappresentare un rischio specifico, G. BENINCASA, G. PIGLIALARMÌ, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, cit., 12-13. Per un primo caso in ambito aziendale al di fuori dell'obbligo vaccinale ex d.l. 44/2021, segnaliamo la seguente informativa di un'azienda del settore alimentare di Castiglione delle Stiviere (Mantova) che ha comunicato che, qualora non venga esibito «il Green Pass per mancata sottoposizione all'iter vaccinale», si avrà una ridefinizione delle mansioni e della retribuzione, salvo che tale ridefinizione risulti impossibile o vi sia un'esposizione al rischio al contagio, per cui vi sarà una sospensione senza retribuzione del prestatore di lavoro «sino alla ripresa dell'attività lavorativa». Il caso è stato riportato da L. LANDONI, *Sterilgarda, linea dura sul green pass: «Senza vaccino, lavoratori a casa senza stipendio»*, in *La Repubblica – Milano*, 28/07/2021, consultabile su <http://milano.repubblica.it> (ultima consultazione 07/08/2021). Il documento non considera che la certificazione verde può esserci anche laddove comprovi lo stato di guarigione dall'infezione da Sars-CoV-2 o anche in presenza di un referto negativo di un test molecolare o antigenico eseguito nelle 48 ore antecedenti, ma, in ogni caso, la stessa informativa apre (positivamente) la strada ad un accordo collettivo: «si ritiene che la modalità operativa prospettata, che sarà oggetto di una regolamentazione condivisa con le RSU comunque già informate, sia un ulteriore contributo delle imprese – di cui i lavoratori sono parte integrante e necessaria – alla tutela della salute pubblica, nel segno esemplare sinora tracciato».

Nella tematica della vaccinazione un elemento di assoluto rilievo, a monte, è il coinvolgimento di un'opinione pubblica consapevole⁹⁸, come sostenuto da un'autorevole dottrina nell'area di studi del biodiritto⁹⁹. I contesti economico-produttivi dove le persone lavorano sono naturalmente un ambito di analisi privilegiato per verificare le ricadute di questa tematica sulle regole del lavoro. L'auspicio è riuscire ad identificare le notizie provenienti da un'informazione scientifica seria e accurata e, mediante l'ausilio di quel diritto riflessivo a cui la legislazione pandemica ha dato uno spazio significativo (*supra* par. 2), definire soluzioni condivise idonee a superare, anche sul versante concreto, le contraddizioni che possono sorgere in tema di obbligo vaccinale, diretto e/o indiretto, in particolare in quel terreno delicato che è il rapporto di lavoro.

⁹⁸ In proposito, i commenti recenti di V. LINGIARDI, *Trasfusioni di conoscenza*, in *la Repubblica*, 26 agosto 2021; V. LINGIARDI, *Vincere la paura sapendo ascoltare*, in *la Repubblica*, 1 settembre 2021.

⁹⁹ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 144.

La cura della salute. Quali prospettive per un più equo accesso al farmaco, oggi?

Lucia Albano*

HEALTH CARE. WHAT ARE THE PROSPECTS FOR FAIRER ACCESS TO MEDICINES, TODAY?

ABSTRACT: This essay deals with the right to health in the perspective of access to pharmaceuticals. The availability of safe and accessible medicines, especially in the last two decades, has often been lacking even in the “Global North”. The Covid-19 pandemic and the challenge of vaccines distribution represents a further “market failure” of the current regulatory asset. It is therefore urgent to reform the EU legislation providing incentives in the biomedical field, now centered on the grant of exclusive rights. Some proposals appear adequate to restore an appropriate balance between the various interests that revolve around health protection. A public European biomedical research infrastructure, a “CERN of medicines”, appears the most meaningful and timely suggestion.

KEYWORDS: right to health; Intellectual property of pharmaceuticals; innovation incentives; pandemic

SOMMARIO: 1. Accesso al farmaco e tutela della salute: un quadro intricato – 2. Brevetti sui vaccini anti-covid: tutela dell’innovazione è tutela della salute? – 3. Da R&S a determinazione dei prezzi: tanti difetti quante possibilità di miglioramento – 4. Una necessaria azione sugli incentivi alla ricerca – 4.1 Proposte nel campo della legislazione UE sull’esclusività dei dati – 4.2 Proposte nel campo della legislazione UE sui certificati di protezione complementare – 4.3 Proposte relative ai farmaci orfani: *priority review vouchers* ed altre misure – 4.4 *Open source drug discovery* – 5. Una strategia multidimensionale e innovativa: Biomed Europa – 5.1 Il contesto – 5.2 La proposta – 6. Conclusioni.

1. Accesso al farmaco e tutela della salute: un quadro intricato

Scrivere di questioni strettamente inerenti al diritto alla salute presuppone, anzitutto, l’interdisciplinarietà della trattazione. Si tratta, infatti, di un diritto fondamentale e diritto sociale ad un tempo, dalla dimensione individuale e collettiva¹. Questa struttura poliedrica

* Dottoressa in Giurisprudenza (Corso unico in diritto comparato europeo e transnazionale) presso l’Università di Trento. Mail: lcualbano@gmail.com. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ L’art. 32 Costituzione recita: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

fa sì che la tutela della salute – il cui significato è peraltro in continua e non sempre lineare evoluzione² –, nella sua pratica messa in atto si intersechi e coinvolga molteplici ambiti del sapere, di cui la disciplina positiva è chiamata a trovare la giusta sintesi.

La prospettiva che si è qui prediletta per trattare di diritto alla salute è quella dell'accesso ai farmaci. Il concetto è stato definito come «l'equa disponibilità ed accessibilità economica di medicinali nel processo della loro acquisizione»³. Pur dipendendo l'attuazione del diritto alla salute da molteplici fattori (primariamente i fattori cd. “ambientali”)⁴, l'angolo visuale dell'accesso al farmaco risulta particolarmente centrale in un discorso che voglia concentrarsi sull'effettività e che si regge sull'importanza del diritto quale *player* fondamentale, anche nel tentativo di determinare un miglioramento dello *status quo*. Se, infatti, «compito precipuo dei giuristi» è «occuparsi dei conflitti per cercare di dare loro una soluzione equilibrata e razionale»⁵, l'accesso al farmaco costituisce – specie in tempi di pandemia globale – un'enorme sfida per il giurista, nonché importante occasione di riflessione in ottica di riforma del quadro regolatorio vigente.

La disciplina che ruota attorno al fenomeno dell'accesso al farmaco – che qui non è possibile trattare estesamente – risulta altamente complessa, per una molteplicità di ragioni. Anzitutto, è da rilevare la natura composita del bene farmaco, strumento di primaria importanza per la tutela della salute e possibile oggetto di rapporti giuridici patrimoniali ad un tempo⁶. Tale natura composita implica la necessità di creare una disciplina capace di contemperare nella maniera più efficace possibile interessi diversi e talvolta confliggenti, come l'interesse pubblico alla tutela della salute, il diritto di proprietà e di libera iniziativa economica, la libertà della ricerca. Il tema che qui ci impegna, inoltre, si sviluppa su molteplici piani (politici, giuridici, etici e sociali) e risulta essere al centro di una intensa regolamentazione, peraltro non esente da vistose sovrapposizioni di discipline normative (internazionali, nazionali, regionali, bilaterali, ecc.)⁷.

² Ci si riferisce qui in primo luogo all'evoluzione che ha caratterizzato il concetto di salute a partire dalle Carte dei diritti del secondo dopoguerra sino ad arrivare alle più recenti pronunce giurisprudenziali in tema; inoltre, se dal punto di vista del *law in the books* dell'ordinamento internazionale l'ambito della tutela del diritto alla salute si è sostanzialmente espanso, è pur vero che spetta ai singoli Stati l'obbligo di realizzare questa tutela, la quale finisce dunque per differire anche considerevolmente tra giurisdizioni, cfr. M. KRENNERICH, *The Human Right to Health. Fundamentals of a complex right*, in S. KLOTZ et al. (edited by), *Healthcare as a Human Rights Issue: Normative Profile, Conflicts and Implementation*, Bielefeld, 2017, 23; L. BUSATTA, *La salute sostenibile: la complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Padova, 2018.

³ WTO, WIPO, WHO, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation: Intersections between public health intellectual property trade*, 2nd edition, 2020, 195: <https://bit.ly/3k5BMEE> (ultima consultazione: 16/08/2021).

⁴ Si tratta di fattori economico-sociali come il reddito, il livello di istruzione, l'alimentazione. Pur tuttavia, è di tutta evidenza come «l'accesso al farmaco rappresenta uno strumento di tutela della salute», come affermato nella Legge 24 novembre 2003, n. 326 – istitutiva dell'AIFA – all'art. 48 co. 2.

⁵ R. BIN, *Farmaci e diritti*, in *BioLaw Journal*, 1, 2015, 1.

⁶ A. CAUDURO, *L'accesso al farmaco*, Torino, 2017, 9 e ss.

⁷ A. FILIPPINI, *L'accesso ai farmaci salvavita e la tutela dei brevetti nel WTO-TRIPS e in Italia: la funzione sociale della proprietà intellettuale oggi*, Roma, 2015, 19 e ss. L'Autore a pp. 56 e ss sottolinea poi il fatto, non di immediata comprensione, che nel caso dei prodotti dell'ingegno il processo di liberalizzazione è avvenuto ed avviene non tramite de-regolamentazione normativa ed un *laissez faire*, quanto piuttosto con la predisposizione di una disciplina normativa generale e di tutela giurisdizionale che appronti uno standard

Ulteriore fattore da tenere in considerazione è poi la dimensione transnazionale delle imprese di settore, che si vengono dunque a confrontare con una regolamentazione spesso differente da paese a paese nonostante i tentativi di uniformazione, e con mercati diversi, caratterizzati da esigenze e capacità d'acquisto differenti. Basti pensare ai cd. Paesi in via di sviluppo ed ai Paesi industrializzati, chiamati ad una difficile sintesi di visioni e priorità nel contesto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

2. Brevetti sui vaccini anti-covid: tutela dell'innovazione è tutela della salute?

Un terreno emblematico e particolarmente attuale di conflitto in ambito farmaceutico è rappresentato dalla protezione dei beni immateriali, disciplina che incarna il difficile bilanciamento tra l'interesse pubblico alla tutela della salute (che si compie attraverso la fruibilità di farmaci accessibili) e gli interessi privati dell'industria, spesso confliggenti.

Si tratta infatti di materia storicamente problematica: se sino alla celebre sentenza della Corte costituzionale n. 20/1978 il dibattito verteva sull'opportunità o meno di brevettare in ambito farmaceutico, a partire da quel fondamentale spartiacque – che sancì la brevettabilità – questo è evoluto al merito delle misure specifiche che, nel dato momento storico, tendessero all'obiettivo di bilanciamento sperato. A partire dalla fondamentale pronuncia della Consulta, divenne pacifica anche per il settore farmaceutico la possibilità per gli innovatori di valersi di un meccanismo premiale – ravvisato nella privativa brevettuale – al fine di incentivare gli investimenti che si rendono necessari per ricerca e sviluppo di nuovi farmaci⁸. La Corte si mostrava peraltro consapevole dell'eventualità di uno sbilanciamento della legislazione a favore di finalità commerciali e speculative, ritenendo tuttavia sufficienti a scongiurare tale rischio interventi autoritativi quali l'espropriazione dei diritti di brevetto per ragioni di pubblica utilità, l'introduzione di forme speciali di licenza obbligatoria, la riduzione della durata del brevetto ed infine una disciplina di regolamentazione pubblicistica dei prezzi⁹.

Già all'epoca della sentenza in oggetto, era peraltro chiaro come il mercato farmaceutico non rientrasse tra quelli capaci di operare in concorrenza perfetta e ciò sarebbe stato a maggior ragione evidente legittimando situazioni di monopolio scaturenti dai brevetti. La presenza di monopoli, come anche l'incompletezza dei mercati nel produrre beni e servizi richiesti dagli individui (si pensi ai "farmaci orfani", di cui si dirà in seguito), nonché l'imperfetta informazione circa la natura e il valore dei prodotti scambiati, fanno sì che la cd. "mano invisibile" non sia in grado di operare per conseguire l'efficienza e che si verificino fallimenti di mercato¹⁰. In tali contingenze, è pacifica la necessità della

minimo di tutela. Anche nella dimensione del commercio internazionale, quindi, la tutela della salute in senso lato è al centro di intensa regolamentazione.

⁸ Per una ricostruzione delle tappe più significative della riforma della nostra legislazione in materia di brevettabilità di farmaci sino alla fondamentale pronuncia della Corte Costituzionale del 1978 v. A. GRISOLI, *La secolare ed incompiuta vicenda della brevettabilità dei farmaci*, in *Rivista di diritto industriale*, 1981, parte I. Per un'analisi approfondita della pronuncia ed una riflessione critica sull'evoluzione del regime brevettuale in ambito farmaceutico a seguito della stessa v. C. CASONATO, *I farmaci, fra speculazioni e logiche costituzionali*, in *Rivista AIC*, 4, 2017.

⁹ Si veda il punto 4 della sentenza Corte cost. n. 20/1978.

¹⁰ N. DIRINDIN, E. CARUSO, *Salute ed economia: questioni di economia e politica sanitaria*, Bologna, 2019, 32.

“mano visibile”, ossia dell’intervento pubblico atto a correggere il mercato così da soddisfare i requisiti di efficienza, efficacia ed equità¹¹.

A partire dagli anni successivi alla pronuncia si è dunque osservata una produzione normativa sempre più massiccia con riferimento, tra le altre cose, alla protezione brevettuale tale da farla assurgere, di fatto, a “determinante” dell’accesso ai farmaci (e così della salute). Ciò in quanto, da un lato, i diritti di esclusiva conferiti dai brevetti – andati rafforzandosi anche a livello di legislazione sovranazionale e internazionale in attuazione di un disegno armonizzatore – sono giunti a costituire il principale incentivo all’innovazione¹²; dall’altro, poiché i contemperamenti legislativi nazionali auspicati dalla Corte nella sopra citata sentenza n. 20 del 1978 non sono stati attuati e, laddove attuati – come nel caso della regolamentazione dei prezzi – si sono presto rivelati inadeguati.

I principi costituzionali e le logiche a questi sottese, così come enunciati nel ragionamento della Consulta, sono stati quindi disattesi determinando uno sbilanciamento a favore degli interessi privati con conseguenze pregiudizievoli per i sistemi sanitari e così anche per i pazienti-consumatori, titolari di quell’unico diritto che – tra quelli qui in conflitto – è definito dalla Costituzione come “fondamentale”. Basti pensare all’innata tendenza dell’industria farmaceutica a dilatare in senso temporale le maglie dei diritti di proprietà intellettuale (più o meno legittimamente), così compromettendo l’accesso al farmaco sotto il duplice profilo della sua accessibilità economica e disponibilità sul mercato in quantità sufficienti. Rientrano in questa logica le varie condotte cui si continua ad assistere in Europa e non solo, che spesso sfociano in azioni anticoncorrenziali: pratiche di *evergreening* e di stratificazione brevettuale, rifiuti di licenza, accordi *pay for delay*, ecc¹³.

Il dibattito sull’idoneità delle discipline vigenti a tutelare adeguatamente il diritto alla salute così come gli altri interessi che ruotano attorno al farmaco, come noto, è altresì di assoluta attualità. La pandemia da Covid-19 ed il connesso sviluppo di farmaci essenziali per la lotta alla malattia (i vaccini)

¹¹ *Ibidem*, 26 e ss. Secondo le Autrici efficienza, efficacia ed equità sono “le tre E dei sistemi sanitari”. Per un approfondimento sull’intervento pubblico dello Stato nel settore sanitario v. C. DONALDSON, K. GERARD, *Economics of Health Care Financing: The Visible Hand*, London, 2005. Per un approfondimento delle diverse questioni che pone l’economia sanitaria, v. R. LEVAGGI, S. CAPRI, *Economia sanitaria*, Milano, 2013.

¹² La svolta avuta nell’ordinamento italiano nel 1978 si motivava anche con esigenze di allineamento alle più progredite legislazioni di altri paesi e con impegni assunti in campo internazionale e comunitario. Sin dagli anni della seconda rivoluzione industriale fu chiaro, infatti, come un’efficace protezione della proprietà intellettuale e industriale passasse necessariamente attraverso l’armonizzazione delle diverse leggi locali ed una tutela di carattere sovranazionale. Tale percorso di armonizzazione, può dirsi iniziato con la Convenzione di Parigi del 1883, proseguito con numerose convenzioni multilaterali e culminato, crediamo, con l’Accordo TRIPs del 1994 e la successiva dichiarazione di Doha del 2001. A livello dell’Unione europea, l’azione in ambito brevettuale è sfociata nell’emanazione del I Reg. UE n. 1257/2012 sul brevetto europeo unitario e il Reg. UE n. 1260/2012 sul regime linguistico applicabile al brevetto e dell’Accordo sull’istituzione di un tribunale unificato dei brevetti; ad oggi il processo che porta al riconoscimento di un brevetto unitario, tuttavia, non è ancora concluso, non essendo stato l’Accordo ancora ratificato da tutti gli Stati membri aderenti all’iniziativa (25 Stati membri dell’UE). Al momento si stima che il nuovo sistema brevettuale potrà essere operativo verso la fine del 2022, inizio del 2023.

¹³ Esemplificativi di tali pratiche sono celebri casi giurisprudenziali in cui le imprese di volta in volta coinvolte sono state sanzionate. A proposito delle condotte citate nel testo, si pensi al caso *Glivec* deciso dalla Suprema Corte indiana nel 2013, al caso *Ratiopharm/Pfizer* su cui si è pronunciato da ultimo il Consiglio di Stato nel 2014, al caso *IMS Health* su cui ebbe a pronunciarsi la Corte di Giustizia dell’UE in via incidentale nel 2004, al caso *Lundbeck* su cui la Corte di Giustizia si è pronunciata recentemente, a marzo 2021.

è stata l'occasione che più di tutte a partire dall'introduzione di una disciplina di protezione dei diritti di proprietà intellettuale in questo ambito ha portato gli Stati, le organizzazioni non governative e le comunità scientifica e accademica ad interrogarsi sull'opportunità di derogare alla protezione brevettuale¹⁴. I governi indiano e sudafricano a ottobre 2020 hanno avanzato in seno all'Organizzazione mondiale del Commercio la proposta di sospendere i brevetti e gli altri DPI su test, farmaci e vaccini utili per combattere il Covid-19, sino al raggiungimento dell'immunità di gregge. La proposta è stata ad oggi accolta con favore da più di 100 stati membri, ma è stata avversata in modo risoluto dai Paesi ricchi, decisivi nello spostamento degli equilibri in seno all'OMC, in cui le decisioni richiedono l'unanimità dei 164 stati membri. Come noto, recentemente gli USA – che sinora capeggiavano il fronte dei Paesi ricchi, tra cui figurano Giappone, Regno Unito, Australia e la stessa Unione europea – hanno aperto alla proposta, dicendosi favorevoli¹⁵.

La *querelle* relativa alla “sospensione”, “deroga”, “abolizione” dei diritti di proprietà intellettuale sui vaccini anti-covid ha agitato e tuttora agita il dibattito pubblico sfociando non di rado in meri proclami dalle tinte più ideologiche e geopolitiche che umanitarie. Si tratta di una materia già di per sé estremamente complessa, che nella presente crisi non è stata affrontata con la necessaria obiettività e serietà, specie da parte dei Paesi ricchi. Il dibattito è poi apparso non di rado superficiale da ambo le parti – i “favorevoli” ed i “contrari” alla sospensione dei diritti di brevetto –. Da un lato, infatti, le problematiche operative del trasferimento delle competenze per produrre i vaccini e degli investimenti necessari per fabbricarli non sono state oggetto di approfondimento, dall'altro lato non sono state avanzate concrete proposte migliorative dello *status quo*, che ha posto notevoli dilemmi specie con riferimento ai prezzi dei vaccini ed alla loro distribuzione presso i Paesi del Sud del mondo.

Pare quindi opportuno in questa sede indulgiare – per quanto la natura del presente contributo consentirà – sullo spettro di possibilità che si aprono ai Legislatori nazionali e al Legislatore europeo, le quali includono, ma non si esauriscono nella regolazione dei diritti di proprietà intellettuale.

¹⁴ Vds. esemplificativamente J.E. STIGLITZ et al., *Patents vs. the Pandemic*, in *Project Syndicate*, 23 April 2020: <https://www.project-syndicate.org/commentary/covid19-drugs-and-vaccine-demand-patent-reform-by-joseph-e-stiglitz-et-al-2020-04> (ultima consultazione 16/08/2021). Si sottolinea che la questione è di estrema attualità ma risalente nel tempo: già in occasione del propagarsi del virus HIV il dibattito si era acceso con riferimento all'opportunità di prevedere delle deroghe alla protezione brevettuale in casi circoscritti, tali da consentire agli Stati di operare quali garanti della salute pubblica. Non a caso lo stesso accordo TRIPs varato nel 1994 agli artt. 30 e 31 prevede deroghe in tal senso («Eccezioni ai diritti conferiti» e «Altri usi senza il consenso del titolare»), tra cui rientrano licenze obbligatorie e importazioni parallele). Queste previsioni sono state poi rafforzate dalla “Dichiarazione di Doha sull'Accordo TRIPs e sulla salute pubblica” del 2001, che favorì l'introduzione dell'art. 31bis, il quale prevede la possibilità di emettere licenze obbligatorie in caso di emergenze sanitarie. La portata dirompente dell'attuale pandemia ha reso il dibattito circa la revisione dell'attuale sistema di incentivi alla ricerca nuovamente attuale e straordinariamente opportuno; in seguito ad una inedita, massiva condivisione avutasi nella ricerca scientifica - la quale ha permesso il rapido sviluppo di vaccini – si è infatti osservata l'usuale dinamica nella fase della distribuzione, che ha visto le imprese farmaceutiche protagoniste di comportamenti monopolistici con riferimento alla decisione sui prezzi ed alle scelte allocative.

¹⁵ T. KAPLAN et al., *Taking 'Extraordinary Measures,' Biden Backs Suspending Patents on Vaccines*, in *The New York Times*, 5 May 2021.

3. Da R&S a determinazione dei prezzi: tanti difetti quante possibilità di miglioramento

La materia dell'accesso al farmaco – così complessa e composita – presenta numerosi margini d'azione affinché si possa quanto meno avvicinarsi al fine di una più ampia disponibilità ed accessibilità economica dei medicinali, le quali in così tanti modi sono suscettibili di essere compromesse, in tempi di crisi e non. I due piani sono, a ben vedere, interconnessi: se l'entrata in commercio di un farmaco generico o biosimilare certamente aumenta la disponibilità di una determinata formulazione, al contempo ne beneficerà anche l'accessibilità economica da parte dei pazienti (e dei sistemi sanitari), in un circolo virtuoso alimentato dalla pluralità di attori e dunque dalla concorrenza.

Sulla necessità di ripensare le politiche connesse all'accesso al farmaco si registra un crescente consenso a livello europeo. È proprio il livello europeo che prediligeremo, sul duplice assunto che il problema riguarda ad oggi anche i Paesi sviluppati (tra cui figurano i Paesi membri dell'UE) e che le proposte le quali si dimostrano allo stato attuale più implementabili ed auspicabili hanno dimensione sovranazionale.

Tale impulso a progredire nei diversi piani del settore farmaceutico, ha da ultimo trovato espressione nella Strategia farmaceutica per l'Europa redatta dalla Commissione europea a fine novembre 2020¹⁶. La Commissione fornisce un quadro tendenzialmente completo quanto meno degli ambiti nei quali si auspica una revisione della normativa vigente e che più o meno direttamente esercitano spinte positive nel senso sopra detto¹⁷. Nella disamina che segue, prenderemo in considerazione, oltre che i punti più salienti della strategia di revisione normativa della Commissione, spunti e proposte provenienti da accademici e studiosi del tema che qui si tratta o da gruppi di ricerca attivi a vario titolo nella ricerca biomedica. Tra questi si farà in particolare riferimento alle proposte avanzate dal gruppo *Medicines Law & Policy*, che grazie ad un approccio giuridico multidimensionale affronta pragmaticamente il problema¹⁸. Uno spazio particolare si darà al tema degli incentivi alla ricerca, ad oggi concentrati sull'esclusività. In questo ambito si darà conto di proposte di revisione della legislazione farmaceutica europea provenienti da *ML&P*, nonché dall'esperienza dell'ordinamento statunitense e da esperienze di ricerca le quali già hanno visto la luce e che potrebbero venire implementate su larga scala. Infine, in una sorta di climax di sovvertimento dell'attuale sistema, presenteremo la proposta più innovativa e omnicomprensiva, che racchiude le dimensioni degli incentivi *push* e *pull*¹⁹,

¹⁶ Commissione europea, *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni: Strategia farmaceutica per l'Europa*, 25 novembre 2020: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0761> (ultima consultazione: 16/08/2021). Segnaliamo inoltre un documento maggiormente programmatico ed embrionale, ma che comunque dimostra l'intenzione dell'Unione di agire nel campo farmaceutico già da prima della presente pandemia: Consiglio dell'Unione europea, *Conclusioni del consiglio sul rafforzamento dell'equilibrio nei sistemi farmaceutici dell'Unione europea e degli Stati membri*, 23 luglio 2016: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XG0723\(03\)&from=FI](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XG0723(03)&from=FI) (ultima consultazione: 16/08/2021).

¹⁷ Non sempre, infatti, all'individuazione dell'ambito e dei fini da perseguire corrisponde una già definita strategia di azione.

¹⁸ Si veda il sito del gruppo: <https://medicineslawandpolicy.org/> (ultima consultazione: 16/08/2021).

¹⁹ In dottrina si utilizza la distinzione tra meccanismi incentivanti cd. *push* e *pull*. I primi sono atti a fornire sostegno alla ricerca e consistono in finanziamenti pubblici o privati agli istituti di ricerca o in altri meccanismi quali i crediti d'imposta per gli investimenti in R&S. I secondi si focalizzano non più sull'*input*, quanto sull'*output* della ricerca, ossia l'innovazione; essi si sostanziano in sistemi premiali concessi una volta che sia

della disponibilità ed accessibilità economica dei medicinali, del riequilibrio tra attori nel contesto del mercato farmaceutico: Biomed Europa.

Il tema dell'incentivo alla ricerca, pur costituendo a ben vedere la radice del problema dell'accesso al farmaco e dunque il potenziale baricentro da raggiungere, non appare come l'unico meritevole di attenzione. Altri sono gli ambiti coinvolti, che tuttavia non è possibile trattare esaustivamente in questo lavoro. Basti pensare al tema dei prezzi eccessivi e alla *vexata quaestio* del giusto prezzo, che direttamente determina l'accessibilità economica di un farmaco ed indirettamente anche la sua disponibilità (si pensi al Sofosbuvir, in cui in vari Paesi – tra cui l'Italia – si è dovuto procedere alla predisposizione di criteri di accesso alle cure a causa del loro costo eccessivo, determinando così l'indisponibilità della cura per parte dei malati²⁰).

Dal punto di vista fisiologico, la questione è di competenza della regolazione nazionale, che disciplina sistematicamente commercializzazione ed eventuale rimborso di un farmaco.

Il tema dei prezzi dei farmaci merita attenzione anche da un punto di vista patologico – dunque dell'intervento antitrust e giurisdizionale –. La prassi rivela infatti una scarsa propensione sia delle autorità garanti della concorrenza sia della giurisprudenza ad addentrarsi nel sindacato sui prezzi praticati. Le ragioni di tale duplice *self-restraint* appaiono solo in parte sovrapponibili: la scarsa accessibilità e tracciabilità dei dati con la conseguente difficoltà nel definire le componenti di costo dei prodotti e la complessità delle valutazioni economiche, causano notevoli difficoltà di accertamento ed hanno fatto sì che la casistica antitrust in tema di prezzi iniqui sia risultata ancora più rara che in altri ambiti economici²¹. Per ciò che concerne la giurisprudenza, l'atteggiamento tradizionalmente reti-

stata portata a termine con successo la fase di R&S e possono assumere varie configurazioni, tra cui il diritto di esclusiva accordato dal brevetto, meccanismo incentivante più largamente utilizzato nel campo della ricerca biomedica.

²⁰ Per una disamina approfondita della vicenda si rimanda a M. CALEPIJA, *Profili giuridici per l'analisi della vicenda Sofosbuvir: contesto, istituti, attori e criticità. Verso un ripensamento del ruolo pubblico in materia di definizione dei prezzi dei farmaci?*, in *Federalismi.it*, 8, 2020; si veda inoltre P. PIERGENTILI, *Monopolio e prezzo dei farmaci: il caso del sofosbuvir*, in *Evidence*, 9, 2017.

²¹ L. ARNAUDO, G. PITRUZZELLA, *La cura della concorrenza: l'industria farmaceutica tra diritti e profitti*, Roma, 2019, 124. Ci si riferisce alle condotte di impresa direttamente incentrate sull'aumento dei prezzi, integranti la fattispecie di abuso di posizione dominante ex art. 102 lett. a) TFUE. In tale contesto, una recente vicenda italiana ha sortito importanti eco; ci riferiamo al caso *Aspen*, sostanziatosi dapprima in un procedimento condotto dall'AGCM ex art. 102 e giunto alla decisione dinnanzi al Consiglio di Stato a marzo 2020, con una conferma della decisione dell'Autorità. L'AGCM sanzionava il gruppo *Aspen* per oltre 5 milioni di euro per aver imposto – abusando della propria posizione e conducendo con AIFA una negoziazione aggressiva – aumenti ingiustificati dei prezzi di farmaci salvavita ("Cosmos"). Non avendo alternative (se non quella impraticabile di rifiutare le richieste facendo così passare detti farmaci nella classe C non rimborsata), AIFA concludeva con *Aspen* aumenti dal 257% fino al 1540% dei prezzi vigenti. AGCM – impiegate due diverse metodologie di valutazione della sproporzione tra prezzi e costi – accertava che i farmaci erano profittevoli già da prima degli aumenti e che questi ultimi avevano causato un'eccedenza rispetto a un parametro considerato di ritorno legittimo ("Cost Plus") tra il 100 e il 400%. L'iniquità dei nuovi prezzi è stata dunque in questo caso provata, grazie ad alcune peculiarità della fattispecie: i farmaci Cosmos erano prodotti da molto tempo, pertanto le richieste di aumento di prezzo non potevano essere giustificate dalla necessità di recuperare i costi di R&S, che quindi non era necessario calcolare; a ciò si aggiunga che il gruppo *Aspen*, essendo attivo nel settore degli equivalenti, non ha dovuto fronteggiare rischi di fallimenti di ricerca di nuovi prodotti (viene quindi meno la necessità di compensare questi costi con i profitti provenienti dai farmaci in commercio). Sul caso *Aspen* cfr. G. COLANGELO, *Il paradigma "Aspen": dominanza di mercato, supremazia negoziale e "pricing" abusivo*, Nota a TAR

cente si spiega con la volontà da parte dei giudici di non sostituirsi a valutazioni in cui vi sia stato esercizio di discrezionalità amministrativa (come è il caso dei prezzi negoziati). A ben vedere, soprattutto un settore merceologico di assoluto interesse pubblico come quello dei farmaci, non dovrebbe tollerare “armi spuntate”: una maggiore chiarezza dei processi di determinazione dei prezzi e l’imposizione di più alti livelli di trasparenza potrebbero costituire i mezzi necessari al fine di sindacati più stringenti, a partire da quello antitrust che costituisce un presidio importante in un settore sì regolato ma che presenta molte possibilità di abuso anticoncorrenziale; che necessita, in altre parole, di limiti sia interni che esterni²².

Come vedremo di seguito, la trasparenza è una tematica chiave per numerose proposte di riforma.

4. Una necessaria azione relativa agli incentivi alla ricerca

4.1 Proposte nel campo della legislazione UE sull’esclusività dei dati

Fatte queste brevi considerazioni introduttive, è opportuno ora andare alla radice dello sviluppo dei farmaci e delle condizioni che risultano essere alla base della scarsa disponibilità e/o accessibilità economica di farmaci vecchi o nuovi. Si tratta dell’universo degli incentivi, che trova attualmente nel conferimento di un diritto esclusivo di sfruttamento commerciale (attraverso vari meccanismi) la sua manifestazione precipua²³. Decenni di vigenza di tali esclusività, l’osservazione multidisciplinare della realtà – confrontata con i principi del diritto internazionale, dell’*acquis* comunitario e degli ordinamenti statali – portano a formulare alcune riflessioni e proposte di riforma.

La protezione dei dati attraverso il conferimento di un periodo di esclusività di 8 anni sui dati generati nella fase di sperimentazione preclinica e clinica si giustifica tradizionalmente con la necessità di incentivare gli investimenti in R&S, ma di fatto – partendo tale periodo al momento dell’AIC – si verifica

LA – Roma sez. 1 26 luglio 2017, n. 8945, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2018. Rimane a ben vedere ampiamente problematico l’accertamento delle condotte riguardanti livelli di prezzo dei nuovi farmaci, che più pongono i sistemi sanitari sotto pressione. Va comunque evidenziato come a seguito della vicenda italiana la Commissione europea il 15 maggio 2017 abbia avviato investigazioni circa le condotte di Aspen nell’intero SEE, giungendo a conclusioni non dissimili da quelle delle autorità italiane. A luglio 2020 Aspen ha dunque proposto di impegnarsi a ridurre i prezzi praticati nel periodo 2013-2019 del 73% di media, v. Commissione europea, *Comunicato stampa IP/20/1347*: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_20_1347 (ultima consultazione: 16/08/2021).

²² Così C. DESOGUS, *Nuove frontiere tra regolazione proprietà intellettuale e tutela della concorrenza nel settore farmaceutico: le pratiche di brevettazione strategica*, in *Rivista della Regolazione e dei mercati*, 1, 2015. Evidenzia la complementarità tra diritto della concorrenza e regolamentazione di settore anche il Tar Lazio, che si è pronunciato sul caso *Aspen* confermando la decisione dell’AGCM con sent. n. 8948/2017. L’ambito di operatività del diritto antitrust nel mercato farmaceutico è tuttavia oggetto di discussione in dottrina: se da un lato l’attivazione del rimedio antitrust nei casi in cui i brevetti conducano a una restrizione della concorrenza sembra giustificabile, specie se finalizzata alla promozione della concorrenza *by substitution*, dall’altro l’apposizione di limiti esterni potrebbe condurre ad una dilatazione dell’ambito di interferenza del diritto antitrust sul sistema brevettuale tale da rischiare di compromettere l’armonicità del quadro regolatorio, ovvero deprimere gli incentivi dei titolari dei diritti di esclusiva ad innovare, v. *Ibidem*.

²³ Per un approfondimento di tali meccanismi e delle loro implicazioni sullo sviluppo dei farmaci, v. F. GAESSLER, S. WAGNER, *Patents, Data Exclusivity, and the Development of New Drugs*, in *The Review of Economics and Statistics*, October 2020; specificamente sull’esclusività dei dati, v. G. CHAKRABARTI, *Need of data exclusivity: Impact on access to medicine*, in *Journal of Intellectual Property Rights*, 19, 5, September 2014.

per i farmaci originali una sovrapposizione di tutela brevettuale e regolamentare che può arrivare a comprendere, come nel caso di farmaci orfani, sia esclusività dei dati che esclusività di mercato.

Tale circostanza spiega il fatto che l'assoluta maggioranza dei Paesi membri dell'OMC non si sia dotata di un regime di esclusività dei dati (prevedendo viceversa, in ottemperanza all'Accordo TRIPs, la tutela brevettuale ventennale)²⁴. I Paesi membri che hanno introdotto siffatta regolazione – 16 Paesi a medio reddito – se ne sono dotati a seguito di accordi stipulati con Unione europea e Stati Uniti, esterni al sistema OMC (si tratta dei cd. *TRIPs-plus Agreements*)²⁵.

L'esclusività dei dati è stata introdotta in UE nel 1987 (Direttiva 87/21/CEE) ed ha scontato sin da subito una confusione rispetto alla tutela brevettuale, specie in quei Paesi membri che all'epoca non se ne erano ancora dotati, in cui perciò l'industria faceva sostanzialmente affidamento sulla tutela regolamentare sui dati. L'introduzione dei certificati complementari di protezione nel 1992 e la creazione dell'OMC – con l'adozione dell'Accordo TRIPs – nel 1994 hanno contribuito all'armonizzazione ed estensione della disciplina sull'esclusività sui dati nell'UE, che ad oggi è dotata del regime globalmente più generoso²⁶. Agli 8 anni di base se ne aggiungono infatti 2 di esclusività di mercato ed uno ulteriore, ottenibile dall'originatore per una nuova indicazione terapeutica che aggiunga un significativo beneficio clinico.

Venendo alle implicazioni operative, durante gli 8 anni di tale periodo di esclusiva, ai genericisti non è possibile richiedere un'AIC all'EMA e così servirsi delle risultanze cliniche e precliniche della sperimentazione già condotta dall'originatore; durante i 2 anni aggiuntivi il genericista può richiedere l'AIC ma non ancora commercializzare il prodotto. I fautori dell'esclusività dei dati sostengono che questa non espliciti conseguenze pregiudizievoli quanto all'accesso al farmaco, poiché normalmente essa terminerà prima che scada il periodo di protezione brevettuale (Figura 6)²⁷. Tale "situazione standard" non si verifica però nel caso in cui venga emessa una licenza obbligatoria (Figura 7) e in quello in cui l'esclusività regolamentare – dei dati e/o di mercato – venga utilizzata per prolungare *de facto*

²⁴ All'interno della Sezione 7 dell'Accordo TRIPs rubricata «Protezione di informazioni segrete», l'Art. 39 co. 3 recita: «I Membri, qualora subordinino l'autorizzazione della commercializzazione di prodotti chimici farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di nuove sostanze chimiche alla presentazione di dati relativi a prove o di altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno, assicurano la tutela di tali dati da sleali usi commerciali. Essi inoltre proteggono detti dati dalla divulgazione, salvo nei casi in cui risulti necessaria per proteggere il pubblico o a meno che non vengano prese misure atte a garantire la protezione dei dati contro sleali usi commerciali». È dunque evidente che l'Accordo TRIPs richiede la protezione dei dati, ma non necessariamente sotto forma di esclusività dei dati.

²⁵ Si veda il sito di "MedsPal: The Medicines Patents and Licenses Database": www.medspal.org (ultima consultazione: 16/08/2021), nonché UNDP, UNAIDS, *The potential impact of free trade agreements on public health*, Geneva, 2012: <https://hivlawcommission.org/wp-content/uploads/2017/06/The-Potential-Impact-of-Free-Trade-Agreements-on-Public-Health-Issue-Brief.pdf> (ultima consultazione: 16/08/2021).

²⁶ Come visto, l'OMC prevede la protezione dei dati, ma non necessariamente sotto forma di esclusività. Gli USA garantiscono fino ad 8 anni di *data exclusivity* (5 + 3 aggiuntivi di esclusiva di mercato nel caso di nuove indicazioni terapeutiche), il Giappone garantisce 6 anni. v. ML&P, *European Union Review of Pharmaceutical Incentives: Suggestions for Change*, June 2019, p. 26: <https://medicineslawandpolicy.org/wp-content/uploads/2019/06/MLP-European-Union-Review-of-Pharma-Incentives-Suggestions-for-Change.pdf> (ultima consultazione: 16/08/2021).

²⁷ Di certo la circostanza fa sorgere spontanea la domanda circa l'utilità pratica dell'esclusiva sui dati; potrebbe trattarsi della volontà di stratificare diritti di esclusiva così da disincentivare l'entrata nel mercato da parte di concorrenti.

il periodo di protezione brevettuale, esemplificativamente nei casi di medicinali orfani, che possono raggiungere fino a 12 anni di esclusiva (Figura 8). Infine, l'esclusiva sui dati potrebbe impedire la registrazione di una versione generica anche laddove il medicinale non sia protetto da brevetto (ad esempio ove questo sia scaduto, oppure ove il prodotto non integri i requisiti della brevettabilità). Le conseguenze dell'attuale quadro normativo sulla salute pubblica e sull'accesso ai farmaci sono perciò evidenti. La non chiara *ratio* dell'istituto, unita alla sua non necessità per il diritto internazionale ed anzi il suo costituire un ostacolo per quelle iniziative – come l'emissione di licenze obbligatorie – che si pongano a tutela della salute pubblica, rivelano l'opportunità di operare delle modifiche allo *status quo*.



Figura 6. Situazione "standard". Fonte: WHO, *Data exclusivity and other "trips-plus" measures, 2017*.



? During this period, generics may not be able to enter the market, even when a CL has been issued

Figura 7. Effetti dell'esclusività dei dati sulle licenze obbligatorie. Fonte: *Ibidem*.



Figura 8. Estensione dell'esclusività dei dati per la seconda indicazione. Fonte: *Ibidem*.



Le proposte avanzate, tendenti al superamento degli attuali problemi, consistono *in primis* nel temperare il regime di esclusività rendendolo un regime di “compensazione dei dati”²⁸. Si tratterebbe di un regime di protezione atto a dare riconoscimento agli investimenti che hanno permesso la produzione dei dati senza però determinarne la loro inutilizzabilità da parte di terzi. I terzi che ambiscono a registrare una versione generica o biosimilare di un medicinale potrebbero dunque fare affidamento sui dati prodotti dall’originatore previa compensazione economica allo stesso, al fine di velocizzare l’approvazione del proprio prodotto. Tale utilizzo dei dati potrebbe dunque essere fatto rientrare nella categoria degli usi commerciali legittimi, pertanto ottemperando a quanto previsto dall’art. 39 co. 3 TRIPs²⁹. Tale previsione costituirebbe inoltre un miglioramento trasversale dell’intera disciplina, perseguendo l’ambito obiettivo di migliorare la trasparenza sulle spese sostenute nella R&S: ciò porterebbe vantaggi sia nel determinare l’equa compensazione economica da accordare all’originatore (che, lo ricordiamo, non è mai l’unico attore che sopporta i costi di R&S), sia in sede di accertamento antitrust e giurisdizionale, come si accennava in chiusura del par. 3.

Per ciò che riguarda il problema illustrato nella Figura 7 e ancor prima nella Figura 5 – ossia la non sufficienza della sola licenza obbligatoria nel perseguire un obiettivo di salute pubblica in via autoritativa – una soluzione potrebbe consistere nell’introdurre una deroga all’esclusività regolamentare (sui dati e/o di mercato) laddove i governi emettano licenze obbligatorie³⁰. A ben vedere, si tratterebbe di una modifica per così dire necessitata, ove si tenda ad una normazione coerente, che sia strumento idoneo a raggiungere determinati scopi. Esulando per un momento dalla questione della protezione dei dati, si segnala che la stessa emissione di licenze obbligatorie da parte dei governi è tema altamente dibattuto. L’art. 31 TRIPs, infatti, prevede una generale legittimazione di questo strumento, lasciando tuttavia agli Stati la potestà normativa. Sono pochi i Paesi membri dell’OMC che hanno legiferato in merito alle licenze obbligatorie; la pandemia da Covid-19 ha costituito una spinta in tal senso, portando Paesi come Germania, Canada, Ecuador, Cile e recentemente l’Italia stessa a modificare la propria legislazione in modo da favorire l’emissione di licenze obbligatorie³¹.

²⁸ ML&P, *European Union Review of Pharmaceutical Incentives*, cit., 36.

²⁹ La previsione recita: «3. I Membri, qualora subordinino l’autorizzazione della commercializzazione di prodotti chimici farmaceutici o agricoli implicanti l’uso di nuove sostanze chimiche alla presentazione di dati relativi a prove o di altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno, assicurano la tutela di tali dati da *sleali usi commerciali*. Essi inoltre proteggono detti dati dalla divulgazione, salvo nei casi in cui risulti necessaria per proteggere il pubblico o a meno che non vengano prese misure atte a garantire la protezione dei dati contro *sleali usi commerciali*.»

³⁰ *Ibidem*, 37. Permane peraltro un importante ostacolo al funzionamento effettivo delle licenze obbligatorie di cui all’art. 31 Accordo TRIPs, consistente nella disponibilità del *know-how* e della capacità organizzativa e produttiva. Tale ostacolo, con riferimento ai Paesi economicamente meno sviluppati è stato ridimensionato con l’introduzione nell’Accordo dell’art. 31-bis, che consente ai Paesi con capacità produttive insufficienti di importare i medicinali necessari per combattere un’epidemia o altri eventi ad essa comparabili. È evidente che nella presente situazione di pandemia globale, tale previsione non è risolutiva. Peraltro, la stessa emissione delle licenze obbligatorie da parte dei governi è questione altamente problematica e dibattuta.

³¹ H. WONG, *The case for compulsory licensing during Covid-19*, University of California, Berkeley, School of Law, USA, June 2020, 10, 1. Per ciò che riguarda l’Italia, la modifica al Codice della proprietà industriale è recentissima e assai importante. Alla possibilità di emettere licenza obbligatoria per mancato uso (art. 70 CPI) si viene ora ad aggiungere la licenza obbligatoria in caso di emergenza sanitaria nazionale, atta a far fronte a «comprovate difficoltà nell’approvvigionamento di specifici medicinali o dispositivi medici ritenuti essenziali»,

Infine, si pone l'accento sugli Accordi *TRIPs-plus*, auspicando che l'attenzione venga posta più che sull'introduzione di regimi di esclusività dei dati, sulle necessità e i meccanismi di funzionamento di R&S, in modo da tendere alla condivisione dei rischi così come dei benefici della R&S medica³².

4.2 Proposte nel campo della legislazione UE sui certificati di protezione complementare

In ambito farmaceutico vige un ulteriore tipo di esclusiva: quella conferita dai certificati di protezione complementare, introdotti nella normativa europea nel 1992 allo scopo di uniformare l'estensione della tutela conferita dal brevetto di base a livello europeo³³. Tale normativa – ora in vigore in tutto lo SEE – prevede la possibilità di assegnare un titolo che estenda la protezione brevettuale su un prodotto farmaceutico per il periodo di sviluppo antecedente alla commercializzazione, in cui il produttore già titolare di brevetto non può sfruttare commercialmente il proprio diritto. Come tutti i diritti di uso esclusivo, la *ratio* è rinvenuta nell'incentivare l'innovazione e – come tutti i diritti di uso esclusivo – anche questo va temperato con esigenze diverse (in questo caso di salute pubblica, ma anche di parte dell'industria farmaceutica, comprendente i produttori di generici), il che motiva l'estensione dell'esclusività brevettuale tramite detti certificati sino a un massimo di 5 anni e alla condizione che il periodo intercorrente tra l'assegnazione del brevetto e l'ottenimento dell'AIC sia di almeno 5 anni.

A quasi trent'anni dall'introduzione dell'istituto è opportuno formulare osservazioni ed avanzare proposte di riforma. Numerosi sono infatti gli studi condotti dalla Commissione europea *in-house* e commissionati a enti esterni di ricerca, che effettuano estese analisi giuridiche sulla legislazione relativa ai CCP così come risulta, poi, dalle pronunce giurisprudenziali che la attuano³⁴.

con validità vincolata al perdurare del periodo emergenziale o fino a un massimo di dodici mesi dalla sua cessazione. (art. 70bis CPI). Si tratta di una modifica inserita nel D.L. n. 77/2021 (“Decreto Recovery”), convertito in legge il 29 Luglio 2021. È altresì degna di nota l'Iniziativa dei Cittadini Europei, tuttora in corso, dal titolo “Diritto alle cure” e tendente all'introduzione di una legislazione europea intesa a garantire la prevalenza del diritto alle cure durante la pandemia – anche servendosi di licenze obbligatorie o *pool* di brevetti – rispetto ai diritti di proprietà intellettuale ed ai diritti di esclusività sui dati e di mercato, v. <https://noprofitonpandemic.eu/it/> (ultima consultazione: 16/08/2021).

³² *Ibidem*. Per una analisi dei modelli di R&S in ambito medico e proposte di riforma in merito, si rimanda a <https://delinkage.org/>, iniziativa sostenuta da una pluralità di attori che si propone di scollegare (*de-link*) progressivamente gli alti prezzi dalle spese in R&S, così da creare un contesto privo di monopoli, alti prezzi e scarsa disponibilità dei medicinali necessari.

³³ Introdotti con Regolamento CEE n. 1768/92, poi abrogato dal Regolamento CE n. 469/2009. È da ultimo intervenuto il Regolamento UE n. 933/2019, che prevede alcune eccezioni alla tutela prevista dal CCP per i medicinali, al fine di promuovere la competitività delle industrie di farmaci generici e biosimilari aventi sede nel territorio dell'UE. Il regolamento consente a queste di produrre una versione generica o biosimilare di un medicinale protetto da certificato durante il periodo di validità dello stesso, circoscrivendo l'applicazione della deroga per la fabbricazione ai fini dell'esportazione in mercati non europei o per creare uno stock da immettere nel mercato europeo subito dopo la scadenza del certificato. Cfr. Ministero dello sviluppo economico, *Certificati di Protezione Complementare*: <https://uibm.mise.gov.it/index.php/it/brevetti/certificati-di-protezione-complementare> (ultima consultazione: 16/08/2021).

³⁴ V. European Commission, *Commission staff working document: Evaluation of EU Regulations 469/2009 and 1610/96 on supplementary protection certificates for medicinal and plant protection products*, SWD(2020) 293 final, 25 November 2020: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/43847> (ultima consultazione 16/08/2021); Max Planck Institute for Innovation and Competition, *Study on the Legal Aspects of Supplemen-*

Un primo aspetto disfunzionale del sistema sta nel fatto che, pur essendo regolati a livello dell'Unione europea, i certificati sono applicati dagli uffici brevettuali di ciascun Paese in cui vengono richiesti, non costituendo un titolo unitario di protezione; conseguentemente, i costi amministrativi si moltiplicano e i CCP divengono oggetto di pronunce giurisprudenziali nazionali, il che spiega le differenti interpretazioni della normativa europea da parte delle corti nazionali e la conseguente incertezza giuridica³⁵. Tale frammentazione – oltre a ridurre gli effetti positivi dell'istituto – contribuisce al rischio di abusi da parte dell'industria, che potrebbe valersi dei certificati per perseguire scopi anticoncorrenziali³⁶. Al di là di giudizi di merito, è indiscutibile poi l'effetto che siffatto diritto di esclusiva esplica sulla potenziale concorrenza, posticipando l'entrata sul mercato dei farmaci generici ed i conseguenti abbassamenti di prezzo, che avvantaggiano i sistemi sanitari. Similmente a quanto rilevato per l'esclusività dei dati, anche per i certificati complementari di protezione non sussiste un obbligo in capo agli Stati membri dell'OMC ai sensi dell'Accordo TRIPS: questi hanno la facoltà di (ma non sono obbligati a) estendere il periodo di protezione ventennale³⁷. Si consideri poi che i CCP hanno natura ibrida, a metà tra quella brevettuale e regolamentare, essendo garantiti in presenza di un brevetto di base e di una AIC.

Alla luce di queste osservazioni ed in ossequio ad un generale principio di equità, non sarebbe peregrino richiedere una maggiore trasparenza al fine di bilanciare meglio gli obiettivi di rientro dagli investimenti effettuati da un lato e di tutela della salute pubblica dall'altro. Il Legislatore europeo potrebbe dunque imporre al richiedente un CCP di dimostrare l'insufficienza del periodo di protezione effettiva accordata dal brevetto per coprire l'investimento effettuato in R&S³⁸. Il richiedente dovrebbe così fornire dati circa i costi sostenuti (al netto degli investimenti pubblici ricevuti) ed i guadagni previsti per il periodo di commercializzazione. Ove il CCP venga concesso, il titolare dovrebbe provvedere – periodicamente o *una tantum* prima che il CCP entri in vigore – a trasmettere all'ufficio brevetti i dati sui guadagni effettivamente conseguiti cosicché vi siano elementi fattuali sulla base dei quali confermare, eventualmente, il certificato. Ove risulti che il periodo di protezione brevettuale di base sia stato sufficiente a rientrare dagli investimenti effettuati, il CCP verrebbe ritirato.

Sempre in un'ottica di maggiore trasparenza, potrebbe essere accordata a terze parti la possibilità di sottoporre osservazioni all'ufficio brevettuale in modo da prevenire l'entrata in vigore del certificato, sulla base di evidenze sui profitti conseguiti e non dichiarati dal titolare. Risponderebbe alla medesima *ratio*, poi, l'introduzione in tutti i Paesi membri di un meccanismo simile alla procedura di opposizione al brevetto, che possa condurre alla revoca del CCP.

tary protection certificates in the EU, (European Commission, 2018); Copenhagen Economics, *Study on the Economic Impact of Supplementary Protection Certificates, Pharmaceutical Incentives and Rewards in Europe* (European Commission, May 2018).

³⁵ European Commission, *Commission staff working document: Evaluation of EU Regulations*, cit., 46.

³⁶ Si veda esemplificativamente il caso *Ratiopharm/Pfizer*, iniziato con procedimento dell'AGCM nel 2012 poi deciso in modo conforme dal Consiglio di Stato due anni più tardi. Il Consiglio di Stato, sez. VI, con sent. n. 693/2014 sanzionava *Pfizer* per abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE, comminando la sanzione amministrativa pecuniaria di 10,7 milioni di euro. v. G. GHIDINI et al., *Abuso del diritto al brevetto e abuso di posizione dominante: il caso Pfizer*, in *Rivista italiana di antitrust*, 3, 2014, 138.

³⁷ Così l'Art. 1 dell'Accordo TRIPS.

³⁸ Questa e le successive proposte sono avanzate da ML&P: ML&P, *European Union Review of Pharmaceutical Incentives*, cit., 20 e ss.

Un'ulteriore strada proposta è quella di condizionare l'emissione del certificato – oltre che alla dimostrata necessità sulla base delle risultanze prodotte – a prezzi accessibili durante il periodo di protezione. Infine, è opportuno rilevare come l'attuale frammentazione nell'utilizzo dei CCP a livello europeo potrebbe essere superata con l'introduzione di un CCP unitario, sulla falsariga del brevetto unitario di cui si attende l'entrata in vigore. Stupisce come il cd. pacchetto brevettuale (composto dai due Regolamenti UE n. 1257/2012 e n. 1260/2012) abbia introdotto un sistema unitario europeo dei brevetti senza tuttavia prendere esplicitamente in considerazione la creazione di un CCP unitario. Consapevole dei molti risvolti pregiudizievoli della frammentazione vista sopra, la Commissione sta comunque valutando l'introduzione di un meccanismo unificato di rilascio dei CCP e/o la creazione di un titolo unitario per tali certificati³⁹.

4.3 Proposte relative ai farmaci orfani: *priority review vouchers* ed altre misure

Il tema dei farmaci orfani deputati alla cura delle malattie rare incarna uno dei più vistosi fallimenti di mercato nella materia che qui ci occupa, della tutela della salute per mezzo dell'accesso al farmaco. Si tratta di un tema estremamente complesso, in cui è assai arduo trovare un equilibrio tra la salvaguardia della sostenibilità della spesa pubblica (e così dell'accessibilità dei farmaci orfani ai pazienti) e la necessità di preservare adeguati incentivi per le imprese produttrici⁴⁰. Nonostante l'intervento europeo con il Regolamento CE n. 141/2000 e il Regolamento CE n. 847/2000, permangono importanti problematicità, che rendono i farmaci orfani vero e proprio paradigma di molte delle disfunzioni legate all'accesso al farmaco⁴¹.

Si riportano qui di seguito, dunque, alcune proposte tendenti a dare una risposta alle citate dimensioni della disponibilità ed accessibilità economica di questo tipo di farmaci.

Quanto al primo aspetto, pur avendo sortito la regolazione europea di inizio secolo importanti risultati in termini di sperimentazioni iniziate e numero di farmaci immessi in commercio, il solo fatto che la scoperta di malattie rare non cessi ma anzi prosegua incessante grazie all'evolversi delle conoscenze scientifiche, rende evidente come non ci si possa ritenere soddisfatti. Un innovativo meccanismo incentivante è stato proposto sul modello dei *priority review vouchers* statunitensi. Tale meccanismo – introdotto negli USA nel 2007⁴² – può essere fatto rientrare tra i meccanismi *pull*: in cambio della registrazione per un nuovo farmaco orfano, il produttore riceve un *voucher* che gli consente una valutazione prioritaria innanzi all'autorità regolatoria per un altro farmaco (anche non orfano). La valutazione prioritaria ha infatti un notevole valore economico incidendo sulla durata effettiva dell'esclusiva, sul momento d'inizio delle vendite e costituendo l'entrata anticipata nel mercato un vantaggio competitivo rispetto ai concorrenti. Su questo presupposto lo schema prevede la possibili-

³⁹ Commissione Europea, *Sfruttare al meglio il potenziale innovativo dell'UE: Piano d'azione sulla proprietà intellettuale per sostenere la ripresa e la resilienza dell'UE*, COM(2020) 760 final, 25 novembre 2020, 5: https://uibm.mise.gov.it/images/IP_Action_Plan_IT.pdf (ultima consultazione: 16/08/2021).

⁴⁰ A. PARZIALE, *Il futuro dei farmaci orfani tra promozione della ricerca per la cura di malattie rare e i rischi dei prezzi eccessivi: il ruolo del diritto della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2016, 1245.

⁴¹ A. CAUDURO, *Il paradigma del farmaco orfano*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 1, 2018, 63.

⁴² Lo schema è stato proposto nel 2006 da David B. Ridley, Henry Grabowsky e Jeffrey Moe, tutti membri della Duke University. I PRVs sono diventati legge negli USA l'anno seguente; il primo PRV è stato accordato a Novartis nel 2009 a seguito dell'approvazione da parte di FDA di un farmaco deputato alla terapia della malaria.

tà di monetizzare il *voucher* attraverso il suo trasferimento ad altre compagnie. Il valore economico del *voucher*, poi – pur sostanziosamente in un allungamento dell'esclusiva brevettuale – ha il vantaggio di non andare a scapito dell'entrata sul mercato dei genericisti.

Ad aprile 2021, a quattordici anni dalla loro introduzione, i PRVs emessi negli USA a seguito dell'approvazione di farmaci orfani da parte della FDA erano quarantasei, di cui circa la metà sono stati venduti dalle case farmaceutiche riceventi, a prezzi che vanno dai 68 ai 350 milioni di dollari⁴³. I dati dimostrano un discreto successo di tale meccanismo come strumento incentivante la ricerca biomedica *tout court*, specie negli ultimi anni.

Sulla base di tali dati incoraggianti, è stata avanzata la proposta di estendere il meccanismo sopra descritto alla legislazione UE⁴⁴. L'autorità regolatoria di settore europea – l'EMA – sarebbe responsabile del processo di approvazione accelerato (massimo 150 giorni), indipendentemente dal fatto che il farmaco in questione debba essere sottoposto ad approvazione centralizzata e/o accelerata. In aggiunta all'accelerazione dell'AIC, si propone di modificare la normativa vigente in modo che il detentore del *voucher* possa valersi anche di una decisione sul prezzo e sul rimborso accelerata innanzi alle autorità nazionali deputate⁴⁵.

Il meccanismo andrebbe così a completare il panorama degli incentivi *push* e *pull* previsti dalla legislazione vigente⁴⁶, con il vantaggio di riferirsi a due farmaci anziché ad uno solo e incentivare così la R&S biomedica in generale.

Il vigente quadro normativo non va dal canto suo esente da critiche: in particolare è stato sottolineato, a vent'anni dalla sua introduzione, uno squilibrio a favore degli interessi dell'industria, il quale si manifesta tipicamente con l'imposizione di prezzi eccessivi⁴⁷. Trattato dunque della disponibilità e venendo a considerare il complementare e parimenti importante aspetto dell'accessibilità economica dei farmaci orfani – sull'assunto che «an unaffordable treatment is no more effective than a non-existent treatment»⁴⁸ – ancora una volta il tema della trasparenza si dimostra fattore chiave per ridurre la possibilità di sfruttamento abusivo degli incentivi⁴⁹.

⁴³ Priority Review Vouchers, <https://sites.fuqua.duke.edu/priorityreviewvoucher/value/> (ultima consultazione: 16/08/2021).

⁴⁴ D.B. RIDLEY, A.C. SANCHEZ, *Introduction of European priority review vouchers to encourage development of new medicines for neglected diseases*, in *Lancet*, 376, 11 September 2010, 922.

⁴⁵ Renderebbe il processo ancora più efficace l'introduzione di una procedura centralizzata di determinazione dei prezzi, peraltro idonea a costituire una soluzione ai molti problemi comuni degli Stati membri, v. A. CURTO, L. GARATTINI, *Il prezzo dei farmaci in Europa: è tempo di una strategia comune?*, in *Quaderni di Farmacoeconomia*, 30 maggio 2016.

⁴⁶ Questi sono contenuti agli artt. da 6 a 9 del Regolamento 141 e consistono nell'assistenza per l'elaborazione dei protocolli (*push*), l'agevolazione fiscale nella presentazione della domanda (*push*), l'esclusiva di mercato decennale (*pull*), ed "altri incentivi" accordati dai singoli Stati membri (*push*).

⁴⁷ Per una disamina critica del quadro degli incentivi in UE e negli USA e i (comuni) tratti problematici emersi negli ultimi decenni v. D. KWON, *How Orphan Drugs Became a Highly Profitable Industry*, in *The Scientist*, 1 May 2018: <https://www.the-scientist.com/features/how-orphan-drugs-became-a-highly-profitable-industry-64278> (ultima consultazione: 16/08/2021).

⁴⁸ M.A. GAGNON, *New Drug Pricing: Does it make any sense?*, in *Prescrire International*, July 2015, 192.

⁴⁹ Le proposte di riforma che seguono sono espone estesamente: ML&P, *European Union Review of Pharmaceutical Incentives*, cit., 60 e ss.

Una prima applicazione renderà il ragionamento chiaro. La qualifica di farmaco orfano – ex art. 3 Regolamento CE n. 141/2000 – si acquista per prodotti farmaceutici riferiti a condizioni che riguardino non più di 5 persone su 10.000 o, alternativamente, per prodotti la cui commercializzazione in mancanza di incentivi è poco probabile che sia «tanto redditizia da giustificare l'investimento necessario». Per determinare la redditività necessaria, il Regolamento n. 847/2000 prevede la necessità di disporre delle informazioni circa tutti i costi di sviluppo passati e futuri e le entrate attese. Quanto alla prima strada per ottenere la qualifica di farmaco orfano, l'esperienza ha reso evidente come non abbia senso stabilire un criterio di prevalenza (massimo 5/10.000) sulla base di una presunzione circa la redditività, senza però considerare i prezzi praticati: sono numerosi i casi osservati negli ultimi vent'anni, di approvazione di farmaci orfani grazie a tale criterio di prevalenza, che ben presto hanno generato profitti da “blockbusters”⁵⁰. Risulta invece che solo una richiesta sulle 2301 effettuate tra il 2000 e il 2015 si sia basata sulla seconda strada, ossia sul ritorno sull'investimento⁵¹. Se dunque la soglia del criterio di prevalenza venisse abbassata, la strada del ritorno sull'investimento dovrebbe essere utilizzata maggiormente, con la connessa necessità di produrre i dati necessari a giustificare gli incentivi accordati e la piena operatività dell'art. 8 par. 2 del Regolamento n. 141, a tenore del quale «Tale periodo può tuttavia essere ridotto a sei anni se, alla scadenza del quinto anno, [...] risulta fra l'altro, sulla base dei dati disponibili, che il rendimento è tale da non giustificare il mantenimento dell'esclusiva di mercato».

Ebbene i “dati disponibili” potrebbero consistere in prezzi ingiustificatamente eccessivi. È stato osservato che il criterio di prevalenza – oggi così largamente utilizzato per richiedere la qualifica di farmaco orfano – potrebbe addirittura essere eliminato così da privilegiare *in toto* il criterio del ritorno sull'investimento, il quale presuppone una valutazione caso per caso circa la meritevolezza nel beneficiare dei vari incentivi.

La conversione del sistema di incentivi in un sistema basato sulla trasparenza implica la necessità di emendare ulteriori punti della disciplina. Ad esempio, nel momento in cui un farmaco dia prova di essere sufficientemente redditizio, si potrebbe prevedere un meccanismo di restituzione ad EMA del supporto finanziario accordato in sede di approvazione⁵². Guardando la disciplina attraverso la lente del diritto antitrust, poi, vanno disincentivate condotte abusive; a questo proposito la deroga di cui all'art. 8 par. 3 a) – che prevede la possibilità di accordare l'AIC a un medicinale simile con le mede-

⁵⁰ Ricordiamo poi la condotta abusiva che va sotto il nome di “*salami slicing*” (in modo più neutrale si parla di “*disease stratification*”), la quale sfrutta proprio il criterio della prevalenza per ottenere la qualificazione di farmaco orfano e così i vari incentivi accordati dalla normativa. Malattie anche non rare vengono suddivise per poter differenziare l'intervento farmacologico. In questo modo, una volta approvato, il farmaco verrà utilizzato sia *on-label* che *off-label* per le indicazioni terapeutiche inizialmente tralasciate a soli fini commerciali. cfr. A. DENIS et al., *A comparative study of European rare disease and orphan drug markets*, in *Health Policy*, 97, 2010, 173; P. KANAVOS, E. NICOD, *What is Wrong with Orphan Drug Policies? Suggestions for Ways Forward*, in *Value in Health*, 15, 8, December 2012, 1182.

⁵¹ European Commission, *Inventory of Union and Member State incentives to support research into and the development and availability of, orphan medicinal products – Final state of play 2015*: https://ec.europa.eu/health/sites/default/files/files/orphanmp/doc/orphan_inv_report_20160126.pdf (ultima consultazione: 16/08/2021).

⁵² ML&P, *European Union Review of Pharmaceutical Incentives*, cit., 62.

sime indicazioni terapeutiche ove consti il consenso del titolare dell'autorizzazione per il medicinale orfano originale – andrebbe ripensata, in quanto favorisce a ben vedere condotte di *evergreening*⁵³. Non si può negare come i concetti di “sufficiente ritorno sull'investimento” o di “prezzi eccessivi” rimangono di problematica applicazione. La giurisprudenza europea ed i procedimenti antitrust forniscono però indicazioni importanti, che potrebbero essere utilizzate anche in un contesto regolatorio (e dunque fisiologico) come quello di cui si tratta; ci riferiamo in particolare alle indicazioni circa il duplice test da effettuare per valutare la sproporzione tra prezzo e valore economico, che la Corte di Giustizia ha fornito nella sentenza *United Brands* del 1978 (C-27/76) – test poi utilizzato dall'AGCM nel sopra citato caso Aspen (v. nota 16)⁵⁴ –.

Un ultimo rilievo risulta coerente con quanto sopra esposto a proposito dell'esclusività dei dati e mostrato in Figura 7: è necessario far sì che ove venga concessa una licenza obbligatoria, ogni ostacolo alla sua effettività venga rimosso, inclusa l'esclusiva decennale accordata ai farmaci orfani⁵⁵.

4.4 Open source drug discovery

Visti alcuni meccanismi che potrebbero riequilibrare l'universo degli incentivi alla ricerca, accenniamo ora a quelli sottesi al finanziamento e premio alla ricerca farmaceutica ed al loro possibile mutamento in favore di modelli differenti. Come visto sinora, la ricerca farmaceutica risulta oggi suddivisa in moduli e separata dalla produzione e dal *marketing*⁵⁶; lungo tutta la R&S sono dunque centrali le competenze sviluppate da piccole società specializzate, che sempre più spesso sono chiamate a lavorare in sinergia con le grandi aziende farmaceutiche le quali acquisiscono i diritti di brevetto (così come fanno, in maniera crescente, università ed enti non profit). La ricerca farmaceutica si basa dunque largamente su un modello chiuso, proprietario, che tipicamente viene contrapposto al modello *open source* o “bazar model”. Tale contrapposizione, ma anche la capacità di tali modelli di convivere, è emersa chiaramente nell'ambito dei *software* informatici (si pensi a celebri *software* proprietari quali IOS, che si spartiscono il mercato con altri *open source* come Android)⁵⁷. Come noto e come mostrato in precedenza, il mercato farmaceutico fa riferimento pressoché esclusivo al sistema chiuso, con i risvolti pregiudizievoli in termini di disponibilità ed accessibilità che abbiamo provato ad evidenziare, oltre alle inefficienze dovute alla segretezza e consistenti nella moltiplicazione di sforzi e nell'uso inefficiente di capitale umano e finanziario⁵⁸. In maniera crescente si susseguono voci – principalmente in ambito accademico –, che propongono un cambio di prospettiva del mercato farmaceutico. Matthew H. Todd, docente di ricerca farmaceutica alla UCL, propone così l'adozione generalizzata (alcune applicazioni sono già realtà, come vedremo a breve) di un modello di *open source drug*

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ M. COLANGELO, *Farmaci, prezzi iniqui e concorrenza: il caso Aspen*, in *Mercato concorrenza e regole*, 3, 2016, 539.

⁵⁵ ML&P, *European Union Review of Pharmaceutical Incentives*, cit., 62.

⁵⁶ K.R. SRINIVAS, *Open Source drug discovery: a revolutionary paradigm or a Utopian model?*, in T. POGGE et al. (edited by), *Incentives for Global Public Health*, Cambridge, 2010, 269.

⁵⁷ M.H. TODD, *Can Openness Pay?*, TEDxSevenoaksSchool, 6 March 2019: <https://bit.ly/391KzBu> (ultima consultazione: 16/08/2021).

⁵⁸ C. BOUNTRA et al., *A New Pharmaceutical Commons: Transforming Drug Discovery*, (Oxford Martin School, University of Oxford), 2017: <https://bit.ly/3lizPo0> (ultima consultazione: 16/08/2021); E. ALTERI, L. GUIZZARO, *Be open about drug failures to speed up research*, in *Nature*, 563, 2018, 317.

discovery. Tra i vantaggi propiziati da un tale cambio di paradigma, figurerebbe *in primis* un prolifico scambio di conoscenza scientifica e così innovazione, venendo assicurato un generalizzato accesso nel processo di sviluppo⁵⁹; ulteriore vantaggio riguarderebbe il profilo della accessibilità, poiché la maggiore competizione data dall'assenza di diritti di esclusiva permetterebbe di praticare prezzi più bassi⁶⁰. Un siffatto modello aperto prevede la condivisione di dati e idee, la sollecitazione di una partecipazione a tutti i livelli e – quanto meno nella proposta di Todd – l'assenza di brevetti⁶¹.

La sostenibilità economica di un tale modello, secondo autorevoli voci, si reggerebbe sull'utilizzo di un'esclusività regolatoria⁶². Il farmaco verrebbe commercializzato sin da subito a prezzi accessibili e, al fine di rientrare dall'investimento profuso, allo sviluppatore verrebbe accordato un periodo limitato di esclusività, al termine del quale sarebbe consentita l'entrata nel mercato di genericisti. I vantaggi di utilizzare siffatta esclusività, secondo tale visione, consisterebbero nel suo essere accordata in via automatica e pressoché gratuita dall'autorità regolatoria, nel suo non poter essere soggetta a contestazione da parte di potenziali concorrenti, e nella sua durata chiaramente conoscibile *ex ante* (viene conferita al momento dell'ottenimento dell'AIC)⁶³.

L'attenzione verso un tale modo di fare scienza desta crescente interesse, anche in virtù dell'esistenza e del successo di progetti che già ne sono manifestazione. Si pensi a *Open Source Malaria*, progetto che ha visto la luce nel 2011 su sollecitazione dello stesso Prof. Todd e che si pone l'obiettivo di sviluppare nuovi medicinali capaci di curare la malaria, attraverso un modello trasparente che si metta in concorrenza con l'industria farmaceutica: l'obiettivo ultimo è quello di sviluppare farmaci che – data l'assenza di brevetti e quindi la possibilità di distribuirli attraverso compagnie genericiste – possano essere posti nella immediata disponibilità dei 3,2 miliardi di persone a rischio di contrarre la malattia⁶⁴. Considerando poi che la malaria nel mondo miete 1200 vittime al giorno (soprattutto bambini), un tale innovativo modello si pone perfettamente in linea con il terzo dei 17 obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite, concernente l'accesso ai servizi essenziali di assistenza sanitaria di qualità e l'accesso sicuro, efficace, di qualità e a prezzi accessibili a medicinali di base e vaccini per tutti⁶⁵.

Un ulteriore e ben più risalente esempio di collaborazione *open source* è rappresentato dal *Global Influenza Surveillance and Response System (GISRS)*, *network* globale fondato nel 1952 all'interno dell'OMS, che ad oggi comprende istituzioni in 122 Stati membri⁶⁶. Questo *network* si pone gli obiet-

⁵⁹ E. MARDEN, *Open Source Drug Development: a Path to More Accessible Drugs and Diagnostics?*, in *Minnesota Journal of Law Science & Technology*, 11, 2010, 256.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Tali sono le prime tre "leggi" dell'*open source drug discovery*, v. M.H. TODD, *Six Laws of Open Source Drug Discovery*, in *ChemMedChem*, 14, 2019, 1805.

⁶² Oltre agli autori già citati, v. M.R. MORGAN et al., *Ideation and implementation of an open science drug discovery business model – M4K Pharma*, in *Wellcome Open Research*, 2018.

⁶³ E. MARDEN, *Open Source Drug Development*, cit., 264.

⁶⁴ Open Source Malaria: <http://opensourcemalaria.org/> (ultima consultazione: 16/08/2021).

⁶⁵ *Ibidem*; sui *Sustainable Development Goals*, v. Assemblea generale ONU, *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*, risoluzione del 25 settembre 2015, 16: <https://unric.org/it/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/Agenda-2030-Onu-italia.pdf> (ultima consultazione: 16/08/2021).

⁶⁶ WHO, *Global Influenza Surveillance and Response System (GISRS)*: <https://www.who.int/initiatives/global-influenza-surveillance-and-response-system> (ultima consultazione: 16/08/2021). Per un approfondimento del

tivi di monitorare l'andamento epidemiologico e l'impatto dell'influenza ed isolare i virus nei centri nazionali in modo da individuare i virus influenzali per cui sviluppare, annualmente, un vaccino. Tali ambiziosi obiettivi sono perseguiti con successo ed in modo tempestivo grazie ad un continuo scambio di informazioni, dati, conoscenze attraverso una articolata rete istituzionale ed infrastrutturale. Degna di nota è poi la velocità e tempestività di questo sistema: mutando i virus influenzali ogni anno, il processo di produzione del vaccino deve necessariamente seguire scadenze inflessibili⁶⁷.

Un altro esempio virtuoso di collaborazione *open source* è rinvenibile nella *partnership* pubblica-privata *Structural Genomic Consortium*. Il consorzio – fondato nel 2003 – unisce scienziati, università e case farmaceutiche al preciso scopo di ricercare in nuove aree della biologia umana e dello sviluppo di farmaci, concentrandosi sulle aree meno studiate del genoma umano⁶⁸. Anche in questo caso il risultato delle ricerche rimane di pubblico dominio ed il *network* ruota attorno al comune obiettivo di contribuire all'avanzamento della scienza e così della scoperta di farmaci.

Non si esauriscono qui i progetti che ad oggi adottano un modello aperto di collaborazione per affrontare importanti questioni di salute pubblica. Si è potuto, in questa sede, richiamare solo alcuni di questi con l'intento di evidenziarne il *modus operandi*, che a ben vedere risulta idoneo a raggiungere ambiziosi obiettivi di salute pubblica. Lo dimostra una volta in più la pubblicazione su internet in archivi *open access* della sequenza genetica del virus Sars-CoV-2, base imprescindibile della risposta alla pandemia⁶⁹.

Nelle pagine che seguono analizzeremo un progetto che si basa su questo stesso modello di *open science* e che ha l'ambizione di trovare applicazione generale e ricoprire tutto il ciclo di vita del farmaco.

5. Una strategia multidimensionale e innovativa: Biomed Europa

5.1 Il contesto

Volgendo dunque al termine la presente disamina di possibili soluzioni, concludiamo con una proposta di riforma radicale dell'attuale sistema di ricerca-sviluppo-produzione, la quale completa l'ideale climax tracciato e che non a caso trattiamo dopo i cenni fatti sull'*open source drug discovery*. Si tratta infatti di una proposta riferita ad un orizzonte temporale diverso, indubbiamente di più lungo termine e ampio respiro rispetto a quanto visto sinora. La proposta è ricompresa in un più ampio disegno riformatore di aspirazione sistemica propugnato dal Forum Disuguaglianze e Diversità, che – unendo organizzazioni di cittadinanza attiva con ricercatori e accademici – è recentemente giunto a stilare 15

GISRS nel più ampio contesto dell'*open science*, v. A. KAPCZYNSKI, *Order Without Intellectual Property Law: Open Science in Influenza*, in *Cornell Law Review*, 102, 6, 2017, Yale Law School, Public Law Research Paper n. 623.

⁶⁷ A.J. HAY, J.W. MCCAULEY, *The WHO global influenza surveillance and response system (GISRS) – a future perspective*, 8 April 2018.

⁶⁸ SGC, *Pioneering Science to Inspire Pioneering Medicines*: <https://www.thesgc.org/about/what-is-the-sgc>.

⁶⁹ R. CASO, *Proprietà intellettuale in tempo di pandemia, ripensarla o rafforzarla? La visione "euro-italiana"*, in *Agenda digitale*, 15 giugno 2021: <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/proprietà-intellettuale-in-tempo-di-pandemia-ripensarla-o-rafforzarla-la-visione-euro-italiana/> (ultima consultazione: 16/08/2021).

Proposte per la giustizia sociale al fine di superare le crescenti disuguaglianze economiche, sociali e di riconoscimento e così dare attuazione all'art. 3 della Costituzione⁷⁰.

Non è in questa sede possibile trattare di tutte le sopra citate 15 proposte, basti però rilevare come ognuna nasca dall'intento di ridurre il controllo privato della conoscenza e di costruire forme attraverso cui la collettività possa accedervi e così beneficiarne (si pensi a titolo esemplificativo alla prima, la quale s'intitola "Proprietà intellettuale e conoscenza come un bene comune"). In questo contesto si colloca anche la proposta che ci si accinge a delineare del Prof. Massimo Florio, consistente nella creazione di una infrastruttura pubblica europea di ricerca biomedica, espressione di un modello di produzione di conoscenza su larga scala peraltro non nuovo, ma innovativo in ambito biomedico⁷¹. Non a caso tale programma si inserisce all'interno della seconda proposta, intitolata "Il modello Ginevra per un'Europa più giusta".

Nella ricostruzione di Florio coesistono tutt'oggi due modi concettualmente e operativamente distanti di produrre scienza su larga scala: il modello "Manhattan" e il modello "Ginevra"⁷². Il primo designa il modello tradizionale *top-down*, caratterizzato da una stretta relazione tra avanzamenti tecnico-scientifici ed obiettivi legati alla difesa nazionale, dalla disponibilità di generosi finanziamenti pubblici, dalla segretezza sulla maggior parte delle attività di ricerca (e conseguente censura dei risultati e/o esposizione selettiva alla stampa) e infine dal reclutamento delle migliori menti in circolazione dopo averne valutato attentamente la lealtà politica. Il modello Ginevra, diversamente, si fonda su un paradigma nuovo (*bottom-up*), che vede l'infrastruttura di ricerca (IR) come un'impresa collettiva operante su larga scala, con l'obiettivo di far avanzare la conoscenza e i relativi servizi per un vasto numero di utenti. Questo modello si distingue dal primo sotto molti aspetti: innanzitutto le priorità di ricerca sono definite all'interno della comunità scientifica in un dialogo paritario con finanziatori e decisori politici; le IR sono spesso strutture intergovernative, in cui condivisi risultano i finanziamenti così come le risorse tangibili ed intangibili, che quindi richiedono una gestione e amministrazione peculiare e di certo più complessa rispetto al modello tradizionale.

È ragionevole pensare che tale modello di *Big Science* possa ricoprire un ruolo chiave nell'affrontare le sfide del nostro tempo, intrinsecamente transfrontaliere – quando non addirittura globali – come, tra le altre quella, di cui qui si tratta, relativa alla tutela della salute attraverso lo sviluppo di farmaci

⁷⁰ Le 15 proposte si ispirano al Programma di Azione che il celebre economista ed accademico Anthony Atkinson ha presentato nel suo libro A. ATKINSON, *Inequality. What can be done?*, Harvard, 2015. Le proposte del "Forum DD" sono state presentate a marzo 2019 e sono disponibili al sito <https://www.forumdisuguaglianzediversita.org/> (ultima consultazione: 16/08/2021).

⁷¹ M. FLORIO, *Biomed Europa: dopo il coronavirus, una infrastruttura pubblica per superare l'oligopolio farmaceutico*, in *Forum DD*, 29 marzo 2020: <https://www.forumdisuguaglianzediversita.org/biomed-europa-dopo-il-coronavirus-una-infrastruttura-pubblica-per-superare-loligopolio-farmaceutico/> (ultima consultazione: 16/08/2021).

⁷² Le denominazioni richiamano i due "archetipi" storici della *Big Science*, modelli che sono poi coesistiti. Il progetto Manhattan, iniziato nel 1939, come noto fu un programma di ricerca e sviluppo nucleare che portò alla creazione delle prime bombe atomiche, sotto bandiera americana. Circa dieci anni più tardi cominciò a diffondersi in vari Paesi europei l'idea di creare un laboratorio comune per la ricerca nucleare di base, un centro europeo per la ricerca nella fisica delle particelle, in cui statutariamente però fossero escluse finalità militari. Così nel 1954 12 Paesi europei ratificavano la Convenzione che dava vita al Consiglio Europeo per la Ricerca Nucleare (CERN) a Ginevra. V. M. FLORIO, F. GIFFONI, *L'impatto sociale della produzione di scienza su larga scala: come governarlo?*, in *ForumDD*, 6 febbraio 2019, 115.

sicuri, efficaci ed accessibili. Anche nel campo della R&S biomedica si verifica infatti – come si accennava in apertura del par. 4.4 – un meccanismo di privatizzazione di conoscenze che nascono spesso come bene pubblico ma che, per trovare sviluppo ed applicazione industriale, vengono intercettate da investitori privati. In tale contesto i ritorni economici della ricerca scientifica determinano l’aumento della ricchezza di pochi, con le conseguenze che sopra si è cercato succintamente di delineare, particolarmente problematiche ove si tratti di tutela del “bene salute”. Allo stato, non si dispone in questo ambito di un meccanismo che permetta di mantenere per quanto possibile nella sfera pubblica i ritorni economici della ricerca scientifica; che permetta, in altre parole, di sviluppare grandi innovazioni in un modo alternativo rispetto al monopolio privato. In tale quadro – che va ben oltre la tradizionale dicotomia tra privatizzazioni e nazionalizzazioni – si mostra con evidenza l’importanza dello Stato quale principale investitore di conoscenza a lungo termine e per missioni di interesse pubblico; uno Stato innovatore e imprenditore (non più mero regolatore⁷³) in un contesto cosmopolita⁷⁴.

5.2 La proposta: il “CERN dei farmaci”

Delineato così il contesto in cui si innesta la proposta che qui interessa presentare, procediamo a tracciarne i tratti salienti. Il progetto – denominato “Biomed Europa” – consisterebbe nel creare un’infrastruttura pubblica europea di ricerca biomedica che intervenga su tutto il ciclo di vita del farmaco: ricerca, sviluppo, produzione e distribuzione⁷⁵. Un “CERN dei farmaci”, un’impresa pubblica della conoscenza che definisca le proprie priorità in base a ciò che la comunità scientifica e i sistemi sanitari pubblici indicano. Tale impresa dovrebbe dunque riservarsi la proprietà intellettuale delle scoperte e così il diritto di produrre a prezzi accessibili farmaci, vaccini e tecnologie o di dare la licenza a terzi per farlo. Una tale dimensione europea – che renderebbe Biomed Europa la più grande infrastruttura pubblica di ricerca biomedica nel mondo e al tempo stesso la più grande impresa del settore – risulta necessaria in quanto permetterebbe di mettere a disposizione le risorse necessarie (umane e finanziarie) così come l’infrastruttura, a svolgere sperimentazioni cliniche multicentriche e, successivamente, produrre e distribuire i farmaci. Tale innovativo attore europeo potrebbe dunque fare concorrenza a *Big Pharma* in modo trasparente – ad esempio introducendo nel mercato un por-

⁷³ Si è avuto modo di evidenziare, in precedenza, le molte tensioni che la regolazione pubblica di settore lascia irrisolte (e che in un certo senso essa stessa ha propiziato). L’Autore aggiunge la considerazione circa la non efficienza della tassazione degli extra-profitti derivanti dall’appropriazione della conoscenza come bene pubblico. La sostanziale inefficienza della via della tassazione si spiega con aspetti già evidenziati: la difficoltà di scorporare le rendite nei bilanci delle imprese e la mobilità transnazionale dei capitali di questo tipo di imprese.

⁷⁴ Una siffatta visione dello Stato incontra il favore di voci illustri, cfr. tra gli altri M. MAZZUCATO, *Mission-Oriented Research & Innovation in the European-Union, a problem-solving approach to fuel innovation-led growth*, European Commission, 2018: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/mazzucato_report_2018.pdf; ID., *Lo stato innovatore*, Roma-Bari, 2013; J.E. STIGLITZ, *Knowledge as a global public good*, in K. INGE et al. (edit-ed by), *Global public goods: international cooperation in the 21st century*, Oxford, 1999. È altresì evidente come tale ruolo dello Stato si può compiere solo in quanto esplicantesi in una dimensione internazionale ed europea capace di azioni coordinate; sul punto, con particolare riferimento alle azioni di contrasto della pandemia, v. B. MARCHETTI, *Il ruolo della OMS e del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie nell’emergenza sanitaria: servono più o meno poteri oltre lo Stato?*, in *Biopolitica, pandemia e democrazia*, I Problemi di governo, in *Rule of law nella società digitale*, a cura di A. PAJNO, L. VIOLANTE, Bologna, 2021.

⁷⁵ M. FLORIO, *Biomed Europa*, cit.

tafoglio di farmaci generici atti a sostituire i farmaci che resistono sul mercato nonostante la presenza di alternative – e potrebbe altresì focalizzarsi sui farmaci che il settore privato non ha interesse a produrre o produce a prezzi eccessivi⁷⁶.

Quanto a quest'ultimo punto, la presente pandemia costituisce a ben vedere un notevole fallimento dell'assetto attuale ed un ulteriore importante segnale della necessità di modificare il vigente sistema di R&S biomedica e modello di *business* dell'industria. I sintomi del malfunzionamento del sistema, invero, erano già emersi in occasione di precedenti epidemie; è noto, infatti, come a seguito delle epidemie di SARS prima e MERS poi – con contestuale conduzione di studi che dimostravano la pericolosità per l'uomo dei coronavirus ospitati da certe specie di pipistrelli⁷⁷ – erano state condotte ricerche e sperimentazioni al fine di produrre un vaccino, in particolare per debellare l'epidemia di MERS. Tale vaccino nel 2016 risultava prossimo alla sperimentazione clinica, ma per carenza dei finanziamenti necessari (privati o pubblici che fossero), fu abbandonato nonostante l'opinione contraria di esperti autorevoli come il Prof. Peter Hotez⁷⁸. Di certo aver ultimato la R&S di tale vaccino (come anche aver puntato maggiormente sulla R&S di farmaci antivirali) avrebbe costituito un punto di partenza importante per la successiva pandemia (vale a dire quella attuale)⁷⁹, peraltro non così inaspettata – neppure nella sua eziologia⁸⁰–. Ecco, dunque, un ennesimo esempio di fallimento di mercato, in cui l'industria non trova profittevole investire per la cura delle malattie infettive e gli Stati risultano sprovvisti delle sedi, dei mezzi, della lungimiranza per porvi rimedio.

Biomed Europa costituirebbe a ben vedere una radicale e coraggiosa scelta politica avente l'alto obiettivo di tramutare le sfide in opportunità di cambiamento (auspicabilmente miglioramento)⁸¹. Come si accennava al paragrafo precedente, si tratterebbe di un modello di ricerca biomedica orientato ai bisogni ed alla programmazione, anche per quel che riguarda la risposta alle emergenze. Una tale sensibilità si manifesta invero anche oltreoceano: la proposta di una simile alternativa sistemica è stata avanzata anche nel primo mercato globale per i farmaci – gli USA – nel contesto del *think tank Democracy Collaborative*, sempre nell'anno 2019⁸². Segnaliamo il focus particolare che la proposta statunitense pone sulla legittimazione democratica di cui godrebbe un'innovativa industria pubblica nel settore farmaceutico, necessaria per ricreare quel collegamento perso – in particolare nel contesto economico-sociale e regolatorio d'oltreoceano – tra l'industria e gli obiettivi di politica pubblica. La legittimazione democratica deriverebbe dalla direzione pubblica e da processi di trasparenza e

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ V.D. MENACHERY et al., *SARS-like cluster of circulating bat coronavirus pose threat for human emergence*, in *Nat. Med.*, 21, 12, 2015, 1508.

⁷⁸ M. VALSANIA, *Coronavirus, scienziati Usa*, cit.; v. altresì M. HIXENBAUGH, *Scientists were close to a coronavirus vaccine years ago. Then the money dried up*, 5 March 2020, in *Nbc news*: <https://nbcnews.to/3k3MFqP> (ultima consultazione: 16/08/2021).

⁷⁹ In questi termini si esprime già a marzo 2020 Jason Schwartz della Yale School of Public Health, v. S. BURANYI, *How profit makes the fight for a coronavirus vaccine harder*, in *The Guardian*, 4 March 2020: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/mar/04/market-coronavirus-vaccine-us-health-virus-pharmaceutical-business> (ultima consultazione: 16/08/2021).

⁸⁰ D. QUAMMEN, *Spillover: Animal Infections and the Next Human Pandemic*, New York-London, 2017.

⁸¹ M. FLORIO, F. GIFFONI, *L'impatto sociale della produzione di scienza su larga scala*, cit., 130 e ss.

⁸² D. BROWN, *Medicine for all: the case for a public option in the pharmaceutical industry*, in *Democracy Collaborative*, September 2019: <https://bit.ly/3BVpcha> (ultima consultazione: 16/08/2021). La proposta, nel contesto statunitense, mira a dare risposta a problemi in gran parte assimilabili a quelli europei.

partecipazione e implicherebbe precisi meccanismi di *accountability*. I benefici per l'ordinamento democratico – dalla riduzione dell'influenza lobbistica dell'industria privata nella politica alla possibilità di “aggiustare” la legislazione futura grazie ad informazioni di cui difficilmente prima si era mai avuta contezza – hanno rilevanza tutt'altro che teorica, operando a beneficio dell'obiettivo di tutela della salute pubblica, il quale si sostanzia qui nella possibilità di accesso più equo ed esteso ai farmaci.

Tornando a Biomed Europa, l'infrastruttura dovrebbe basarsi su un trattato istitutivo che dia luogo a una istituzione sovranazionale, la quale potrebbe avere sede presso una delle eccellenti ma frammentate strutture di ricerca già presenti in Europa (si pensi a *Human Technopole* o all'*European Molecular Biology Laboratory*). La fattibilità tecnica e scientifica e del progetto dovrebbe costituire oggetto di ulteriori approfondimenti, mentre la sua sostenibilità economica appare l'aspetto meno problematico, potendo il progetto venire finanziato attraverso meccanismi complementari in proporzione da definire in sede politica. Anzitutto, una base corrisposta gli Stati membri, potrebbero corrispondere una base, così incanalando i già ingenti ma frammentati sussidi alla ricerca. Inoltre, i ricavi derivanti dalla distribuzione dei farmaci ai SSN e dalle licenze di produzione eventualmente concesse a terzi potrebbero costituire fonte di autosostentamento della struttura. Un ulteriore canale di finanziamento si potrebbe poi ravvisare nel gettito di un'imposta straordinaria di scopo sulle vendite delle imprese farmaceutiche private in UE. Si tratterebbe di dotare l'infrastruttura di un bilancio annuo dello 0,1-0,2 % del PIL dell'UE, una frazione rispetto al costo che sta venendo pagato per l'essersi fatti trovare impreparati davanti ad una pandemia largamente annunciata⁸³ (il PIL in Eurozona è sceso del 7,8% nel 2020)⁸⁴.

6. Conclusioni

Non costituisce una novità che lo Stato, in occasione di fallimenti di mercato, intervenga al fine di risolverli. Si tratta di prassi più o meno estesamente acquisita. Non stupisce dunque che intervenga in tema di farmaci orfani, o nel contesto di una pandemia globale, in cui si è palesemente verificato un ulteriore fallimento di mercato con riferimento all'accesso ai farmaci ed alle cure in senso lato. Fattore comune a tali situazioni (che di per sé assai poco hanno in comune) è infatti una patologica limitatezza delle risorse. Se infatti in parte si tratta di circostanza ineludibile – quindi fisiologica – in sistemi sanitari universalistici, d'altra parte crediamo di aver mostrato come vi sia la necessità e la possibilità di porvi almeno parziale rimedio. Il riferimento a tali rilevanti fallimenti di mercato dimostra come sono innumerevoli i casi in cui la tutela del diritto alla salute viene *sistematicamente* disattesa, e ciò

⁸³ Cfr. il già citato illustre scrittore e divulgatore scientifico David Quammen, che già nel 2012 – dopo aver intervistato decine di esperti – scriveva: «Ho fatto [...] due domande precise: 1) Nel prossimo futuro emergerà una malattia abbastanza virulenta e trasmissibile da causare una pandemia alla stessa scala dell'AIDS o dell'influenza spagnola, con decine di milioni di morti? 2) e se sì, che forma avrà e da dove verrà? Le risposte alla prima domanda variano da “Forse” a “Probabile”. Circa la seconda, la maggioranza propende per un virus a RNA», v. D. QUAMMEN, *Spillover*, cit., p. 529.

⁸⁴ B. ROMANO, *Ue, la Commissione vede nero: Pil Eurozona -7,8% nel 2020*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 novembre 2020: <https://www.ilsole24ore.com/art/ue-commissione-vede-nero-pil-eurozona-78percento-nel-2020--ADjq0R0> (ultima consultazione: 16/08/2021).

indipendentemente dall'incidenza di una malattia in termini numerici e spazio-temporali. Ciò accade per un gran numero di ragioni, che determinano a ben vedere un vistoso squilibrio tra poteri degli Stati di adempiere alla propria funzione di garanti-attuatori dei diritti fondamentali e quelli dell'industria di perseguire i propri legittimi fini lucrativi.

È fuor di dubbio che la lunga crisi sanitaria vissuta nell'ultimo anno e mezzo abbia propiziato un "ritorno dello Stato"⁸⁵. Lo si evince sia guardando al presente e passato (si pensi alle molte ed in gran parte inusitate azioni tenute dagli Stati durante l'emergenza sanitaria), sia al futuro, considerando le ingenti risorse messe a disposizione degli Stati nel contesto del piano per la ripresa dell'Europa e che competerà agli Stati amministrare. Tale contesto costituisce dunque terreno particolarmente fertile affinché si realizzi un cambiamento dello *status quo* magari attraverso alcune delle proposte che si sono qui presentate, le quali – preme sottolinearlo – non sono reciprocamente escludenti ed anzi potrebbero completarsi vicendevolmente nel rimodellare l'universo degli incentivi a ricerca ed innovazione, ora improntato al conferimento di (vari) diritti di esclusiva. Si tratta di proposte che in larga parte trascendono l'orizzonte del dibattito corrente sui brevetti e che ne costituiscono a parere di chi scrive il naturale prosieguo ed il necessario ampliamento. Di fatto, la pandemia da Covid-19 ha esacerbato le disfunzioni del sistema e le ha rese ancor più evidenti; non bisogna dunque perdere di vista tali variegate disfunzioni né sottovalutare gli spunti dottrinali di riforma emersi già prima della pandemia e che oggi si rivelano più che mai meritevoli di attenzione.

La dimensione sovraidentitaria di una crisi come quella presente ha disvelato chiaramente la sterilità di un approccio individualista ai problemi. La proposta che si è presentata in chiusura, circa la fondazione di un "CERN dei farmaci" a livello europeo (Biomed Europa) il quale intervenga su tutto il ciclo di vita del farmaco, costituisce a nostro parere l'occasione per superare sistematicamente tale individualismo a livello istituzionale, creando canali di dialogo stabile tra potere e comunità scientifica. Se – come è stato giustamente sottolineato – vanno evitati tanto i provincialismi quanto un superficiale globalismo⁸⁶, un siffatto rafforzamento della dimensione europea si rivela una volta in più la via maestra, il luogo capace di ospitare il necessario dialogo tra attori.

Si tratta di un progetto che – come visto – non richiede rilevanti esborsi aggiuntivi rispetto a quelli che gli Stati già impiegano in finanziamenti a fondo perduto alla ricerca; ciò che di certo richiede, è una risoluta e coraggiosa scelta politica, una doppia assunzione di responsabilità da parte degli Stati: tornare a ricoprire un ruolo di rilievo "più che regolatorio" in ambito di sviluppo dei farmaci e farlo attraverso la cooperazione internazionale⁸⁷.

La proposta appare inoltre quanto mai attuale. Come noto, i fondi messi a disposizione degli Stati membri nel contesto del piano per la ripresa dell'Europa (*Next generation EU*), raggiungono un

⁸⁵ Si tratta del tema trattato alla sedicesima edizione del Festival dell'Economia, tenutosi a Trento dal 3 al 6 giugno 2021.

⁸⁶ P. MARCHETTI, M. VENTORUZZO, *Giuristi, la sfida del covid si vince solo con le tre "i"*, in *Corriere della Sera*, 23 novembre 2020: <https://www.pressreader.com/italy/l-economia/20201123/281870120988026> (ultima consultazione: 16/08/2021).

⁸⁷ Un ruolo dello stato come complementare a quello delle imprese nel contribuire al progresso della Nazione è quanto auspicato anche dal Governatore della Banca di Italia Ignazio Visco, intervenuto al Festival dell'Economia 2021. Si veda l'intervento del Governatore in "Dopo la pandemia: un nuovo ruolo per lo Stato?": <https://www.festivaleconomia.it/it/evento/dopo-la-pandemia-un-nuovo-ruolo-lo-stato> (ultima consultazione: 16/08/2021).

ammontare complessivo senza precedenti⁸⁸. Altrettanto noto, poi, è che una buona parte di questi fondi dovranno essere destinati a ricerca, innovazione ed alla predisposizione di un innovativo programma per la salute (si pensi ai programmi *Horizon Europe* e *EU4Health*). In tale contesto di “ricostruzione” europea, una alternativa sistemica come il progetto Biomed Europa si inserisce a pieno titolo in una “visione costituente” di lungo termine di cui si avverte trasversalmente il bisogno, anche nell’ottica di una maggiore coesione sociale. La ripresa non può non passare (almeno nell’ambito che qui si è trattato, che così chiaramente trascende i confini nazionali) per progetti europei, condivisi: è tempo che all’indebitamento comune facciano seguito, tra le altre cose, infrastrutture comuni. Ove i tempi non si rivelino maturi per siffatta scelta, portare quanto meno il dibattito oltre alla piuttosto sterile *querelle* brevettuale, appare un doveroso inizio.

Europa

⁸⁸ Tra il *budget* allocato per *Next generation EU* (il cd. *Recovery Fund*) operativo nel periodo 2021-2024, che ammonta a 750 miliardi di euro, e il potenziamento del bilancio europeo nel periodo 2021-2027, i fondi allocati raggiungono i 1 850 miliardi di euro. V. European Commission, *Recovery Plan for Europe*: https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_en (ultima consultazione: 16/08/2021).

La lingua dei segni nell'alveo dell'art. 6 Cost.

*Alessandra Mazzola**

THE ITALIAN SIGN LANGUAGE WITHIN THE REMIT OF ARTICLE 6 OF THE CONSTITUTION

ABSTRACT: The article aims to reflect about the importance of the Italian sign language (LIS) recognition as a minority language. Trying to consider the issues of pluralism, social cohesion, principles of solidarity and equality, the Author proposes a reconstruction of the Italian, European and international legal frameworks relating to the LIS. This situation shows how the articulation of the State form is still able to demonstrate the principle of equality (of the language) effectiveness. Finally, the Author reflects on the constitutional importance of the LIS recognition, also for the Republic cultural growth.

KEYWORDS: Italian sign language; minority language; pluralism; social cohesion; cultural growth

SOMMARIO: 1. Lingua, diritti, dignità – 2. Il (necessario) riconoscimento della lingua italiana dei segni – 3. L'effettività del principio di eguaglianza di lingua al cospetto della forma di Stato regionale – 4. La rilevanza costituzionale della lingua (dei segni).

1. Lingua, diritti, dignità

Le Carte costituzionali del Secondo dopoguerra sanciscono, accanto al principio della separazione dei poteri, ampi cataloghi di diritti e libertà attraverso i quali prende forma «l'architettura delle democrazie sociali e pluraliste», arrivando a precisare l'archetipo della forma di Stato del costituzionalismo (europeo) del Secondo dopoguerra¹.

In particolare, la proclamazione dei diritti fondamentali nelle costituzioni contemporanee si traduce nella formulazione di un rapporto nuovo fra lo Stato e i cittadini che consiste «nel rovesciamento dei loro rapporti consueti», posto che il primo è ora fondato «sui diritti dei secondi, e non viceversa»². I

* *Dottoranda in Il diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo, Università degli Studi di Napoli "Parthenope", curriculum di Diritto costituzionale. Mail: alessandra.mazzola@collaboratore.uniparthenope.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

¹ A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2009, 1. V. *ex multis* C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1967, 121-139; F. LANCHESTER, *Stato (forme di)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, 796-816; F. CUOCOLO, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, 1994; V. ONIDA, *Intervento*, in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, 89 ss.; C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo*, Napoli, 2006, 309 ss.; G. AMATO, F. CLEMENTI, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, 2012.

² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 68. In altri termini, «affermare che nelle Costituzioni democratiche il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'uomo diviene il fondamento primo e nello stesso tempo il fine ultimo della vita politicamente organizzata, significa evidenziare un dato di assoluta novità: quello del primato della persona umana sullo Stato», A. APOSTOLI, *op. cit.*, 4.

diritti sono cioè posti al «centro del sistema costituzionale»³ e i Testi fondamentali indicano, oltre all'«ordinamento giuridico delle funzioni dello stato», la «determinazione fondamentale dei valori della vita sociale»⁴.

Com'è noto, l'art. 2 Cost. sancisce il principio personalista – che accerta⁵ l'antioriorità della persona rispetto allo Stato –, quello pluralista – «che ne rappresenta un corollario»⁶ – e quello solidarista, motore della dimensione sociale della Repubblica. La triade è rinvigorita dall'art. 3, secondo comma, Cost. che impegna la Repubblica a costruire le basi per l'eguaglianza materiale e pone, fra i fini dell'azione statale, il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno e libero sviluppo della persona umana⁷.

I diritti umani, «fondamento, ragione e scopo del potere statale legittimo»⁸, sono peraltro «sintetizzati»⁹ nel «valore supercostituzionale»¹⁰ della dignità, la quale assiste l'ordinamento nello spostamento del «baricentro della primazia dei diritti della persona», passando dalla dimensione androcentrica dello Stato liberale a quella «proattiva-solidaristica» propria del costituzionalismo contemporaneo¹¹. Il valore della dignità si è palesato come essenziale al fine di salvaguardare le istanze sia dei singoli, sia della collettività perché è in grado di «sintetizzare, appunto, tutto il pluralismo della società civile che si incontra negli ordinamenti democratici»¹².

Un altro valore del costituzionalismo democratico-sociale è quello pluralista, che può trovare espressione anche sotto le vesti della coesione sociale¹³, la quale mira a impedire il consolidamento di «significativi elementi di identità e, dunque, di discriminazione»¹⁴. A tal fine la Repubblica, oltre a essere investita del compito di rimuovere gli ostacoli che possono impedire lo sviluppo della personalità di

³ P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005, XX.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 25. V. anche V. ONIDA, *op. cit.*, 89.

⁵ Nella formula di S. LABRIOLA, *Il principio di eguaglianza materiale (art. 3, comma 2, Cost.)*, in ID. (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, 1.II, Roma-Bari, 2006, 785.

⁶ A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012, 7.

⁷ Sul rapporto fra art. 2 e 3, secondo comma, Cost. v. per tutti G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 50 ss.; A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 102 ss.; S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1, 1996, 1-24; E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 42-54; F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*, Torino, 2007, 31 ss.; A. APOSTOLI, *La svalutazione*, cit., 1-105.

⁸ G. ZAGREBELSKY, *Intervento*, in AA.VV., *I diritti fondamentali*, cit., 20.

⁹ A. APOSTOLI, *Dignità della persona: superiore non riconoscens (almeno per il costituzionalista)*, in V. ONIDA (a cura di), *Idee in cammino. Il dialogo con i costituzionalisti bresciani*, Bari, 2019, 221.

¹⁰ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 347.

¹¹ A. APOSTOLI, *Il primato della persona nel costituzionalismo europeo*, in A. SACCOCCIO, S. CACACE (a cura di), *Europa e America latina due continenti, un solo diritto*, I, Torino, 2020, 100.

¹² A. APOSTOLI, *Dignità della persona*, cit., 221.

¹³ La quale avvicina le «componenti sociali stimolando il senso di appartenenza ad una stessa comunità», retta da alcuni condivisi principi, Q. CAMERLENGO, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, in *Rivista AIC*, 2, 2015, 19.

¹⁴ A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016, 14.

ciascuno, è affidataria della “missione” di promuovere la coesione sociale che non può che realizzarsi mediante la valorizzazione del principio di solidarietà (sociale).

Com'è noto la personalità di ognuno si sviluppa all'interno delle formazioni sociali ove si afferma, a livello individuale, il senso di responsabilità circa il rispetto della dignità altrui, della non ingerenza nella sfera privata di autonomia, nel fondamentale rispetto dei diritti inviolabili delle altre persone, nonché nell'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale.

La solidarietà, per essere «vitale»¹⁵, deve prendere le mosse dai contrasti e dalle differenze che naturalmente esistono nella società perché solo queste relazioni di scontro e incontro seguono un «ritmo di ascensioni e cadute»¹⁶ che danno prova dell'effettività del pluralismo sociale e istituzionale, oltre che della coesione sociale. L'essere umano diventa persona¹⁷ solo all'interno della comunità perché mediante «il contatto con l'altro, diverso da sé e tuttavia a lui simile»¹⁸ prende contezza del proprio essere non una monade avulsa dal contesto sociale in cui è inserito, ma parte attiva e perciò essenziale della Repubblica.

La forma di Stato che ha preso vita dalle ceneri dei regimi totalitari che hanno annientato, perlomeno, i Paesi europei, si contraddistingue per un'articolazione dei pubblici poteri che non si limita (più) solo a proteggere «ma anche [a] prom[uovere] [le] libertà»¹⁹. La positivizzazione di cataloghi di diritti civili, politici e sociali assume un valore «cruciale, perché rappresenta la promessa della maggioranza alla minoranza che la sua dignità ed eguaglianza saranno rispettate»²⁰.

Sono queste alcune delle ragioni che hanno indotto il Costituente a prevedere un sistema di pesi e contrappesi istituzionali idonei a salvaguardare e promuovere le minoranze²¹.

Com'è noto, per minoranza deve intendersi

«una frazione del popolo [in quanto elemento personale dello Stato] la quale costituisce un gruppo sociale, posto in condizioni di inferiorità nell'ambito della comunità statale, i cui membri, legati allo stato dal rapporto di cittadinanza (o eccezionalmente da quello di sudditanza, di stabile residenza, etc.), ricevono dall'ordinamento giuridico di esso un trattamento particolare diretto ad eliminare la situazione minoritaria ovvero ad istituzionalizzarla e disciplinarla nell'ambito dello stato stesso»²².

Ovvero, la minoranza deve essere intesa come

«un gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di uno Stato, in posizione non dominante, i cui membri – essendo cittadini dello Stato – posseggono caratteristiche etniche, religiose o linguisti-

¹⁵ C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1971, 76.

¹⁶ *Ivi*, 7.

¹⁷ La rivoluzione del costituzionalismo democratico sociale risiede, fra l'altro, nel fatto che i poteri pubblici sono per la persona e non (più) per l'individuo, «astrattamente eguale a ogni altro», L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012, 20.

¹⁸ C. MORTATI, *op. cit.*, 8.

¹⁹ *Ivi*, 39.

²⁰ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, 297.

²¹ In altri termini, «se l'appartenenza a uno Stato è necessaria, e non volontaria, necessario sarà anche il rispetto dei principi fondamentali» (A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia*, cit., 24) e perciò la tutela degli elementi di differenziazione fra le persone, specialmente quando tali caratteristiche sono idonee a costituire una minoranza.

²² A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano, 1967, 193.

che che differiscono da quelle del resto della popolazione e mostrano, quanto meno implicitamente, un senso di solidarietà inteso a preservare le loro culture, tradizioni, religioni, lingue»²³.

Altri ancora ha ritenuto che con il termine minoranza si indichi «la posizione di marginalità del gruppo e non, di per sé, la mera sua minore consistenza numerica»²⁴. A mio avviso questa definizione non può essere accolta – quantomeno nell’ambito della presente trattazione – perché se ci fosse ridotta consistenza numerica sussisterebbe perlomeno la parità con il resto dei consociati e perciò non si avrebbe minoranza. Non solo, se non ci fosse la minor consistenza numerica – e quindi, probabilmente, la minor possibilità di essere rappresentati all’interno delle sedi istituzionalmente preposte a raccogliere le istanze della collettività (Parlamento, Consiglio regionale e Consiglio comunale) – pare difficile immaginare come un gruppo possa essere in posizione di marginalità rispetto alla maggioranza della popolazione.

In considerazione delle relazioni che prendono corpo all’interno della società e che spesso sono in grado di infondere pericoli di prevaricazione e di sopraffazione di una parte della popolazione su un’altra che, come la si guardi, è posta in una situazione di minoranza, la Carta costituzionale tutela all’art. 6 Cost.²⁵ le minoranze linguistiche e sancisce che la diversità di lingua e cultura è una delle caratteristiche irrinunciabili e irriducibili dell’ordinamento repubblicano²⁶. Tale elemento di varietà concorre a definire, attraverso un «“interesse nazionale”»²⁷, l’organizzazione pluralistica del Paese²⁸. L’essenza della democrazia è infatti quella di salvaguardare le istanze di tutti e di ciascuno attraverso una tecnica di traslazione di potere del popolo allo Stato che si impegna a preservare le condizioni di differenza in ossequio al principio pluralista²⁹. Peraltro, è solo attraverso «l’uso della parola e

²³ F. CAPOTORTI, *Study on Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, United Nations, 1979, § 568.

²⁴ R. TONIATTI, *La tutela delle minoranze linguistiche nello spazio costituzionale europeo*, in P. CARROZZA, V. MESSERINI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, A. SPERTI, R. TARCHI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Minoranze e maggioranze nella democrazia pluralista*, Pisa, 2020, 110.

²⁵ Parte della dottrina ritiene che l’art. 6 Cost. deroghi al principio dell’art. 3 Cost. (C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 49; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Uguaglianza (principio di)*, in *Nss. Dig. It.*, XIX, 1973, 1091; E. PALICI DI SUNI, *Intorno alle minoranze linguistiche*, Torino, 2002, 15 ss.). Altra dottrina sostiene che le norme si integrino rafforzandosi (L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965, 283 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il pluralismo linguistico tra Stato nazionale e autonomie regionali*, Pisa, 1975, 36 ss.; ID., *Art. 6 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *op. cit.*; V. PIERGIGLI, *Art. 6 Cost.*, Roma, 2017, 37). Precisano la differente portata degli artt. 6 e 3, primo comma, Cost. P. BARILE, *Diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 38-39; M. AINIS, *Politica e legislazione linguistica nell’Italia repubblicana*, in *Dir. pubbl.*, 1-2, 2010, 190-191 e, *ivi*, 2, 2018, 294 ss., L. BUFFONI, *Le minoranze e il pluralismo. Un malinteso*.

²⁶ V. PIERGIGLI, *Art. 6*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *op. cit.*, 157; ID., *La Costituzione italiana delle minoranze linguistiche tra principi consolidati, riforme mancate e prossime sfide*, in *REAF*, 26/2017, 166-176; ID., *Art. 6 Cost.*, cit., 35-36.

²⁷ Corte cost., sent. n. 289 del 1987.

²⁸ P. TORRETTA, *Diritti fondamentali e protezione delle “istanze collettive di diversità”: il caso delle minoranze linguistiche*, in *DPCE*, 2/2014, 2. Cfr. anche V. PIERGIGLI, *Lingue e minoranze: tra eguaglianza, identità e integrazione*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 131-132; G. ZAGREBELSKY, *Sulla lingua del tempo presente*, Torino, 2010, 4.

²⁹ Com’è stato sostenuto, «pluralismo significa innanzitutto tutela delle minoranze, che la Costituzione italiana, prima tra le Costituzioni europee, ha riconosciuto, nella sua forma più rilevante nell’Italia degli anni Quaranta, quella linguistica», G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 56.

l'assunzione delle rappresentazioni ideologiche con essa espresse»³⁰, ovvero intrattenendo relazioni con gli altri, che la persona è in grado di soddisfare i propri bisogni e di comprendere che all'interno della società sussistono essenziali elementi di differenza fra le persone e che proprio queste diversità permettono il progresso del Paese.

La tutela delle minoranze linguistiche si palesa dunque quale principio fondamentale che «si situa al punto di incontro con altri principi, talora definiti “supremi”, che qualificano indefettibilmente e necessariamente l'ordinamento vigente»³¹; i valori cui si fa riferimento devono essere individuati nel principio pluralista (art. 2 Cost.)³², nel principio di eguaglianza sia formale, sia sostanziale e nella pari dignità (umana e sociale) di tutti. È proprio nella rilevanza attribuita alla dignità – ancor prima che vengano elencate le cause di non discriminazione – e specialmente nel fatto che sia qualificata come “sociale”³³ che è possibile individuare la cerniera³⁴ verso il secondo comma, il quale sancisce «un obbligo istituzionale di ininterrotta opera di trasformazione»³⁵ della Repubblica.

Le minoranze linguistiche sono considerate formazioni sociali³⁶ qualificate fra il cittadino e lo Stato che, se riconosciute, sono in grado di rendere noto anzitutto ai pubblici poteri che uno degli obiettivi ai quali deve tendere la Repubblica è quello relativo al pluralismo linguistico³⁷. In questo senso la tutela delle minoranze quali formazioni sociali non può esaurirsi nella positivizzazione di meccanismi di salvaguardia di matrice individualistica, atteso che coinvolge i temi del pluralismo sociale, dei diritti inviolabili, del divieto di discriminazioni, della promozione delle diversità attraverso l'eguaglianza sostanziale³⁸. In particolare, il principio inscritto nell'art. 3, secondo comma, Cost. fa riferimento «all'elemento collettivo, ai gruppi di appartenenza dei soggetti»³⁹ e perciò investe la Repubblica del dovere di tutelare anche le «minoranze diffuse», quelle «prive di una propria organizzazione giuridico-formale»⁴⁰, che nondimeno condividono aspetti essenziali della formazione sociale alla quale appartengono (la Repubblica). Fra i compiti dei pubblici poteri si annovera, com'è noto, la salvaguardia e promozione delle «istanze collettive di diversità»⁴¹ attraverso un sistema di garanzie che tenga con-

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Corte cost., sent. n. 15 del 1996

³² Perché la «lingua [è] un elemento di identità individuale e collettiva di importanza basilare», *ibidem*.

³³ Per tutti, G. FERRARA, *La pari dignità sociale. (Appunti per una ricostruzione)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089 ss. e, più recente, A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2019.

³⁴ Nella nota formula di M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, 382.

³⁵ S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013, 20-21.

³⁶ Così *ex multis* P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966, 19 ss.; C. MORTATI, *op. cit.*; A. PIZZORUSSO, *Minoranze etnico-linguistiche*, in *Enc. dir.*, XXVI, 1976, 527 ss.; P. BARILE, *op. cit.*, 67-68.

³⁷ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Perché tutelare le minoranze?*, in *Minoranze*, 9-10, 1987, 41.

³⁸ A. PIZZORUSSO, *Art. 6*, cit., 310-311 ritiene che meccanismi di «tutela “positiva”» rappresentino il fondamento della garanzia delle «situazioni giuridiche soggettive “collettive”» delle minoranze; cfr. anche S. RODOTÀ, *Quale equità*, in *Pol. dir.*, 1974, 47; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'articolo 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, 162; V. PIERGIGLI, *Art. 6 Cost.*, cit., 12-13.

³⁹ A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 229-230.

⁴⁰ A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1997, 65 ss.

⁴¹ J. WOELK, *Il rispetto della diversità: la tutela delle minoranze linguistiche*, in C. CASONATO (a cura di), *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione*, Torino, 2010, 180.

to della dignità umana del singolo isolatamente individuato e quale membro delle formazioni sociali⁴².

La tutela collettiva dei diritti pone l'accento sul pluralismo sociale a prescindere dal fatto che «le minoranze abbiano uno Stato-parte» e dalla possibilità che l'ordinamento giuridico riconosca «un privilegio per ragioni di lingua»⁴³. Impegna altresì la Repubblica a rimuovere gli ostacoli che possono frapporsi fra il gruppo minoritario e l'estrinsecazione della personalità dei relativi membri e perciò la incarica di favorire l'integrazione delle formazioni sociali nella vita collettivamente organizzata, anche attraverso l'adozione di normative *ad hoc*.

L'art. 6 Cost., non essendo di per sé auto-applicativo, esige l'intervento del legislatore affinché promuova e protegga le «istanze collettive di diversità»⁴⁴; le minoranze linguistiche, le uniche espressamente definite tali dalla Costituzione, sono infatti «riconosciute come collettività [...] e sono tutelate all'interno di una più ampia collettività statale», precisando così «una forma più matura di Stato, che si fonda su alcuni valori essenziali e che promuove [...] il pluralismo, valorizzando la ricchezza delle diversità – individuali e collettive [...] – presenti al suo interno»⁴⁵.

Il diritto costituzionale, com'è noto, è sempre pronto a nuove sfide e a soddisfare le esigenze che si manifestano nella società e credo che non sarebbe inopportuno provare a riflettere attorno al tema dei diritti linguistici (*Linguistic Human Rights*)⁴⁶, sia come declinazione del valore della dignità e del principio di eguaglianza, sia quali strumenti consustanziali alla presenza della persona nelle formazioni sociali (scuola; lavoro e sindacati; rappresentanza politica e partiti politici; e che, non di meno, sono ancorati ai diritti di libertà: la manifestazione del pensiero e l'uguale e contrario diritto all'informazione, la libertà di riunione, la libertà di associazione ecc.).

Se l'obiettivo del costituzionalismo del Secondo dopoguerra è garantire il libero esplicarsi della personalità di ogni consociato e se si è d'accordo nel porre al termine Repubblica gli aggettivi democratica e sociale, non è possibile prescindere da un testo normativo che si preoccupi di salvaguardare le diversità linguistico-culturali (naturalmente) presenti nel Paese.

Al contrario, salva una piccola parentesi sul finire del Secolo scorso, le minoranze linguistiche diffuse e/o non autoctone non hanno trovato tutela da parte del legislatore nazionale, il quale ha disatteso gli artt. 6, 2 e 3 Cost. e ha altresì dato prova di non essere consapevole «della pari dignità di tutte le forme di espressione linguistica»⁴⁷. Infatti, l'alterità maggioranza-minoranza si è nel tempo manife-

⁴² Com'è stato sostenuto, «è solo nell'ambito di una democrazia» che «i diritti dell'uomo possono fiorire e se la grande maggioranza abdica ai valori democratici non è configurabile un regime che li coltivi» (A. CERRI, *Le fonti del diritto. Problemi generali*, Trieste, 1990, 37).

⁴³ P. BARILE, *op. cit.*, 40.

⁴⁴ J. WOELK, *op. cit.*, 180. Cfr. Corte cost., sentt. n. 15 del 1996 che ha individuato nella lingua un «elemento di identità individuale e collettiva di importanza basilare» e n. 159 del 2009; G. LATTANZI, *La tutela dei diritti delle minoranze in Italia*, 7 giugno 2013, 8-9.

⁴⁵ E. PALICI DI SUNI, *Unitarietà della Repubblica e gruppi identitari: il caso delle minoranze linguistiche*, in S. LABRIOLA (a cura di), *op. cit.*, 635-636.

⁴⁶ Ovvero «il diritto di diffondere e insegnare il proprio idioma, anche attraverso la predisposizione di strumenti educativi, di essere rappresentati politicamente e decidere autonomamente rispetto alle questioni interne del gruppo» (B. MARZIALE, *La torre di Babele: riflessioni intorno ai diritti umani linguistici*, in B. MARZIALE, V. VOLTERRA [a cura di], *Lingua dei segni, società, diritti*, Roma, 2016, 154).

⁴⁷ A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, cit., 201.

stata anche in relazione alla lingua ed è stato possibile constatare che quando ce n'è una più diffusa, la maggioranza beneficia di un vasto catalogo di diritti, mentre i gruppi minoritari tendono a veder comprese le proprie istanze di riconoscimento e tutela⁴⁸ sia formalmente (in un testo di legge), sia sostanzialmente (nel concreto delle relazioni che ciascuno intrattiene all'interno della società).

Per garantire la piena efficacia dei supremi principi costituzionali sarebbe piuttosto opportuno istituire meccanismi di tutela e garanzia anche nei confronti di coloro che comunicano con una lingua minoritaria, soprattutto se l'utilizzo di tale modalità comunicativa non è il frutto di una scelta, bensì la conseguenza di una "condizione personale" (art. 3, primo comma, Cost.). La legge 15 dicembre 1999, n. 482 (*Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche*) appare obsoleta e pone apertamente la questione della possibilità che il nostro ordinamento faccia spazio a «una politica linguistica orfana di una legislazione linguistica»⁴⁹, soprattutto se si prova ad analizzare la condizione in cui versano coloro che comunicano attraverso la lingua italiana dei segni (LIS)⁵⁰.

Invero, nonostante il principio dell'art. 6 Cost. e l'interdipendenza con altre norme fondamentali, il legislatore ha mostrato scarso interesse al tema della tutela delle minoranze linguistiche – ad eccezione di quelle "nazionali"⁵¹ – fino a quando, con la citata legge, ha coperto di tutela anche quelle storiche⁵². Normativa che, d'altro canto, risulta oggi scarsamente soddisfacente perché le lingue protette sono indicate tassativamente all'articolo 2⁵³, quando sarebbe più opportuno «lasciare maggiore libertà agli interessati di aggregarsi in gruppi sulla base di un *animus* comunitario non predeterminato dalla legge»⁵⁴, quindi provare a dettare dei criteri per indicare quali sono le lingue che possono essere riconosciute come minoritarie, senza elencarle rigidamente.

In particolare, sarebbe bene se venisse rimosso il criterio della territorialità accolto dalla l. 482/1999, posto che appare inidoneo a offrire un'adeguata protezione alla lingua con riguardo a tutti i gruppi minoritari⁵⁵. Tale considerazione vale, specialmente, per le persone sorde⁵⁶ che comunicano, su tutto

⁴⁸ Cfr. anche B. MARZIALE, *La torre di Babele*, cit., 154.

⁴⁹ M. AINIS, *op. cit.*, 175.

⁵⁰ A tal proposito, non è «privo di significato il fatto che nelle società pluraliste il tema dell'effettività dei diritti si riveli uno dei banchi di prova della capacità dell'ordinamento di perseguire l'obiettivo di una democrazia sostanziale» (A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali*, cit., 3).

⁵¹ Ossia quelle che vantano «un rapporto di collegamento con una nazione diversa da quella in cui il gruppo è attualmente inserito» (V. PIERGIGLI, *Lingue minoritarie e identità culturali*, Milano, 2001, 62) e che godono di uno «status giuridico privilegiato» rispetto alle altre lingue (ID., *Art. 6*, cit., 160).

⁵² Definita «norma interposta» da Corte cost., sent. n. 159 del 2009, ad avviso di E. PALICI DI SUNI, *Unitarietà della Repubblica*, cit., 639 grazie a essa non sono più tutelate «solo le minoranze *superprotette* presenti in alcune Regioni autonome di confine». Critici J. WOELK, *op. cit.*, 195 ss.; V. PIERGIGLI, *Art. 6 Cost.*, cit., 6-7.

⁵³ «[...] la Repubblica tutela la lingua e la cultura delle popolazioni albanesi, catalane, germaniche, greche, slovene e croate e di quelle parlanti il francese, il franco-provenzale, il friulano, il ladino, l'occitano e il sardo».

⁵⁴ A. PIZZORUSSO, *La politica linguistica in Italia. Il caso della provincia di Bolzano e la legge di attuazione generale dell'art. 6 della Costituzione*, in J. MARKO, S. ORTINO, F. PALERMO (a cura di), *L'ordinamento speciale della provincia autonoma di Bolzano*, Padova, 2001, 133.

⁵⁵ Si pensi alle popolazioni non stanziali, come i Sinti e i Rom.

⁵⁶ I termini "non udenti" e "sordomuto" dovrebbero essere rigettati perché l'uno «definisce i sordi esclusivamente per ciò che loro manca», mentre l'altro si riferisce a «un supposto impedimento della parola» tendenzialmente inesatto sul piano clinico, così B. MARZIALE, *Sordità: una disabilità in diverse prospettive. La lingua dei segni come strumento di cittadinanza*, in *Questione giustizia*, 3, 2018, 59. Peraltro, l'art. 1, comma 1,

il territorio nazionale, attraverso la LIS e che «si riconoscono in una comunità linguistica della quale condividono tratti identitari, cultura e tradizioni»⁵⁷. Reputo infatti che il «ricco potenziale» dell'art. 6 Cost. non sia «ancora esaurito»⁵⁸ e che l'adozione di una legge che riconosca la lingua dei segni come idioma minoritario rappresenti lo «strumento di cittadinanza» irrinunciabile per attribuire ai sordi una speciale protezione in relazione a lingua, cultura e diritti fondamentali.

Siamo invece (erroneamente) «quasi istintivamente portati a racchiudere le lingue naturali nel perimetro delle lingue vocali, come se la facoltà di linguaggio fosse indissolubilmente legata all'espressione verbale»⁵⁹. Al contrario, la lingua dei segni deve essere considerata una lingua *tout court* perché, come quella orale, è caratterizzata da fonologia, lessico e struttura morfo-sintattica⁶⁰; ciò che cambia è la modalità comunicativa, che «si sviluppa nello spazio, utilizzandolo linguisticamente, sia a livello morfo-sintattico che a livello lessicale»⁶¹. Molti sordi, inoltre, si sentono parte di una comunità e cultura parzialmente differente da quella che concorre a definire la forma di Stato – qui sta la minoranza – e che, per ciò stesso, necessita riconoscimento e tutela⁶². La cultura sorda indica infatti l'insieme dei comportamenti sociali e comunicativi attraverso cui tali persone intrattengono relazioni e formano la propria identità, la cui caratteristica (forse) più significativa è rappresentata dalla lingua dei segni attraverso la quale sordi fra loro e fra udenti comunicano⁶³.

2. Il (necessario) riconoscimento della lingua italiana dei segni

La società contemporanea, nonostante articolati meccanismi di tutela dei diritti⁶⁴, è gravata dal compito della relativa attuazione e protezione perché la realtà è spesso «lontana da quelle proclamazio-

della legge 20 febbraio 2006, n. 95 (*Nuova disciplina in favore dei minorati uditivi*) sancisce che «in tutte le disposizioni legislative vigenti, il termine “sordomuto” è sostituito con l'espressione “sordo”».

⁵⁷ B. MARZIALE, *La torre*, cit., 179.

⁵⁸ V. PIERGIGLI, *Art. 6 Cost.*, cit., 7.

⁵⁹ B. MARZIALE, *Sordità*, cit., 56. T. SKUTNABB-KANGAS, *Why Should Linguistic Diversity Be Maintained and Supported in Europe?*, Council of Europe, Strasbourg, 2002, 7 ha affermato che le lingue dei segni sono «da considerare vere e proprie lingue, capaci di esprimere ogni pensiero e non collegate in alcun modo a quelle parlate. Nessuno conosce con esattezza il numero delle lingue dei segni esistenti, ma dovrebbero essercene tante quante sono quelle vocali». Cfr. anche il [dossier n° 325](#) del 28 luglio 2020 della Camera dei deputati.

⁶⁰ Per i primi studi sulle lingue dei segni, senza pretesa di esaustività, cfr. W.C. STOKOE, *Sign language structure*, in *Ann. Rev. Anthropol.*, 9, 1980, 365-390 e per la LIS V. VOLTERRA (a cura di), *I segni come parole: la comunicazione dei sordi*, Torino, 1981; ID. (a cura di), *La lingua dei segni italiana. La comunicazione visivo-gestuale dei sordi*, Bologna, 2004; T. RUSSO CARDONA, V. VOLTERRA, *Le lingue dei segni*, Roma, 2007.

⁶¹ V. SPAGNOLO, *Studio sul LIS*, in *Psychofenia*, 30, 2014, 133.

⁶² Il rapporto fra comunità e unità non può che risolversi all'interno delle formazioni sociali giacché l'unità non è «un dato, bensì un risultato» (M. LUCIANI, *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'unità nazionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2011, 3) che può realizzarsi solo grazie «ai costumi, alla cultura, alle leggi» (G. FERRARA, *Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, 271).

⁶³ Cfr. [Cos'è la cultura dei sordi](#), in Ente Nazionale Sordi ONLUS, 14 luglio 2015.

⁶⁴ Com'è noto, le sedi ultranazionali di positivizzazione dei diritti «hanno fatto tornare in primissimo piano [...] le riflessioni intorno alla tenuta dei principi su cui si sono fondate le democrazie pluraliste, nella prospettiva che non guarda più – solo – alla verifica di dove e come il diritto è stato riconosciuto, quanto piuttosto a quale sia il modo più sicuro per garantirlo» (A. APOSTOLI, A. D'ANDREA, *La fragilità sostanziale dei diritti nella complessa vicenda degli ordinamenti democratici*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, in corso di pubblicazione, 89-90).

ni»⁶⁵ e sebbene i diritti fondamentali siano stati elaborati come «coefficient[i] essenzial[i] di unificazione fra gli esseri umani, alla stregua dei valori universali, comuni e condivisi, che essi esprimono (o, almeno, dovrebbero esprimere)»⁶⁶, ci sono parti di popolazione che vedono spesso «negati o non realizzati»⁶⁷ tali diritti.

Benché le minoranze linguistiche siano salvaguardate anche al di fuori dei confini nazionali, l'Italia non sembra allontanarsi dalla rigida tutela introdotta alla fine del Secolo scorso, posto che ha firmato ma non ratificato⁶⁸ la *Carta europea delle lingue regionali o minoritarie*⁶⁹ che riconosce anche le lingue non territoriali (art. 1 lett. c)⁷⁰ e che potrebbe essere una via praticabile per riconoscere nella LIS una minoranza linguistica. Invero, estendendo la tutela prevista anche alle «lingue non territoriali» (art. 7, comma 5), assicura un contributo fondamentale per adottare altri parametri rispetto a quello territoriale per identificare e riconoscere le minoranze linguistiche.

D'altro canto, a causa di ragioni di ordine politico ed economico, è ancora difficile affermare che la varietà promossa in seno al Consiglio d'Europa è effettivamente presente negli Stati parte perché se da un lato è proclamata l'importanza delle «differenze [...] dei diversi patrimoni linguistici e culturali»⁷¹, d'altro lato è evidente che nel quadro giuridico europeo ci sono «lingue-culture prevalenti» che «godono di maggior diffusione e prestigio [...] ed altre considerate "minori", della cui diffusione non ci si è abbastanza preoccupati» e che sovente sono «relegate ai margini della visibilità»⁷².

Tale condizione di «emarginazione» si verifica specialmente entro i confini nazionali, dove dovrebbe trovare applicazione anche la *Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali*⁷³, che non attribuisce diritti alle formazioni sociali, ma riconosce posizioni giuridiche soggettive alle persone che appartengono a una minoranza. Il testo normativo sembra orientato a promuovere il principio di autodeterminazione in relazione alla (propria) cultura e allo sviluppo, ovvero all'affermazione dell'identità personale di coloro che comunicano con una lingua minoritaria. L'obiettivo della Convenzione è cercare di ovviare alla usuale condizione di preferenza accordata alle lingue maggiorita-

⁶⁵ V. ONIDA, *Costituzioni e costituzionalismo*, in AA.VV., *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, Napoli, 2011, 475.

⁶⁶ A. APOSTOLI, *Dignità della persona*, cit., 229.

⁶⁷ V. ONIDA, *Costituzioni e costituzionalismo*, cit., 475.

⁶⁸ Sul naufragio del ddl di ratifica v. M. PODETTA, *Il lungo, maldestro surplace del legislatore statale a proposito della tutela delle lingue minoritarie e le recenti aperture regionalistiche del giudice costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 luglio 2012.

⁶⁹ Convenzione promossa dal Consiglio d'Europa e adottata a Strasburgo il 5 novembre 1992; pone fra i suoi obiettivi la tutela e lo sviluppo del patrimonio linguistico e culturale dell'Europa, oltre alla promozione del plurilinguismo fra i cittadini europei. Il Consiglio d'Europa si è impegnato a garantire tali valori anche implementando il *Quadro comune europeo di riferimento per le lingue*, un sistema descrittivo riconosciuto a livello internazionale.

⁷⁰ «Con l'espressione "lingue non territoriali" si intendono le lingue usate da alcuni cittadini dello Stato che differiscono dalla(e) lingua(e) usata(e) dal resto della popolazione di detto Stato ma che, sebbene siano usate tradizionalmente sul territorio dello Stato, non possono essere ricollegate a un'area geografica particolare di quest'ultimo».

⁷¹ T. DE MAURO, *In Europa oggi son già 103. Troppe lingue per una democrazia?*, Roma-Bari, 2014, 48.

⁷² R. TOMASSETTI, *Le competenze dei docenti e dei formatori di italiano L2*, Aprilia, 2014, 36

⁷³ Documento del Consiglio d'Europa approvato il 1° febbraio 1995 e ratificato dall'Italia con legge 28 agosto 1997, n. 302. V. per tutti S. BARTOLE, *Una convenzione per la tutela delle minoranze nazionali*, in *il Mulino*, 1995, 341-342; P. TORRETTA, *op. cit.*, 18 ss.

rie⁷⁴, la quale aumenta le difficoltà nel dare riconoscimento e tutela – nonché nel promuovere lo studio delle – alle lingue minoritarie. Ciò a maggior ragione se si prova a valutare il grado di conoscenza e di consapevolezza della popolazione parlante dell'esistenza di idiomi che trovano espressione in forma non verbale.

Il nostro Paese, peraltro, ha dato il natale alla *World Federation of the Deaf*⁷⁵, un'organizzazione mondiale non governativa che, oltre a rappresentare le associazioni nazionali delle persone sorde (133 Paesi), si occupa di promuovere e tutelare i diritti, l'identità e la cultura sorda. L'Italia ha altresì ratificato la *Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità*⁷⁶, che si propone di favorire e sostenere l'autodeterminazione dei disabili in ogni campo della vita pubblica e privata, prevedendo altresì, attraverso disposizioni puntuali⁷⁷, la tutela dell'identità culturale e linguistica dei sordi⁷⁸.

Ciò nonostante, la Repubblica sembra prestare poca attenzione alle persone che soffrono questa disabilità⁷⁹ e che, al tempo stesso, costituiscono una minoranza linguistica. Infatti, il dibattito attorno al tema dei sordi, ovvero se devono essere considerati esclusivamente sotto il profilo della perdita

⁷⁴ Com'è noto, «le lingue si sono formate e si sviluppano in relazione alle esigenze delle comunità che le usano e l'opinione che una possa essere intrinsecamente superiore ad un'altra non ha un fondamento scientifico. Ogni lingua ha in sé la potenzialità di raggiungere i livelli più alti di sviluppo e di capacità espressiva» (G. CASTORINA, *Multiculturalismo e democrazia linguistica nell'Europa del Duemila*, in *LiSt. Quaderni di Studi Linguistici*, 6-7, 1999, 49).

⁷⁵ Roma, 23 settembre 1951. È un'organizzazione che trova spazio anche all'interno delle Nazioni Unite, posto che è rappresentata nel Consiglio Economico e Sociale e in numerose Commissioni Regionali, come l'UNHCR, l'OIL, la Banca Mondiale, il Consiglio d'Europa.

⁷⁶ Approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006 e ratificata dall'Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18, riconosce l'identità linguistica e culturale delle persone sorde e l'appartenenza a una precisa comunità. Cfr. artt. 2 (*Definizioni*), 9 (*Accessibilità*), 21 (*Libertà di espressione e opinione e accesso all'informazione*), 24 (*Educazione*) e 30 (*Partecipazione alla vita culturale e ricreativa, agli svaghi e allo sport*).

⁷⁷ B. MARZIALE, *La torre di Babele*, cit., 171 precisa che la Convenzione è «il primo documento internazionale con efficacia vincolante in questa materia».

⁷⁸ La Convenzione ONU all'art. 24, terzo comma, lett. b) riconosce espressamente «l'identità linguistica della comunità dei sordi», mentre, all'art. 21, primo comma, lett. b) impegna gli Stati parte a facilitare e accettare il diritto all'espressione ed opinione di coloro che – fra gli altri – comunicano attraverso la lingua dei segni e, alla lett. e), a «riconoscere e promuovere l'uso della lingua dei segni». Per un'analisi sul punto v. almeno R. CERA, *Commento su Articolo 21 (Libertà di espressione e opinione e accesso all'informazione)*, in R. CERA, V. DELLA FINA, S. MARCHISIO (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità. Commentario*, Roma, 2010, 262-282 e, *ivi*, L. MANCA, *Commento su art. 24 (Educazione)*, 329-342; G. GRIFFO, *Le ragioni della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità delle Nazioni Unite*, in O. OSIO, P. BRAIBANTI (a cura di), *Il diritto ai diritti. riflessioni e approfondimenti a partire dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità*, Milano, 2012, 39-48 e, *ivi*, A. BIANCHI, *Non c'è nulla che sia più ingiusto quanto far parti uguali fra disuguali*, 83-92; S. ZANOLETTI, F. BARONI, *Sordità e vita indipendente. Quali prospettive?*, 143-150; E. VARNEY, *Freedom of Expression and Opinion, and Access to Information*, in I. BANTEKAS, M. ASHLEY STEIN, D. ANASTASIOU (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Oxford, 2018, 582-603 e, *ivi*, D. ANATASIOU, M. GREGORY, J.M. KAUFFMAN, *Education*, 656-704; N. CURTO, C.M. MARCHISIO (a cura di), *I diritti delle persone con disabilità. Percorsi di attuazione della Convenzione ONU*, Bari, 2020, spec. cap. 1 (*La prospettiva dei diritti alla luce della Convenzione ONU*).

⁷⁹ Spesso i sordi sono definiti “disabili invisibili” perché vivono una condizione di disabilità che non è immediatamente percepibile, ma anche perché si tratta di un tipo di disabilità ritenuta poco invalidante e perciò “meno degna” di attenzione.

dell'udito – e perciò della disabilità – o se invece costituiscono un gruppo minoritario *tout court*, non è ancora sopito, soprattutto se si analizzano i dibattiti parlamentari delle ultime legislature.

La tutela delle minoranze linguistiche è «un esempio emblematico di materia soggetta ad una regolazione multilivello»⁸⁰, infatti sin dal 1988⁸¹ il Parlamento europeo si batte affinché la lingua dei segni trovi compiuta tutela nella legislazione interna. I solleciti sovranazionali sono stati molteplici, tanto è vero che l'organo europeo si è pronunciato anche con la Risoluzione del 18 novembre 1998⁸² per ribadire quanto affermato dieci anni prima insistendo, in particolare, affinché la Commissione presentasse al Consiglio una proposta relativa al riconoscimento in ogni Stato membro della lingua dei segni. Mentre con la Risoluzione del 30 novembre 2006⁸³ ha chiesto agli Stati parte di diffondere la lingua dei segni attraverso i canali televisivi. Infine, con la Risoluzione del 23 novembre 2016⁸⁴, ha insistito sulla necessità di formare interpreti della lingua dei segni e, preliminarmente, sulla necessità che gli Stati membri e le Istituzioni europee riconoscano ufficialmente le lingue dei segni nazionali perché «sono lingue naturali a pieno titolo, con una loro grammatica e sintassi, al pari delle lingue parlate».

Facendo leva sui principi affermati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – segnatamente, il divieto di discriminazioni fondate [...] sulla lingua (art. 21) e la promozione della diversità anche linguistica (art. 22)⁸⁵ – sembra possibile ritenere che l'Ue abbia cura nel riconoscere le lingue dei segni alla stregua delle lingue orali e che gli Stati membri hanno il compito di garantire uguali diritti e opportunità ai cittadini che le utilizzano.

Nonostante i numerosi solleciti sovranazionali e nonostante le norme europee che sanciscono l'importanza della «diversità culturale e linguistica» (art. 3, § 3 TUE) come elemento irrinunciabile del

⁸⁰ G. ROLLA, *Forme di rappresentanza istituzionale delle lingue minoritarie. Esperienze di diritto comparato*, in *Riv. eu. der. fund.*, 26, 2015, 17. Infatti, l'art. 1 della Convenzione-quadro del 1995 sancisce che la protezione delle minoranze nazionali è «parte integrante della protezione internazionale dei diritti dell'uomo e, come tale, costituisce un settore della cooperazione internazionale».

⁸¹ [Risoluzione sulla lingua dei segni dei sordi](#) attraverso la quale, fra gli altri, era promossa l'adozione di misure relative alla formazione di interpreti di lingua dei segni, nonché la traduzione delle principali trasmissioni televisive.

⁸² [Risoluzione sui linguaggi gestuali](#).

⁸³ [Risoluzione sulla situazione delle persone con disabilità nell'Unione europea allargata](#).

⁸⁴ [Risoluzione sulle lingue dei segni e gli interpreti di lingua dei segni professionisti](#).

⁸⁵ G. ROLLA, *op. cit.*, 19 sostiene che la norma non è una ripetizione dell'articolo precedente perché «il rispetto delle “differenze linguistiche” è rivolto a conservare la specificità di un gruppo minoritario riconosciuto dall'ordinamento, la sua “diversità” rispetto alla maggioranza». Critica anche V. PIERGIGLI, *Lingue e minoranze*, cit., 151 perché «il rispetto evoca un atteggiamento neutrale, di tolleranza e tutela negativa nell'esercizio di diritti fondamentali». Ancora, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, 115, sostiene che la «più vaga» delle disposizioni della Carta di Nizza sia quella relativa alle «diversità di ordine culturale, religioso e linguistico» che, ai sensi dell'art. 22, «l'Unione si limita a “rispettare”. Chiunque conosca l'evoluzione che il diritto delle minoranze etniche, linguistiche e religiose (e delle situazioni di pluralismo cui mal si attaglia la contrapposizione maggioranza/minoranze, ma che danno luogo ad esigenze analoghe) ha subito in questi ultimi cinquant'anni [...] non può non considerare questa formula del tutto sorpassata e non sembra difficile prevedere che essa servirà comunque a giustificare misure tali da superare il mero divieto di discriminazioni, quali del resto sono quelle adottate in molti Stati membri dell'Unione».

pluralismo, consacrato anche nell'art. 2 del TUE⁸⁶ (e della già richiamata CFDUE), l'Italia è rimasta "sorda" rispetto a tale invito, ponendo sotto tensione l'art. 117, primo comma, Cost.

Il *vulnus* causato dal mancato riconoscimento della minoranza linguistica LIS si è dimostrato con tutta evidenza in occasione della pandemia, quando i diritti fondamentali delle persone sorde sono stati in buona parte negati. Il legislatore dell'emergenza sanitaria non ha infatti prestato attenzione alle situazioni di maggior vulnerabilità che viceversa avrebbero dovuto ricevere puntuale attenzione, atteso che la pandemia – con la nota situazione di isolamento, distanziamento e necessaria copertura di parte del volto per cercare di arginare la circolazione del virus – spesso ha compresso i diritti fondamentali, gravando in particolare quelli delle persone disabili.

Infatti, è stata solo la Protezione civile che da inizio emergenza (25 febbraio 2020) ha mandato in onda due conferenze stampa giornaliere con la presenza di interpreti LIS; mentre la Presidenza del Consiglio nei primi comunicati si è limitata all'utilizzo dei sottotitoli. Tuttavia, l'incompletezza delle comunicazioni ha indotto la Comunità nazionale sordi a lamentare tale disagio e, in risposta, dal 21 marzo le conferenze stampa del Presidente Conte sono state simultaneamente tradotte in lingua LIS. Fino al 24 marzo l'interprete non era però presente sulle reti televisive – lo era sulle pagine *YouTube* e *Facebook* di Palazzo Chigi – perché il *cameraman*, per una questione di stile, ha ritenuto di inquadrare solo il Presidente del Consiglio. Analogamente, in occasione delle rare conferenze stampa del Presidente Draghi, l'interprete LIS era visibile sui canali *YouTube* e *Facebook* di Palazzo Chigi, quasi a sancire che per i sordi il diritto all'informazione è riconosciuto solo parzialmente.

Non solo, dopo oltre un anno dall'inizio della pandemia non sono state omologate mascherine trasparenti che permettano ai sordi di leggere il labiale, evitando che la disabilità diventi strumento di ulteriore emarginazione⁸⁷. Le poche in commercio sono state prodotte dalle stesse persone sorde e tale situazione evidenzia l'accentuata emarginazione di una parte della società che in un contesto sociale e sanitario ordinario già paga il conto della non completa accessibilità alle informazioni a causa dell'insufficienza di sottotitoli, interpreti di lingua dei segni e, in generale, dispositivi tecnologici idonei ad abbattere le barriere comunicative⁸⁸.

Tali difficoltà sono state aggravate dal contesto pandemico e dall'interruzione del canale comunicativo privilegiato per i sordi (la lettura del labiale o comunque i movimenti del volto) a causa dell'obbligatorietà dei dispositivi di protezione individuale coprenti. Le istituzioni hanno dato prova di dimenticare una parte della popolazione nell'organizzazione della complessa macchina di gestione dell'emergenza e la dimenticanza è grave perché, se si prova a riflettere, ci si avvede che i decisori pubblici non hanno considerato che le mascherine trasparenti non dovrebbero essere indossate dai sordi, ma dall'intera comunità udente al fine di comunicare con i sordi.

⁸⁶ «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

⁸⁷ Com'è stato sostenuto, «la mascherina diventa a tutti gli effetti una barriera, che non è solo fisica, ma relazionale, psicologica e, di conseguenza, esistenziale» (S. SANTINI, *Siamo sordi, non invisibili*, in *il Ponte*, 31 gennaio 2021). V. anche S. FICOCELLI, *Ilaria 'Nini' Muresu: "La mia battaglia per le mascherine trasparenti: essere sordi non è una colpa"*, in *la Repubblica*, 23 marzo 2021.

⁸⁸ Cfr. V. MIGLIOSI, *I sordi rivendicano i loro diritti*, in B. MARZIALE, V. VOLTERRA (a cura di), *op. cit.*, 129 ss.

Viceversa, la comunità sorda italiana ha trovato sostegno da parte dei privati, soprattutto in caso di ospedalizzazione. Basti ricordare che l'Ente Nazionale Sordi ONLUS (ENS)⁸⁹ e la TIM hanno distribuito circa mille *device* in 11 Regioni e 75 ospedali (ovvero 110 reparti Covid) affinché il paziente sordo ricoverato per infezione da coronavirus possa comunicare in lingua dei segni con il personale sanitario e/o con i propri familiari⁹⁰ grazie all'intermediazione di interpreti professionisti volontari⁹¹.

La mancata adozione di una disciplina *ad hoc* nella gestione dell'emergenza nei confronti di coloro che, come i sordi, versano in una condizione di (maggior) vulnerabilità, ha portato a interrogarsi sull'effettività dei diritti fondamentali e sulla volontà politica di promuovere le minoranze anche in quanto elemento caratterizzante la varietà sociale della Repubblica. Nonché, a interrogarsi sul se, in una situazione di «emergenza che coinvolge tutti in pari misura, in nome di questa stessa emergenza sia legittimo»⁹² aumentare le distanze fra i cittadini aggravando la posizione delle persone (già) vulnerabili e violando altresì i principi fondamentali.

Non credo tuttavia che la dimenticanza nei riguardi della minoranza sorda possa essere addebitata al legislatore del 2020, quanto piuttosto ai lunghi anni di disinteresse verso una parte della società e dunque di inattuazione del dettato costituzionale (artt. 2, 3 e 6 Cost.). Ne è dimostrazione il fatto che nell'ottica di garantire i principi costituzionali (accessibilità, inclusione e partecipazione alla vita del Paese) anche ai sordi, i tentativi volti a adottare una normativa statale, perciò uniforme su tutto il territorio nazionale, di riconoscimento della lingua italiana dei segni e di promozione e inclusione delle persone sorde sono naufragati.

In particolare, durante la XVI Legislatura la Commissione affari sociali della Camera, in sede referente, ha esaminato la proposta di legge C. 4207 (*Disposizioni per la promozione della piena partecipazione delle persone sorde alla vita collettiva e riconoscimento della lingua dei segni italiana*)⁹³ tra-

⁸⁹ Ente sorto su base associativa nel 1932 che si prefigge di proteggere e assistere le persone sorde. Attraverso l'Osservatorio sull'Accessibilità partecipa a progetti e attività di ricerca finalizzate all'abbattimento delle barriere comunicative dei sordi. Collabora con numerosi enti per facilitare l'accessibilità ai servizi per coloro che non comunicano con la lingua orale. Basti ricordare la collaborazione con l'ACI con cui è stato realizzato un programma informatico finalizzato al soccorso stradale per i sordi; con l'INPS e l'Agenzia delle Entrate per facilitare la comunicazione delle persone sorde. L'ENS, coadiuvato dalla Direzione Centrale per gli Affari Generali della Polizia di Stato, il Ministero degli Interni e l'ACI, nel 2013 ha avviato il progetto SOS SORDI volto a creare un servizio unificato in relazione alla richiesta di soccorso e alle gestioni dell'emergenza che vedano coinvolte le persone sorde. Si tratta di un'applicazione per telefoni cellulari e *tablet* che permette alla persona sorda in difficoltà di effettuare la richiesta d'aiuto senza interloquire con l'operatore, immediatamente in grado di geo-localizzare la persona per inviare i soccorsi.

⁹⁰ Cfr. [Comunicato Stampa Emergenza Covid 19](#).

⁹¹ In particolare, all'interno dei *device* è presente un *link* che consente di accedere alla piattaforma del servizio "Covid-19 ENS" che facilita la comunicazione fra il paziente e la struttura sanitaria o la famiglia mediante un interprete LIS. L'obiettivo è evitare che la condizione di isolamento causata dal virus possa comportare un ulteriore disagio per le persone più vulnerabili.

⁹² A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia*, cit., 35.

⁹³ Il dibattito attorno alla proposta di legge è stato infuocato perché la comunità sorda (segnante) ha opposto la propria dignità di esseri umani alla proposta di sostituire all'acronimo LIS, l'acronimo LMG (Linguaggio Mimico Gestuale). Coloro che utilizzano la lingua italiana dei segni ritenevano che la nuova denominazione avrebbe «derubrica[to] la LIS a una mera pantomima», mentre è «ormai assodato e dimostrato a livello scientifico che la LIS è una lingua vera e propria che stimola le aree cerebrali analoghe a quelle che si attivano nel caso della

smessa dal Senato della Repubblica. Il testo si prefiggeva di promuovere la partecipazione delle persone sorde alla vita collettiva e il riconoscimento della lingua dei segni, l'iter tuttavia è stato interrotto, dopo l'acquisizione dei pareri delle competenti Commissioni in sede consultiva, a causa dello scioglimento del Parlamento nel 2013.

Nel corso della XVII Legislatura, invece, il 3 ottobre 2017 il Senato ha approvato un disegno di legge⁹⁴ recante disposizioni per l'inclusione sociale delle persone sorde e con disabilità uditiva che mirava a rimuovere le barriere alla comprensione e comunicazione e che si proponeva altresì di riconoscere la lingua italiana dei segni. Il testo, passato alla Camera dei deputati, non è stato approvato a causa della fine della Legislatura.

Un passo in avanti è stato fatto con l'art. 1, commi 456-458 della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio) che ha istituito il Fondo per l'inclusione delle persone sorde e con ipoacusia finalizzato a promuoverne l'inclusione sociale mediante progetti sperimentali volti a diffondere servizi di interpretariato nella lingua dei segni e a favorire l'uso delle più recenti tecnologie dirette ad abbattere le barriere alla comunicazione.

Qualcosa si è mosso nella corrente Legislatura, posto che alla XII Commissione Affari sociali (sede referente) della Camera dei deputati il 3 marzo 2020 sono state affidate le proposte di legge A.C. 462 (*Disposizioni per la promozione della piena partecipazione delle persone sorde alla vita collettiva e riconoscimento della lingua dei segni italiana*) e collegati⁹⁵, i cui lavori paiono, seppur lentamente, muoversi. L'esame in Commissione è infatti iniziato il 30 luglio 2020 e proseguito, salvo poi fermarsi⁹⁶, nella seduta del 28 ottobre 2020, quando sono stati esaminati due nuovi progetti di legge collegati⁹⁷.

Infine, il 21 maggio 2021 è stata pubblicata in Gazzetta ufficiale la legge n. 69, di conversione del decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41 (c.d. decreto sostegni), che, all'art. 34 *ter* ha inserito il riconoscimento, la promozione e la tutela della LIS. Sebbene la norma risulti un punto fondamentale per la tutela delle persone sorde, si ritiene non soddisfacente perché non è fatto alcun riferimento all'art. 6 Cost., ma esclusivamente a disposizioni sovra e internazionali relative alla disabilità (artt. 9, 21 e 24 *Convenzione ONU dei diritti delle persone con disabilità* e artt. 21 e 26 CDFUE). Sarebbe stato più opportuno affrontare compiutamente la materia – articolata e complessa (minoranza linguistica, disabi-

lingua parlata, permettendo il pieno sviluppo delle capacità cognitive delle persone» (V. MIGLIOSI, *op. cit.*, 133-134).

⁹⁴ Legge quadro sui diritti di cittadinanza delle persone sorde, con disabilità uditiva in genere e sordocieche.

⁹⁵ A.C. 1198 (*Disposizioni per l'inclusione sociale, la rimozione delle barriere alla comunicazione e il riconoscimento e la promozione della lingua dei segni italiana e della lingua dei segni italiana tattile*), A.C. 1695 (*Riconoscimento della lingua dei segni italiana e disposizioni per la tutela delle persone sorde e dei loro figli, l'integrazione sociale e culturale e la piena partecipazione alla vita civile*) che, all'articolo 1, comma, 2 sancisce «la Repubblica riconosce la lingua dei segni italiana (LIS) come lingua non territoriale delle persone sorde e delle loro famiglie», A.C. 1923 (*Disposizioni per la promozione dell'uso della lingua dei segni italiana e della lingua dei segni italiana tattile nei rapporti con le pubbliche amministrazioni*), A.C. 2248 (*Legge quadro sui diritti di cittadinanza delle persone sorde, con disabilità uditiva in genere e sordocieche*).

⁹⁶ Almeno, alla data in cui si scrive (18 maggio 2021).

⁹⁷ Ovvero A.C. 2612 (*Disposizioni per l'inclusione sociale delle persone con disabilità sensoriale mediante la rimozione delle barriere alla comunicazione e all'informazione*) e A.C. 2618 (*Riconoscimento della lingua dei segni italiana e della lingua dei segni italiana tattile e disposizioni per la tutela dei diritti delle persone sorde, sordocieche o con altre disabilità uditive*).

lità, accessibilità alle formazioni sociali come istruzione, lavoro, partiti politici, principio di eguaglianza ecc.) – all'interno di un apposito testo di legge approvato dal Parlamento, con le garanzie che tale istituzione comporta. Il legislatore, invece, ha optato per un decreto-legge, relativo com'è noto alle misure necessarie per far ripartire il Paese dopo la pandemia, lasciando irrisolto, per l'operatore giuridico, l'interrogativo circa i motivi di straordinaria necessità ed urgenza del provvedere richiesti dall'art. 77 Cost.

Il legislatore dell'emergenza sembra aver liquidato velocemente la questione guardando alla sordità esclusivamente come disabilità – tanto è vero che l'art. 34 *ter* ha prevalentemente ad oggetto gli interpreti LIS e gli strumenti per poter comunicare da parte e con le persone sorde – non considerando la questione della minoranza linguistica. Tale questione, indubbiamente complessa, avrebbe richiesto un dibattito più articolato, proprio dell'istituzione parlamentare, che, attraverso le Commissioni e gli strumenti istruttori suoi propri, avrebbe potuto licenziare un testo completo e ben ponderato.

Si ritiene opportuno guardare alla sordità come minoranza linguistica e non solo come disabilità per due ragioni. Da un lato, perché le normative extra-statali che l'Italia ha riconosciuto non hanno prodotto l'effetto auspicato, posto che i tentativi di riconoscimento della LIS hanno determinato esclusivamente un articolo in un decreto-legge; tale circostanza dovrebbe indurre a riflettere sul fatto che il solo elemento della disabilità si palesa come debole. D'altro lato, perché ritengo che il principio fondamentale dell'art. 6 Cost. abbia una portata straordinaria e tuttavia spesso dimenticata dal legislatore ordinario: se la LIS venisse tutelata anche ai sensi dell'art. 6 Cost. probabilmente si avrebbe una maggiore garanzia per il singolo in sé e all'interno delle formazioni sociali; in questo modo la persona non sarebbe considerata dall'ordinamento solo "in negativo" – per quel che le manca, cioè l'udito e spesso la parola (quindi disabilità) – ma sarebbe valutata anche "in positivo", ovvero per le proprie caratteristiche personali e per la propria cultura, rispettando appieno i principi e i valori del costituzionalismo democratico-sociale.

3. L'effettività del principio di eguaglianza di lingua al cospetto della forma di Stato regionale

Nell'ottica di riconoscere la lingua italiana dei segni come lingua *tout court* si sono mossi negli anni buona parte dei legislatori regionali⁹⁸, i quali hanno ritenuto di poter disciplinare autonomamente il

⁹⁸ Si vedano [l. reg. Sicilia 4 novembre 2011, n. 23](#) che sancisce il riconoscimento della LIS sulla base degli atti normativi sovranazionali e promuove l'utilizzo della stessa nelle formazioni sociali in modo tale da tutelare la stessa minoranza. [L. reg. Piemonte 30 luglio 2012, n. 9](#) che, richiamando gli artt. 3 e 6 Cost., nonché la Carta Ue delle lingue regionali o minoritarie e le risoluzioni del Parlamento europeo promuove il riconoscimento della LIS per la partecipazione delle persone sorde alla vita della comunità, posto che la lingua è un fondamentale strumento di integrazione nella società; egualmente formulata è la [l. reg. Abruzzo 13 gennaio 2014, n. 17](#). La [l. reg. Lazio 28 maggio 2015, n. 6](#) richiama invece gli artt. 3 e 117 Cost., nonché la l. n. 104/1992 e anch'essa promuove e tutela la LIS quale strumento fondamentale per la comunicazione e l'accesso alle informazioni delle persone sorde, tornando quindi nel novero dell'art. 6 Cost., pur non esplicitamente richiamato. La [l. reg. Lombardia 5 agosto 2016, n. 20](#) presenta un profilo più ampio perché si occupa anche della LIS tattile per le persone sordocieche, richiama gli artt. 3 e 117 Cost. e si propone di promuovere e facilitare l'accesso «alla vita sociale, culturale e politica della comunità», oltre che di «favorire l'accesso e la fruizione dell'informazione» (art. 3, primo comma, lett. b)); analogamente si sono espresse le [l. reg. Campania 2 agosto 2018, n. 27](#), [l. reg.](#)

riconoscimento della LIS facendo leva sul significato del termine “Repubblica” (ai sensi e per gli effetti dell’art. 114 Cost.) indicato dall’articolo 6 della Costituzione.

L’impressione è che i legislatori regionali, forti della lettura combinata degli artt. 6 e 114 Cost., abbiano ritenuto che la norma costituzionale non limiti la potestà legislativa perché ha a oggetto una materia «trasversale», «una “materia non materia”» che indica solo «una finalità» alla quale devono tendere le competenze⁹⁹ e che pertanto legittima l’intervento di diversi organi istituzionali nel perseguimento di un interesse comune¹⁰⁰.

In relazione al riparto di competenze fra Stato e Regioni in tema di minoranze linguistiche, oltre alle decisioni concretamente assunte dalle Regioni, è fondamentale l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale che si è pronunciata sul tema sin dagli anni Sessanta. La Consulta, in tempi remoti, ha sostenuto che

«l’uso della lingua costituisce una delle più delicate materie nelle quali esigenze di unità e di eguaglianza impongono l’esclusiva potestà del legislatore statale, al quale, nel quadro dell’unità e dell’indivisibilità della Repubblica e nel rispetto dei diritti di eguaglianza di tutti i cittadini, spetta unicamente di dettare norme sull’uso della lingua e sulla tutela delle minoranze linguistiche»¹⁰¹.

La Corte, poco dopo, ha sancito che «la competenza normativa in ordine all’uso della lingua appartiene esclusivamente allo Stato, quale che sia la materia con riferimento alla quale l’uso della lingua de[ve] essere regolato»¹⁰².

Un ribaltamento rispetto alla concezione stato-centrica circa la tutela delle minoranze linguistiche si registra nel 1972, a seguito dell’entrata in vigore del c.d. Secondo Statuto di autonomia del Trentino-Alto Adige¹⁰³, che indica la tutela delle minoranze linguistiche (locali) fra gli «interessi nazionali» (art. 4), sostenendo che tale competenza rappresenti un limite sia per il legislatore statale, sia per quello regionale. Tale “rivoluzione” ha fatto emergere il tema della tutela delle minoranze linguistiche come un principio fondamentale della Repubblica, che è pertanto chiamata in tutte le sue “vesti” a darvi attuazione.

Ne discende che il principio fondamentale inscritto nell’art. 6 Cost. consente di «dedurre norme sostanziali sui modi in cui l’uso della lingua» deve essere regolato, «ma non norme formali circa la

[Veneto 23 febbraio 2018, n. 11](#) e [l. reg. Marche 18 febbraio 2020, n. 5](#). Mentre la [l. reg. Basilicata 20 novembre 2017, n. 30](#) riconosce perlopiù la LIS quale strumento di inclusione delle persone disabili. La [l. reg. Emilia-Romagna 2 luglio 2019, n. 9](#) torna a promuovere e tutelare il riconoscimento della LIS quale fondamentale strumento di espressione della personalità di ciascun consociato, ovvero quale mezzo essenziale per la piena ed effettiva partecipazione della persona alla vita della società. Infine, i Consigli regionali di [Calabria](#), [Molise](#), [Sardegna](#) e [Umbria](#) stanno discutendo progetti di legge volti a riconoscere la lingua italiana dei segni e, ad una prima osservazione, sembra potersi sostenere che tale riconoscimento non ha esclusivo riguardo alla tutela delle persone con disabilità, ma anche al riconoscimento della LIS quale minoranza da riconoscere e tutelare.

⁹⁹ P. TORRETTA, *op. cit.* 12. Sull’evoluzione della giurisprudenza costituzionale cfr. M. PODETTA, *op. cit.*; L. BUFFONI, *op. cit.*

¹⁰⁰ L.A. MAZZAROLLI, *La tutela delle minoranze linguistiche nella Costituzione del nuovo Titolo V*, in *Le Regioni*, 5, 2003, 729 ha definito la tutela delle minoranze linguistiche come un «profilo trasversale» alle materie indicate nell’art. 117 Cost.

¹⁰¹ Corte cost., sent. n. 32 del 1960.

¹⁰² Corte cost., sent. n. 1 del 1961.

¹⁰³ DPR 31 agosto 1972, n. 670, *Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige*.

competenza a legiferare in questa materia»¹⁰⁴. Tanto è vero che, prendendo a riferimento la lingua dei segni quale lingua minoritaria, ci si avvede di come il riconoscimento operato in via esclusiva da parte dei legislatori regionali valga tutt'oggi a offrire buona parte della tutela alla minoranza sorda italiana.

Benché resti auspicabile una normativa compiuta di rango statale che fissi un livello di tutela omogeneo della LIS in tutto il Paese, non è possibile negare che l'intervento dei legislatori regionali sia stato di fondamentale importanza. Essi, infatti, hanno dato prova di valorizzare la forma di Stato e di occuparsi della salvaguardia dei principi supremi¹⁰⁵ della Carta del '48, posto che la tutela delle minoranze linguistiche è da annoverare fra i «principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, che si pone come limite e al tempo stesso come indirizzo per l'esercizio della potestà legislativa [...] regionale»¹⁰⁶, riconoscendo così il potenziale irrinunciabile dettato dalla sinergia fra (alcuni de)i livelli di governo della Repubblica¹⁰⁷.

A seguito della riforma costituzionale del 2001 il Giudice costituzionale, investito nuovamente di questioni di legittimità costituzionale relative alla tutela delle minoranze linguistiche, ha sancito che in tale ambito sussiste «un modello di riparto delle competenze tra Stato e Regioni che non corrisponde alle ben note categorie previste per tutte le altre materie nel Titolo V»¹⁰⁸. Dopo aver affermato la «refrattarietà» della tutela delle minoranze linguistiche «ad una rigida configurazione in termini di «materia»», la Corte ha precisato che spetta allo Stato il compito di assicurare «le differenze», atteso che tale livello di governo è il solo «capace di garantire le comunanze: e che perciò risulti in grado di rendere compatibili, sul piano delle discipline, le necessità del pluralismo con quelle dell'uniformità»¹⁰⁹. Tali considerazioni risultano ancor più vere se l'attenzione è calata su di una «minoranza diffusa» quale è quella che comunica mediante lingua italiana dei segni e che non può prescindere da uno *standard* di tutela eguale su tutto il territorio nazionale¹¹⁰.

La Consulta, con le sentenze n. 159 del 2009 e n. 170 del 2010, sembra rifiutare la concezione per la quale le minoranze sono solo quelle storiche per ammettere una lettura estensiva dell'art. 6 Cost. In particolare, ritiene che la nozione di minoranza linguistica debba ricomprendere «comunità necessariamente ristrette e differenziate, nelle quali possono spontaneamente raccogliersi persone che, in

¹⁰⁴ A. PIZZORUSSO, *Competenza legislative in materia di uso della lingua in Alto Adige ed altri problemi costituzionali*, in *Giur. it.*, I, 1961, 863.

¹⁰⁵ Corte cost., sentenza n. 4 del 2010 ha affermato che l'art. 6 Cost. è «uno dei principi fondamentali del vigente ordinamento», tant'è che «si situa al punto di incontro con altri principi, talora definiti "supremi", che qualificano indefettibilmente e necessariamente l'ordinamento vigente: il principio pluralistico riconosciuto dall'art. 2 – essendo la lingua un elemento di identità individuale e collettiva di importanza basilare – e il principio di eguaglianza riconosciuto dall'art. 3 della Costituzione».

¹⁰⁶ Corte cost., sent. n. 372 del 1983.

¹⁰⁷ È necessario il «contributo di tutti gli enti territoriali alla realizzazione di un obiettivo generale, insuscettibile di essere definito facendo ricorso alla sola tradizionale categoria delle competenze», L. PANZERI, *Il contributo di Alessandro Pizzorusso al tema delle minoranze linguistiche in Italia*, in P. CARROZZA, V. MESSERINI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, A. SPERTI, R. TARCHI (a cura di), *op. cit.*, 81.

¹⁰⁸ Corte cost., sent. n. 159 del 2009.

¹⁰⁹ Corte cost., sent. n. 170 del 2010.

¹¹⁰ Com'è noto, «negli stati costituzionali contemporanei l'amministrazione dei diritti è un affare complesso che ha come protagonisti non solo i giudici [...] ma anche [e anzitutto] gli attori propriamente politici», A. APOSTOLI, *La giustiziabilità dei diritti*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, 135.

quanto parlanti tra loro una stessa “lingua”, diversa da quella comune, custodiscono ed esprimono specifici e particolari modi di sentire e di vivere o di convivere»¹¹¹. Tale definizione sembra “cucita su misura” sulla lingua dei segni, la quale accomuna più persone che comunicano attraverso una lingua diversa rispetto a quella della maggioranza e che fonda altresì il senso di appartenenza a una formazione sociale data, grazie alla quale le persone sorde sviluppano la propria personalità e partecipano alla vita politica, economica e sociale del Paese¹¹². Ciò nondimeno, in assenza di un puntuale intervento statale, sembra lecito affermare che i legislatori regionali abbiano supplito dignitosamente quello statale non solo perché hanno rispettato i principi sanciti dalla Consulta, ma anche perché le normative tendono perlopiù a tutelare la LIS come idioma minoritario.

Ciò posto, siccome

«i principi contenuti negli artt. 2, 3, e 6 Cost. si rivolgono sempre alla “Repubblica” nel suo insieme e pertanto impegnano tutte le sue componenti – istituzionali e sociali, centrali e periferiche – nell’opera di promozione del pluralismo, dell’eguaglianza e, specificamente, della tutela delle minoranze»,

sembra logico dedurre che l’attuazione dei citati principi anche con riguardo alla minoranza sorda dipenda dal «necessario concorso della legislazione regionale con quella statale»¹¹³.

In relazione alla lingua dei segni questo principio è stato rispettato solo parzialmente perché fino a qualche mese fa la sola legislazione in vigore era quella regionale. Circostanza che, d’altro canto, dimostra come la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione abbia determinato un «ridimensionamento del ruolo politico dello Stato sul territorio»¹¹⁴ che, almeno per la tutela delle minoranze linguistiche, ha rafforzato il significato dei termini Repubblica, popolo e formazioni sociali¹¹⁵.

Dall’ultimo pronunciamento del Giudice di legittimità delle leggi in materia si evince inoltre che per avere un’effettiva tutela e promozione delle minoranze linguistiche non è possibile prescindere dal coinvolgimento dei vari livelli di governo. Infatti, se l’obiettivo del Costituente e, non meno, del legislatore costituzionale del 2001, era perseguire il più vario ed autentico pluralismo linguistico che la Costituzione promuove ai sensi dell’art. 6 – nonché alla luce degli articoli 2, 3 e 9¹¹⁶ – non è possibile indicare un meccanismo giuridico che non abbia riguardo anche alle articolazioni del territorio più vicine ai cittadini in ossequio, fra gli altri, al principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.).

¹¹¹ Corte cost., sent. n. 170 del 2010.

¹¹² «L’identità linguistica» è infatti «una componente del patrimonio culturale che le istituzioni politiche devono proteggere ad ogni livello», A. PIZZORUSSO, *Legislazioni europee sulle lingue minoritarie*, in *Lingua e Stile*, 2, 2001, 214.

¹¹³ Corte cost., sent. n. 81 del 2018.

¹¹⁴ R. DICKMANN, *La Corte costituzionale estende il paradigma dell’art. 6 Cost. a tutte le minoranze e contesta la competenza della legge regionale a identificare la popolazione locale come minoranza nazionale*, in *federalismi.it*, 1, 2018, 3.

¹¹⁵ L’impressione è che sia stato posto l’accento sul senso di appartenenza storico-politico dei cittadini più che sulle nozioni giuridiche di territorio, popolo e sovranità. La lingua fa pensare collettivamente, indica l’appartenenza a un dato territorio, popolo e cultura; si potrebbe finanche provare a sostenere che è uno degli elementi qualificanti la forma di Stato, posto che «siamo tutti immersi nella lingua e la lingua ci sovrasta» (G. ZAGREBELSKY, *Sulla lingua*, cit., 6).

¹¹⁶ Come ha affermato Corte cost., sent. n. 81 del 2018, «la tutela delle minoranze linguistiche di cui all’art. 6 Cost. è considerata espressione paradigmatica di una più ampia e articolata garanzia delle identità e del pluralismo culturale, i cui principi debbono ritenersi applicabili a tutte le minoranze».

La valorizzazione delle minoranze è una finalità che, alla luce della Carta del '48, «lo Stato fa propria come obiettivo di politica culturale», tuttavia la «mancanza di ogni attuazione sistematica e generale dell'art. 6 indubbiamente contraddice l'indicazione che emerge dai lavori preparatori» dell'Assemblea costituente¹¹⁷. La norma infatti è chiara nell'aver riguardo a *tutte* le minoranze linguistiche – non solo a quelle “storiche” o comunque note settant'anni or sono – e dunque anche alla lingua dei segni.

Ferma l'importanza della tutela riconosciuta a livello regionale, non sembra possibile rinunciare – sulla base degli artt. 2, 3 e 6 Cost. e della giurisprudenza costituzionale che chiede allo Stato di fissare i principi generali e (eventualmente) alle Regioni di integrarli (sent. n. 81 del 2018) – a un riconoscimento della LIS come lingua minoritaria a livello statale, dimodoché ci sia uniformità di tutela su tutto il territorio, nonché in quelle regioni che non hanno adottato alcuna normativa.

Il riconoscimento della lingua dei segni fra gli idiomi minoritari è essenziale perché, altrimenti, si verificherebbe la negazione della «identità collettiva di un gruppo connotato da marcate particolarità culturali» – violando l'art. 2 Cost. – e la «indebita parificazione giuridica dei suoi componenti alla condizione della generalità del popolo»¹¹⁸ – disconoscendo il significato di fondo dell'art. 3 Cost.

La positivizzazione in un testo legislativo statale della lingua dei segni quale lingua minoritaria, essendo una delle attività che competono allo Stato nell'ottica della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, secondo comma, lett. *m*) Cost.), consentirebbe il dialogo sincronico fra Stato e Regioni. Queste ultime, come dimostrano le leggi regionali adottate, hanno già dato buona prova della volontà e della necessità di riconoscere le peculiarità proprie di una minoranza della popolazione, inverando anche (parte del)la giurisprudenza costituzionale.

La riforma del Titolo V, ribaltando il criterio di riparto delle competenze legislative, ha consentito ai legislatori regionali di farsi «interpreti dal “basso”»¹¹⁹ delle istanze della società che intrattiene scambi relazionali all'interno del territorio.

I legislatori regionali che hanno adottato (e stanno adottando) normative precipuamente dedicate alla LIS si pongono in positiva controtendenza rispetto alla sola normativa quadro di riferimento (l. 482/1999). Infatti, avendo proceduto autonomamente nell'attribuzione dello *status* di minoranza alla LIS, hanno preso le redini della “questione” relativa all'art. 6 Cost. attraverso un intervento «prodromico» rispetto alla legislazione di rango statale che è stato in grado di «attenuare le conseguenze delle omissioni della legge n. 482»¹²⁰, dando altresì prova della valorizzazione del dato culturale che la Costituzione tutela agli artt. 9 e 2¹²¹.

¹¹⁷ A. PIZZORUSSO, *Il pluralismo linguistico*, cit., 12.

¹¹⁸ Corte cost., sent. n. 81 del 2018.

¹¹⁹ L. PANZERI, *Le prospettive di tutela delle minoranze linguistiche in Italia: il ruolo delle Regioni ordinarie*, in *Le Regioni*, 5, 2009, 996.

¹²⁰ *Ivi*, 1106.

¹²¹ La cultura promossa dalla Costituzione «è quella che nasce dal libero sviluppo della personalità dell'uomo, dalla sua libertà di scelta dei propri processi fondativi, dalla libera formazione del suo sistema di valori», il cui significato costituzionale finisce con il «coincidere con l'intero processo di formazione intellettuale della persona umana», M. CECCHETTI, *Art. 9*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *op. cit.*, 222-223.

Le “toppe” poste dai legislatori regionali alla mancanza del legislatore nazionale dovrebbero comunque costituire una normativa transitoria perché in materia di diritti inviolabili è irrinunciabile una tutela unitaria sul territorio nazionale: se nella società possono sussistere disuguaglianze di fatto e di diritto – «perché non è realistico né auspicabile un egualitarismo» totale di tutti – non sono tuttavia «ammissibile quelle che incidono sulla dignità» che, a prescindere dalla condizione personale delle persone, «deve rimanere sempre “pari”»¹²².

La lingua dei segni, ovvero coloro che la utilizzano come canale comunicativo privilegiato, com'è noto non trova(no) spazio solo all'interno di alcune Regioni e perciò non è possibile rischiare l'adozione di una disciplina irragionevolmente differente da zona e zona del territorio¹²³ e, di conseguenza, non è possibile non denunciare il *vulnus* realizzato, con la condotta omissiva, da parte del legislatore nazionale.

4. La rilevanza costituzionale della lingua (dei segni)

La definizione di minoranza¹²⁴, «fluida e cangiante», è connessa agli eventi storici, istituzionali e politici, ai cambiamenti della società e della cultura, all'«atteggiamento» dei «gruppi minoritari e alle relazioni che la maggioranza intrattiene con essi»; essendo un concetto «sensibile alle multiformi dinamiche delle realtà», si adatta a esigenze nuove e comprende «situazioni originariamente e astrattamente non previste»¹²⁵. Le minoranze linguistiche hanno infatti «carattere diffuso, identitario e volontario» e mostrano, «anche solo implicitamente, un senso di solidarietà, diretta a preservare la loro cultura»¹²⁶, senza necessitare delle istituzioni per manifestare il senso di appartenenza a una comunità¹²⁷.

L'obiettivo promosso dall'art. 6 Cost. pare sia riuscire a «fare delle minoranze una sorta di diritto comune» che promuova i diritti di libertà ed eguaglianza, non già affermare «un diritto speciale, accordato in via derogatoria»¹²⁸; se così fosse, sarebbe disconosciuto in radice il principio pluralista e la diversità di lingua sarebbe adoperata esclusivamente quale elemento di discriminazione. Viceversa, l'obiettivo del legislatore, qualora dovesse rivedere la normativa statale in tema di minoranze linguistiche, dovrebbe essere la condanna delle discriminazioni irragionevoli, reclamando «la tutela del di-

¹²² G. SILVESTRI, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il sindacato e la riforma della Repubblica*, Roma, 1997, 78.

¹²³ Si pensi a quelle leggi regionali che hanno posto l'accento sulla disabilità più che sulla minoranza.

¹²⁴ V., oltre alle definizioni di A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, cit., 193 e F. CAPOTORTI, *op. cit.*, § 568, quella di B. MARZIALE, *La torre di Babele*, cit., 175 per la quale per parlare di minoranza è necessario che sussistano sia «elementi oggettivi (posizione non dominante, inferiorità numerica, condivisione fra i membri del gruppo di un comune patrimonio religioso, etnico, culturale, linguistico ecc.)», sia «elementi soggettivi (volontà di appartenere al gruppo e di conservarne i tratti distintivi)».

¹²⁵ V. PIERGIGLI, *Rileggendo l'opera di Alessandro Pizzorusso sulle minoranze linguistiche: le “nuove minoranze” tra identità e integrazione*, in P. CARROZZA, V. MESSERINI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, A. SPERTI, R. TARCHI (a cura di), *op. cit.*, 93. Tanto è vero che la Convenzione ONU del 2006 tutela i sordi in quanto disabili e appartenenti a una minoranza linguistico-culturale.

¹²⁶ F. CAPOTORTI, *op. cit.*

¹²⁷ E. PALICI DI SUNI, *Unitarietà della Repubblica*, cit., 656-657.

¹²⁸ A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, cit., 171.

ritto delle minoranze» affinché possano «valorizzare i propri caratteri differenziali»¹²⁹ senza l'assimilazione delle minoranze alla maggioranza.

Sebbene il contributo della l. 482/1999 sia (stato) fondamentale, la tutela delle minoranze linguistiche non può «dimenticare» il mutato contesto costituzionale a seguito della riforma del Titolo V e dei pronunciamenti della Corte costituzionale sempre più indirizzati a dichiarare che la norma contenuta nell'art. 6 Cost. non può essere circoscritta alla salvaguardia delle sole minoranze «storiche».

Partendo dall'assunto che la citata legge «non esaurisce la disciplina sollecitata dalla notoria presenza di un assai più ricco e variegato pluralismo culturale e linguistico»¹³⁰, anche la Consulta sembra ammettere una nozione ampia di idioma minoritario¹³¹. L'art. 6 Cost. si rivolge peraltro a «qualunque collettività» che, «di fatto», presenti peculiarità «linguistiche tali da giustificare la sua tutela»¹³² e, richiamando le considerazioni svolte in ordine agli articoli 2 e 3 della Carta del '48, si ritiene che il legislatore debba muoversi nella direzione che consente di superare il rigidismo della legge del 1999 perché le misure di tutela negativa sono «insufficient[i] e non pienamente idone[e]»¹³³ a tutelare le minoranze non storiche, quindi anche la LIS.

L'art. 6 Cost. esprime infatti «una più ampia e articolata garanzia delle identità e del pluralismo culturale, i cui principi debbono ritenersi applicabili a tutte le minoranze»¹³⁴; la norma non è cioè ferma alle previsioni del Costituente o del legislatore del 1999 perché il principio pluralista prevede «il riconoscimento e la tutela di tutte quelle comunità volontarie, ristrette e differenziate dal resto della popolazione» composte «da persone che condividono la medesima lingua e un proprio patrimonio di valori storici e culturali»¹³⁵. A tal fine, la positivizzazione dell'art. 6 Cost. all'interno di un testo legislativo di rango statale varrebbe a promuovere e tutelare anche le minoranze non storiche, quelle diffuse, posto che l'obiettivo promosso dai Costituenti attraverso l'art. 6 Cost. era «valorizza[re]» le «comunità particolari»¹³⁶ passando dall'imprescindibile promozione della persona situata nella società che si forma e si sviluppa solo intrattenendo relazioni con gli altri¹³⁷.

Com'è noto, il costituzionalismo contemporaneo, forte dei diritti inviolabili dell'uomo e del «contemperamento delle diverse aspirazioni degli individui e dei gruppi sociali»¹³⁸, tutela le minoranze attraverso il riconoscimento delle diversità per cercare di costruire, attraverso la promozione dell'eguaglianza sostanziale¹³⁹, «una società effettivamente aperta, inclusiva»¹⁴⁰.

¹²⁹ *Ivi*, 180.

¹³⁰ Corte cost., sent. n. 88 del 2011.

¹³¹ *V. supra* § 3.

¹³² A. PIZZORUSSO, *La tutela delle minoranze linguistiche nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Città&Regione*, 3, 1980, 36,

¹³³ V. PIERGIGLI, *Lingue e minoranze*, cit., 143. Così anche A. PIZZORUSSO, *Art. 6 Cost.*, cit., 308; G. LATTANZI, *op. cit.*, *passim*; Corte cost., sent. n. 88 del 2011.

¹³⁴ Corte cost., sent. n. 81 del 2018.

¹³⁵ V. PIERGIGLI, *Rileggendo l'opera*, cit., 103.

¹³⁶ A. SPERTI, *op. cit.*, 65.

¹³⁷ V. A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, cit., 176 ss.

¹³⁸ A. PIZZORUSSO, *Minoranze etnico-linguistiche*, cit., 540.

¹³⁹ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Libertà di lingua e diritto all'uso della lingua materna nel sistema costituzionale italiano*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, 305 ss.; L. PALADIN, *op. cit.*, 283 ss.

¹⁴⁰ V. PIERGIGLI, *Art. 6 Cost.*, cit., 130.

Nell'«età della “crisi”» dei diritti¹⁴¹ il compito affidato alla Repubblica è certamente difficile, ma quanto mai necessario «per non smarrire i valori della uguaglianza e della democrazia» e «per garantire i principi dello Stato di diritto e del pluralismo, compreso quello linguistico e culturale, sui quali si fonda la Costituzione»¹⁴².

Come si è cercato di dimostrare, anche in relazione al tipo di eguaglianza più risalente, quella «secondo la quale, diversi in tutto, siamo comunque tutti eguali davanti alla legge», il principio risulta oggi «appannato» e difficile da salvaguardare perché sono sempre più diffusi gli espedienti volti a ridurre gli spazi di tutela – e con essi la dignità – delle porzioni più deboli della popolazione¹⁴³. La legislazione più recente si è contraddistinta infatti per «una corsa ad ostacoli» verso la «semplificazione» e l'«impoverimento dei meccanismi necessari per la piena ed effettiva esplicazione del principio di eguaglianza»¹⁴⁴. Per contro, i legislatori regionali sono stati in grado di dimostrare grande sensibilità al tema realizzando un ricco e variegato meccanismo di tutela della posizione giuridica delle persone sorde, favorendo altresì la relativa inclusione nella società. Questo dimostra che la Repubblica è ancora viva e vitale e che la formulazione dell'articolo 6 della Costituzione – che ai sensi dell'art. 114 Cost. è espressione di un «assetto policentrico»¹⁴⁵ della forma di Stato – è ancora pienamente in grado di esplicare i propri effetti.

Tanto è vero che sono state proprio le Regioni a comprendere il valore di fondo dell'art. 3, primo comma, Cost. che non rappresenta «un fine in sé e per sé» quanto piuttosto «un limite che impone il perseguimento di altre finalità costituzionalmente apprezzabili»¹⁴⁶ – fra cui l'adozione di normative *ad hoc* per la tutela delle minoranze – in grado di legittimare le differenziazioni che, altrimenti, la norma vieterebbe. Ne discende allora che ai sensi dell'art. 3, primo comma, Cost., è incostituzionale ogni discriminazione che non sia giustificata dal perseguimento di interessi costituzionali, mentre il secondo comma consente una produzione normativa specifica, purché volta ad assicurare il fine (costituzionale) della parità materiale.

La struttura della nostra forma di Stato ha dimostrato, in un campo gravido di difficoltà e in totale assenza di una legge quadro, la vitalizzante forza espansiva dei principi immanenti la Repubblica. Proprio l'articolazione “multilivello” della forma di Stato ha permesso di comprendere l'essenza del principio che promuove la tutela delle minoranze linguistiche.

Inoltre, se l'art. 3, primo comma, Cost. pone un obbligo negativo al legislatore, l'art. 6 Cost. ne pone uno positivo perché «consente – sia pure seguendo l'indirizzo dell'art. 2 [...] nonché dell'art. 3 comma 2 – di creare situazioni di privilegio favorevoli per le lingue diverse da quella ufficiale»¹⁴⁷. La *ratio* dell'art. 6 Cost. è cioè la tutela dei gruppi e non dei territori – ecco la differenza rispetto al principio di eguaglianza di lingua – le cui caratteristiche sono rappresentate dalla consistenza numerica del gruppo, dalle tradizioni costituzionali comuni (l'appartenenza) e dalla «necessità di conservare la

¹⁴¹ A. APOSTOLI, *Dignità della persona*, cit., 232; v. anche A. CELOTTO, *L'età dei (non) diritti*, Cesena, 2017.

¹⁴² V. PIERGIGLI, *Art. 6 Cost.*, cit., 130.

¹⁴³ A. APOSTOLI, *Dignità della persona*, cit., 233.

¹⁴⁴ A. APOSTOLI, *A proposito delle più recenti pubblicazioni sull'uso della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2018, 40.

¹⁴⁵ L. PANZERI, *Le prospettive di tutela*, cit., 981.

¹⁴⁶ A. AGRÒ, *Il principio di eguaglianza formale*, in G. BRANCA (a cura di), *op. cit.*, 134.

¹⁴⁷ L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XIV, 1965, 520.

propria integrità»¹⁴⁸. Peraltro, il principio di eguaglianza sostanziale affida, in generale, alla Repubblica – e per essa al legislatore – il compito di rimuovere gli ostacoli che di fatto limitano la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, mentre il principio che tutela le minoranze linguistiche prescrive, in particolare, il compito di adottare una normativa puntuale che riconosca, promuova e tuteli solo quelle specifiche minoranze¹⁴⁹.

La questione dei diritti fondamentali e della relativa tutela coinvolge, com'è noto, le fondamenta dell'ordinamento giuridico e «la loro sostanziale resistenza»¹⁵⁰ interseca la dimensione politica dello stesso. Quest'ultima, a sua volta, è «oggetto di limiti posti dal diritto»¹⁵¹, i quali «si determinano sull'idea che le garanzie costituzionali – costruite anche attraverso la categoria dei diritti inviolabili – costituiscono una cornice ineliminabile entro cui stabilire le tappe per mantenere un ordinamento plurale, libero ed equo»¹⁵². Ne discende allora che la discrezionalità legislativa è ampia ma comunque sempre limitata dal riconoscimento dei principi sanciti in Costituzione perché essi esigono di «trovare realizzazione in un processo, aperto e pluralistico, di attuazione della politica costituzionale»¹⁵³.

Sono queste le ragioni che spingono a ritenere non più procrastinabile un intervento precipuamente diretto a dare una “nuova vita” all'art. 6 Cost. A tal fine, il legislatore dovrebbe intervenire o in riforma della l. 482/1999 o in adozione di una nuova legge statale che prenda in considerazione anche la LIS¹⁵⁴, pur lasciando liberi i legislatori regionali di prevedere meccanismi e modelli di tutela diversamente articolati, purché non scendano al di sotto del livello minimo, essenziale e omogeneo di tutela fissato dal legislatore statale¹⁵⁵.

In particolare, la positivizzazione in un testo legislativo *ad hoc* della norma prevista dall'art. 6 Cost. con riguardo ai sordi potrebbe soddisfare l'esigenza di un'eguaglianza sostanziale che rinvigorisca l'art. 3, primo comma, Cost. e che dia pieno riconoscimento ai diritti inviolabili, al principio pluralista e a quello solidarista. Potrebbe bensì garantire i diritti di inclusione, cittadinanza e partecipazione di coloro che comunicano con una lingua minoritaria perché consente di affermare «un *animus* comunitario»¹⁵⁶ fra le persone che parlano una stessa lingua, un senso di appartenenza comune al gruppo

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Lingue (uso delle)*, in *Nss. Dig. It.*, IX, Torino, 1957, 305.

¹⁵⁰ A. APOSTOLI, *La giustiziabilità*, cit., 134.

¹⁵¹ M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, 247.

¹⁵² A. APOSTOLI, *La giustiziabilità*, cit., 135.

¹⁵³ A. APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2018, 29.

¹⁵⁴ Ponendo l'attenzione sulla situazione di stress in cui sono attualmente sottoposti i diritti delle persone più vulnerabili, non è possibile negare che benché i legislatori regionali abbiano adottato discipline fondamentali per la tutela della relativa posizione giuridica e sociale, le stesse si sono rivelate insoddisfacenti nel contesto dell'emergenza sanitaria. Le condizioni di vulnerabilità sono infatti rimaste in una zona d'ombra anche a causa del difficile raccordo fra centro e periferia. Probabilmente la causa dello stress cui continuano a essere sottoposti i diritti dei sordi trova fondamento nella scarsa attenzione del legislatore nell'attuare i principi costituzionali delle minoranze e perciò anche nella tutela delle formazioni sociali.

¹⁵⁵ Cfr. in questo senso G.M. FLICK, *Nuovi diritti fondamentali e ruolo delle Regioni*, in *Quad. cost.*, 1, 2009, 15 ss.; L. PANZERI, *Le prospettive di tutela*, cit., 999.

¹⁵⁶ A. SPERTI, *L'attualità della riflessione di Alessandro Pizzorusso sul tema della tutela delle minoranze linguistiche*, in P. CARROZZA, V. MESSERINI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, A. SPERTI, R. TARCHI (a cura di), *op. cit.*, 66.

che, per salvaguardare la propria lingua e le caratteristiche culturali, esige – e non potrebbe non farlo – misure puntuali.

Se la lingua italiana dei segni fosse riconosciuta come una lingua *tout court* sarebbe possibile superare la concezione per la quale la LIS è un idioma adoperato da poche persone (implicitamente ritenute svantaggiate) e comunque da una cerchia ristretta di soggetti che, per qualche motivo, si trovano a comunicare senza avvalersi della lingua orale. Di conseguenza, verrebbe meno il rischio di «ghettizza[re]»¹⁵⁷ la minoranza sorda, la quale è già tendenzialmente esclusa dalla maggioranza¹⁵⁸. La comunità sorda, come si è cercato di dimostrare, costituisce una minoranza linguistica «in continua relazione con una maggioranza udente che controlla le politiche che la riguardano» e che «tende a considerare la sordità come un problema medico», minimizzando così «l'importanza della lingua dei segni»¹⁵⁹.

Sembra piuttosto opportuno un mutamento della percezione sociale e politico-istituzionale, perciò anche culturale¹⁶⁰, della sordità perché la LIS è uno strumento imprescindibile per la piena partecipazione alla vita comunitaria dei sordi e, siccome garantisce l'accessibilità ai servizi pubblici e all'informazione, «agevola la loro inclusione nella società»¹⁶¹. Un riconoscimento omogeneo su tutto il territorio nazionale si paleserebbe dunque come «una garanzia per la salvaguardia dei diritti umani, delle pari opportunità, della dignità e del rispetto anche dei diritti dei sordi»¹⁶².

Tale riconoscimento sarebbe un valido strumento per favorire la crescita culturale della Repubblica (art. 9 Cost.)¹⁶³: infatti, includere fra i beni culturali anche la lingua può rappresentare una delle vie per «il riconoscimento sociale» delle persone sorde, ovvero (la valorizzazione) delle diversità natu-

¹⁵⁷ V. MIGLIOSI, *op. cit.*, 137.

¹⁵⁸ Cfr. il parere del 15 febbraio 2012 della Commissione cultura della Camera dei deputati sulla proposta di legge C. 4207 che, dimentica dei principi costituzionali e della Convenzione ONU, ha espresso parere contrario al riconoscimento della proposta di legge affermando che il riconoscimento della LIS quale idioma minoritario avrebbe comportato «più che [una] inclu[sione] [de]i non udenti nella società», una «esclu[sione], precludendo loro di esprimersi attraverso la stessa lingua circolante».

¹⁵⁹ S. FONTANA, *Traduzione e traducibilità tra lingue dei segni e lingue vocali*, in *RIFL/SFL*, 3, 2014, 102.

¹⁶⁰ Com'è stato sostenuto, sarebbe opportuno dar vita a un progetto culturale che porti «il nostro Paese, la nostra giovane democrazia, a ritrovare la capacità di risolvere i problemi della collettività nel pieno rispetto dei principi del costituzionalismo democratico e della sovranità popolare». Le ragioni della parità linguistica «hanno necessità di essere ancorate a un programma più vasto e ambizioso di quello basato esclusivamente sulla giustizia e sugli interessi di una parte della collettività» (A. APOSTOLI, *Rappresentanza paritaria o duale?*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI [a cura di], *70 anni dopo, tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto di genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, 2019, 64).

¹⁶¹ V. MIGLIOSI, *op. cit.*, 137.

¹⁶² *Ivi*, 137-138.

¹⁶³ Cfr. P. BARILE, *op. cit.*, 38-39. Sull'importanza della lingua quale «patrimonio da preservare e tramandare alle generazioni» V. PIERGIGLI, *Lingue e minoranze*, cit., 132-133; A. PIZZORUSSO, *Il pluralismo linguistico*, cit., 20 ss.; ID., *Libertà di lingua e diritti linguistici: una rassegna comparata*, in *Le Regioni*, 6, 1987, 1340; ID., *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, cit., 124-126; ID., *Minoranze e maggioranze*, cit., 200-202; ID., *Diritto della cultura e principi costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, 327-331; G. LATTANZI, *op. cit.*, 9; F. PACINI, *Lingua, diritto e diritti. Fenomeni compositi e pluralismo costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2017, 11-12.

ralmente intestine all'interno della società, permettendo così «la interiorizzazione del pluralismo linguistico come valore collettivo»¹⁶⁴.

Superando il rigidismo della l. 482/1999 e attuando una politica di effettiva inclusione delle persone sorde nelle dinamiche sociali, politiche ed economiche della società, si potrebbe raggiungere quello spirito comunitario¹⁶⁵ implicito nell'art. 6 Cost. e diretto ad assicurare la pari dignità sociale di tutti i membri della famiglia umana.

L'importanza del riconoscimento della LIS non esaurirebbe dunque nel suo essere "patente" di cittadinanza per i sordi, ma si porrebbe altresì quale strumento di affermazione della «"responsabilità sociale"», ovvero delle «scelte legislative» con cui «attenuare le disuguaglianze sociali»¹⁶⁶, arrivando a riformulare i rapporti «tra singolo e comunità, tra comunità, società e Stato». In questo modo sarebbe rafforzata la «garanzia dei diritti fondamentali» e sarebbe introdotto il «vincolo di socialità», accanto alla «previsione di interventi correttivi dei pubblici poteri»¹⁶⁷ per favorire lo sviluppo della persona umana e la partecipazione di tutti alle vicende del Paese.

Infatti, se la società non impara a con-vivere con persone diverse (ma entro una fondamentale uguaglianza) e se non prende coscienza della portata distruttiva dei diritti vantati dai "soggetti forti" nei confronti di quelli "deboli" – «nel mondo che ha un solo confine che cinge l'intera umanità» – si finirà con l'annientare tutti coloro che vivono «con noi e vicino a noi»¹⁶⁸ perché percepiti come diversi.

Al contrario, non esiste un "dogma di umanità" ma «un "umano comune"»¹⁶⁹ che necessita del riconoscimento di differenti culture ed esigenze sociali dimodoché siano assicurati diritti inviolabili e l'integrazione di tutti nella società.

¹⁶⁴ A. SPERTI, *op. cit.*, 68. Cfr. anche L. PANZERI, *La tutela dei diritti linguistici nella Repubblica delle autonomie*, Milano, 2016, 331 ss.

¹⁶⁵ In questo modo sarebbe possibile far comprendere alla maggioranza che la lingua da essi adoperata è «soltanto una delle possibili forme di espressione e che essa non è né migliore, né peggiore delle altre», A. PIZZORUSSO, *Libertà di lingua e diritti linguistici: una rassegna comparata*, in *Le Regioni*, 6, 1987, 1345.

¹⁶⁶ A. APOSTOLI, *La svalutazione*, cit., 149.

¹⁶⁷ P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato*, Bari, 1998, 148.

¹⁶⁸ G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 79-80.

¹⁶⁹ V. ONIDA, *Costituzioni e costituzionalismo*, cit., 474.

Telemedicina e diritto alla salute in carcere: stato dell'arte, rischi e opportunità

Carlo Botrugno*

TELEMEDICINE AND RIGHT TO HEALTH IN PRISON: STATE-OF-ART, RISKS AND OPPORTUNITIES

ABSTRACT: The introduction of telemedicine services in prison represents a fundamental opportunity to improve healthcare access by inmates and detainees, and thus to enhance the effectiveness of right to health. However, while in the US a number of penitentiaries are already offering remote healthcare assistance, the overall interest towards the development of telemedicine in prison in Europe is still scarce. As for the Italian context, the few attempts made at political level to foster the spread of telemedicine in prison have been ineffective. In addition, initiatives reported in this field are not adequately supported, which is a main hindrance to their stabilization in the routine practice. In this essay, the state-of-the-art in the field is drafted and an overview of the main risks and benefits of telemedicine in prison is provided. A specific attention is paid to the Italian situation, especially in the light of the implications posed by the advent of the health emergency provoked by CoViD-19 outbreak.

KEYWORDS: Telemedicine, prison, right to health, correctional healthcare, ICTs in healthcare

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Perché la telemedicina in carcere? – 3. Lo stato dell'arte della telemedicina in carcere – 3.1. La situazione nel contesto nazionale – 4. Carcere e telemedicina: un rischio di “disumanizzazione”? – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

L'effettivo godimento dei diritti fondamentali da parte della popolazione detenuta rappresenta uno dei maggiori problemi che affliggono l'organizzazione dei sistemi penitenziari contemporanei. Fra tali diritti, una posizione particolare spetta al diritto alla salute, la cui effettività appare “istituzionalmente” compromessa dalla condizione di privazione della libertà personale¹. Invero, nonostante sulla carta – la *law in the books* – persone detenute e internate abbiano diritto «al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione delle prestazioni di prevenzione, dia-

* *Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Firenze e Coordinatore del Research Unit on Everyday Bioethics and Ethics of Science (RUEBES). Mail: carlo.botrugno@gmail.com. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

¹ A. CHARLES, H. DRAPER, 'Equivalence of care' in prison medicine: Is equivalence of process the right measure of equity?, in *J Med Ethics*, 38, 2012, 215-218; Nazioni Unite, *Nelson Mandela Rules*, 2015, consultabile presso https://www.un.org/en/events/mandeladay/mandela_rules.shtml.

gnosi, cura e riabilitazione, efficaci ed appropriate»², di fatto, le carenze del sistema penitenziario, in uno con quelle proprie del sistema sanitario – la *law in action* – provocano “discriminazioni multiple” nell’accesso ai servizi sanitari a danno delle persone detenute. Il subentro del Ministero della Salute al Ministero della Giustizia quale ente responsabile dell’organizzazione ed erogazione delle attività di cura in carcere³ – e quindi della garanzia del diritto alla salute alla popolazione detenuta – per quanto a lungo auspicato, non sembra aver sortito gli effetti sperati, avendo inoltre lasciato irrisolte alcune importanti questioni⁴, soprattutto per quanto concerne il trattamento dei soggetti affetti da patologie di natura psichiatrica⁵. A questo proposito, va messo in evidenza che, insieme alle patologie di natura infettiva, le infermità psichiche sono di gran lunga più ricorrenti all’interno del carcere di quanto lo siano presso la popolazione in libertà⁶. Ne consegue che, almeno in talune aree, la richiesta di prestazioni sanitarie in carcere sia maggiore di quanto lo sia all’esterno⁷.

Un altro fattore che va considerato in questo contesto è l’invecchiamento della popolazione detenuta, il che si traduce in un significativo incremento del bisogno di assistenza sanitaria in carcere. Oltre a rappresentare una sfida per l’organizzazione dell’assistenza sanitaria, l’invecchiamento della popolazione detenuta incide in maniera determinante sui costi della stessa. A questo proposito, infatti, è stato stimato che «i detenuti più anziani contribuiscono in una misura che va dal doppio al triplo dei costi per l’assistenza sanitaria in carcere. Per converso, l’invecchiamento non è la sola ragione per cui tali costi sono in continuo incremento»⁸.

Oltre a vivere in condizioni deteriori rispetto a quelle dei cittadini in libertà – e quindi, a essere maggiormente esposti ai determinanti sociali di malattia –, il mantenimento e la cura dello stato di benessere fisico, psichico e sociale dei detenuti appare gravemente ostacolato dall’insufficienza e dall’inadeguatezza dei servizi disponibili, tanto all’interno quanto all’esterno delle istituzioni peniten-

² Art. 1, d.lgs. n. 230/1999, “Riordino della medicina penitenziaria, a norma dell’articolo 5 della legge 30 novembre 1998, n. 419”, considerato come la Magna Charta del diritto alla salute in carcere (così E. SANTORO, *Diritto alla salute e prevenzione in carcere: problemi teorici e pratici di gestione del coronavirus negli istituti di pena*, in *La Legislazione Penale*, 2020, consultabile presso <http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2020/05/E.-Santoro-Opinioni.pdf>).

³ Il passaggio di competenze è stato avviato per mezzo del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito in legge del 17 febbraio del 2012, n. 9, e infine integrato da una serie di provvedimenti successivi.

⁴ Si veda la relazione finale agli Stati Generali dell’Esecuzione Penale, tenutisi a Roma, 18-19 aprile 2016, consultabile presso https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page?previousPage=mg_2_19. In particolare, si veda il par. 5.1, denominato “L’incompiuto processo di riforma della medicina penitenziaria”, 26.

⁵ A questo proposito si veda più estesamente G. CAPUTO, *La salute incarcerata tra cura, diritto e giustiziabilità*, in C. BOTRUGNO, G. CAPUTO, *Vulnerabilità, carcere e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca sul diritto alla salute*, 2020, Firenze, 30 ss. Con riferimento al passaggio di competenze, tuttavia, G. CAPUTO fa opportunamente notare che «la garanzia della salute dei reclusi è parte di un sistema complesso in cui si intrecciano una pluralità di segmenti organizzativi e di azioni, al contempo reattive e proattive, che vedono la necessaria compartecipazione e la corresponsabilità di entrambe le amministrazioni» (*ivi*, 33).

⁶ M.R. GUALANO, F. BERT, V. ANDRIOLO, M. GROSSO, D. MINNITI, R. SILIQUINI, *Use of telemedicine in the European penitentiaries: Current scenario and best practices*, in *The European Journal of Public Health*, 27, 1, 2016, 30.

⁷ W. JAIME, E. HINTON, *Effectiveness of telehealth on correctional facility health care: a systematic review protocol*, in *JBI Database of Systematic Reviews and Implementation Reports*, 15, 5, 2017, 1257.

⁸ *Ibid.*

ziarie, ciò che si traduce, a sua volta, in un ulteriore deterioramento delle loro condizioni di vita⁹. Questa spirale patogena, infatti, suggella la definitiva degradazione del diritto alla salute in carcere, con effetti negativi che possono perdurare anche molto oltre il termine della pena detentiva, ripercuotendosi sull'intero arco vitale, alla stregua di un autentico stigma¹⁰.

La drammaticità dell'emergenza sanitaria scaturita dalla diffusione del CoViD-19 ha riproposto con forza la questione dell'effettività del diritto alla salute in carcere, e in particolare, l'inclusione delle attività di prevenzione, troppo spesso neglette da un sistema penitenziario non sempre in grado di garantire un accesso adeguato alle cure essenziali¹¹, nonché connotato, come tristemente noto, da una persistente condizione di sovraffollamento¹². Come noto, tale condizione è stata sanzionata dalla Corte Europea per i diritti dell'uomo a partire dalla sentenza Torreggiani¹³, che «nel riconoscere il carattere sistemico e strutturale del sovraffollamento carcerario, aveva ritenuto ineffettivo il sistema di tutela giurisdizionale esistente e imposto allo Stato italiano di istituire, entro 1 anno dalla condanna, “un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario”»¹⁴.

A questo proposito, le misure adottate dal d.l. n. 18 del 17 marzo 2020¹⁵ nel tentativo di ridurre il numero complessivo di presenze in carcere hanno avuto un impatto poco significativo sulla consistenza della popolazione detenuta¹⁶. Ciò ha pregiudicato qualsiasi tentativo di porre in essere misure

⁹ In questo senso anche il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere*, 2019, consultabile presso <http://bioetica.governo.it/italiano/documenti/pareri-e-risposte/salute-mentale-e-assistenzapsichiatrica-in-carcere/>. Si veda inoltre lo studio effettuato da G. CAPUTO 2020, *Disagio psichico e carcerazione: uno studio su frequenza e distribuzione del disagio psichico in base a variabili socio-anagrafiche e giuridiche*, in C. BOTRUGNO, G. CAPUTO, *Vulnerabilità, carcere e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca sul diritto alla salute*, 2020, Firenze, 228-281.

¹⁰ Il riferimento è allo stigma di cui alla celebre opera di E. GOFFMAN, *Stigma. L'identità negata*, tr. it., 2018 (1963), Milano.

¹¹ E. SANTORO, *Diritto alla salute e prevenzione in carcere: problemi teorici e pratici di gestione del coronavirus negli istituti di pena*, cit.

¹² CONSIGLIO D'EUROPA, *Prison overcrowding persists in Europe*, Press release, 2014, consultabile presso <http://tinyurl.com/gnso4nf>; J. GARCIA-GUERRERO, A. MARCO, *Overcrowding in prisons and its impact on health*, in *Rev Esp Sanid Penit*, 2012, 14, 106-113.

¹³ CORTE EDU, *Torreggiani e altri c. Italia*, n. 43517/09 dell'8 gennaio 2013.

¹⁴ G. CAPUTO, *La salute incarcerata tra cura, diritto e giustiziabilità*, cit., 36. In fatto di sovraffollamento carcerario, va detto che l'orientamento adottato dalla Corte EDU, in particolare nella sentenza *Muršić v. Croatia*, n. 7334/13, del 20 ottobre 2016 ha suscitato un ampio dibattito dottrinale e ha dato vita ad orientamenti contrastanti – anche nella giurisprudenza di merito – sulla delimitazione dello spazio (3 metri) al di sotto del quale la detenzione in cella collettiva sarebbe da considerare come un trattamento inumano e degradante, quindi rientrando nella fattispecie dell'art. 3 della CEDU. Si rinvia, ex multis, al commento di alla sentenza della Corte di Cassazione n. 3117 del 10 gennaio 2017 di R. COLACCI, *Danno da detenzione inumana: la Cassazione torna ad esprimersi sul rimedio ex art. 35-ter Ordinamento Penitenziario*, in *Filodiritto*, 14 marzo 2017; D. GALLIANI, *L'interpretazione conforme a Costituzione e a giurisprudenza costituzionale. Il rimedio risarcitorio ex art. 35 ter ord. pen. applicato ai detenuti in stato di custodia cautelare in carcere*, in *Penale Contemporaneo*, 2017, 3, 333 ss. Per una lettura critica sull'orientamento della Corte EDU si rinvia A. ALBANO, F. PICOZZI, *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza CEDU sul sovraffollamento carcerario: anamorfofi della sentenza “Muršić”*, in *Cassazione Penale*, 7, 8, 2017, 2875-2878..

¹⁵ Si vedano in particolare gli artt. 123 e 124 del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020.

¹⁶ In particolare, come evidenziato da E. SANTORO, *Diritto alla salute e prevenzione in carcere: problemi teorici e pratici di gestione del coronavirus negli istituti di pena*, cit., 3 – a cui si rinvia per un più ampio approfondimento

di prevenzione credibili per il contenimento del contagio, e in particolare, di ripensare la gestione degli spazi in modo tale da consentire ai detenuti di osservare le norme in materia di distanziamento sociale, così come raccomandato dall'OMS all'interno delle raccomandazioni *ad hoc* emanate nel corso dell'emergenza sanitaria¹⁷.

All'interno di questo saggio (in particolare, par. 2) si illustra il potenziale impatto che l'adozione di servizi di telemedicina in carcere potrebbe indurre sull'effettività del diritto alla salute in carcere. Inoltre, si ripercorre lo stato dell'arte in materia (par. 3), da cui emerge una contrapposizione piuttosto netta tra il contesto statunitense, dove si registra l'esistenza di servizi di telemedicina ordinariamente garantiti alla popolazione detenuta, e l'Europa, dove, invece, tali servizi stentano ad affermarsi nell'assistenza di *routine*. A seguire, si fa il punto sull'evoluzione del fenomeno all'interno del panorama nazionale (par. 3.1), tra i tentativi di promuoverne la diffusione intrapresi a livello politico e le iniziative – per lo più di carattere sperimentale – promosse in forma autonoma da alcuni centri d'eccellenza in collaborazione con alcuni istituti penitenziari. Infine, prima di trarre le conclusioni, si illustrano le maggiori insidie che si celano dietro a questa forma di innovazione tecnologica, la cui natura – come pure si sostiene –, è di carattere ambivalente. Ciò richiede la definizione di una *policy* adeguata, che faccia leva su una “prospettiva etica”¹⁸, in modo che la telemedicina possa effettivamente incrementare la fruibilità e migliorare la qualità dell'assistenza sanitaria in carcere, e quindi contribuire al godimento effettivo dei diritti fondamentali da parte della popolazione detenuta.

2. Perché la telemedicina in carcere?

Considerando tanto il contesto generale della sanità penitenziaria, quanto quello più specifico derivante dal recente insorgere della pandemia di CoViD-19, è possibile affermare che l'introduzione di servizi sanitari a distanza, ovvero servizi mediati dalle c.d. tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) può essere considerato uno strumento fondamentale per garantire una maggiore accessibilità all'assistenza in carcere. Fra le dimensioni preminenti all'interno dell'ampio e variegato panorama dei servizi sanitari mediati dalle TIC vi è quella della telemedicina, la quale ricomprende ogni tipo di interazione intercorrente tra un paziente e un professionista sanitario – tipicamente un medico abilitato all'esercizio della professione –, al fine di rendere una prestazione (di natura intellettuale) volta a finalità di prevenzione, diagnosi, tutela e riabilitazione¹⁹. Vale la pena ricordare che

sulle problematiche poste dalla tutela dei detenuti durante l'emergenza sanitaria – ai primi di maggio erano state disposti circa 700 prolungamenti di licenze a detenuti in stato di semilibertà e concesse circa 2700 misure di detenzione domiciliare. Tuttavia, solo una parte di questi provvedimenti è stata emanata sulla base del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, poiché un certo numero è stato emanato sulla base della legge 26 novembre 2010, n. 199, “Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a un anno”.

¹⁷ Oms, *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention*, 2020, consultabile presso https://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf.

¹⁸ Sul tema dell'etica della telemedicina sia consentito rinviare ad alcuni lavori precedenti, tra cui C. BOTRUGNO, *Information Technologies in Healthcare: Enhancing or Dehumanising Doctor-Patient Interaction?*, in *Health*, 25, 4, 2021, 475-493; Id., *Towards an ethics for telehealth*, in *Nursing Ethics*, 26, 2, 357-367.

¹⁹ Per distinguere la telemedicina da ulteriori dimensioni di intervento sanitario a distanza si vedano i criteri adottati all'interno della Comunicazione della COMMISSIONE EUROPEA COM/2008/689, *On telemedicine for the*

questa innovativa dimensione di intervento in sanità si è sviluppata proprio a partire dalla necessità di predisporre assistenza sanitaria tempestiva in situazioni d'emergenza – come disastri naturali (terremoti, inondazioni) –, oppure di intervenire in quelle situazioni in cui l'eccessiva distanza dalla rete dei servizi ospedalieri (soprattutto quelli di carattere specialistico) potesse rappresentare un ostacolo per l'accesso a un'assistenza sanitaria adeguata²⁰. Ciononostante, a partire dagli anni Novanta, la sensibile riduzione del costo delle TIC, unitamente alla loro rinnovata capacità di trasmissione, ha determinato un impulso notevole per lo sviluppo di questi servizi all'interno della pratica medica di *routine*. Nel contesto odierno, caratterizzato dalla pervasiva diffusione delle reti di trasmissione *wireless* e dalla grande accessibilità dei dispositivi di comunicazione mobili – dal più comune *smartphone* sino ai più elaborati sensori indossabili o impiantabili –, l'adozione dei servizi di telemedicina promette di ampliare l'accessibilità dell'assistenza sanitaria e di elevarne la qualità e la celerità, assicurando maggiore continuità assistenziale soprattutto ai pazienti affetti da patologie di natura cronicodegenerativa²¹. In altre parole, la telemedicina promette di rivoluzionare l'organizzazione e il funzionamento dei sistemi sanitari contemporanei, muovendo il focus dell'intervento sanitario dall'ospedale verso il domicilio dei pazienti²².

Com'è facilmente intuibile, questa trasformazione può interessare non solo la popolazione in libertà, ma anche, soprattutto, tutti coloro che di quest'ultima siano stati privati e, guardando allo stato dell'assistenza sanitaria in carcere, forse è il caso di dire, tutti coloro che siano stati privati di una garanzia "piena ed effettiva" del diritto alla salute. A questo proposito, invero, non è superfluo sottolineare come la diffusione delle nuove tecnologie fosse già stata intesa da autorevole dottrina come un'opportunità fondamentale per garantire maggiore effettività ai diritti fondamentali²³. Più in particolare, con riferimento alla telemedicina, la stessa OMS ha affermato che la possibilità di predisporre assistenza sanitaria a distanza permetterebbe di promuovere un nuovo concetto di "cittadinanza sanitaria"²⁴, attraverso cui ridisegnare l'accessibilità ai servizi, soprattutto a vantaggio di coloro che, a

benefit of patients, healthcare systems and society, p. 20. Per un approfondimento sul punto, inoltre, sia consentito rinviare a C. BOTRUGNO, *Telemedicine in daily practice: Addressing legal challenges while waiting for a EU regulatory frame work*, in *Health Policy and Technology*, 2018, 7, 2, 131-136.

²⁰ Non è un caso che sia stata la N.A.S.A., a partire dagli anni sessanta, a finanziare gran parte della ricerca sulla fattibilità tecnologica dei servizi di telemedicina, così come illustrato più ampiamente in C. BOTRUGNO, *Telemedicina e trasformazione dei sistemi sanitari. Un'indagine di bioetica*, 2018, Roma.

²¹ Ciò si evince, tra l'altro, dagli atti di orientamento adottati da parte della Commissione Europea nelle ultime due decadi. Tra questi, in particolare: COM/2004/356, *e-Health. Making Healthcare Better for European Citizens: An Action Plan for a European e-Health Area*; COM/2008/689, *On telemedicine for the benefit of patients, healthcare systems and society*; COM/2012/736, *e-Health Action Plan 2012-2020. Innovative Healthcare for the 21st Century*; COM/2014/219, *Green Paper on mobile Health ("mHealth")*.

²² La letteratura medica favorevole alla telemedicina è pressoché sterminata. A mero titolo esemplificativo, si rinvia a S.A. LEAR, *The delivery of cardiac rehabilitation using communications technologies: The 'virtual' cardiac rehabilitation program*, in *Canadian Journal of Cardiology*, 2018, 34; S. CHAKRABARTI, *Usefulness of telepsychiatry: A critical evaluation of videoconferencing based approaches*, in *World Journal of Psychiatry*, 5, 3, 2015.

²³ In particolare, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, 2012, Roma-Bari.

²⁴ OMS, *Telemedicine. Opportunities and developments in Member States -Report on the Second Global Survey on e-Health*, 2010, Ginevra.

causa di un isolamento sociale e/o territoriale, soffrono di un deficit significativo di assistenza sanitaria, com'è nel caso della popolazione detenuta.

Come sottolineato dalla letteratura disponibile sul tema, l'attivazione dei servizi di telemedicina all'interno degli istituti penitenziari – in collaborazione con le competenti strutture sanitarie all'esterno – può incrementare significativamente il livello d'accesso ai servizi sanitari da parte di detenuti e internati, soprattutto per quanto concerne la diagnostica specialistica e il trattamento delle cronicità²⁵. D'altra parte, i vantaggi associati a questa forma di innovazione tecnologica sono stati accolti positivamente anche dal Comitato Nazionale per la Bioetica, che ha sottolineato l'importanza delle nuove tecnologie come strumento per rendere possibile «il monitoraggio e il consulto specialistico a distanza attraverso l'invio elettronico di esami, dati e immagini a centri di eccellenza, senza dover affrontare tutti i problemi, con i relativi costi e ritardi, del trasporto dei detenuti o dei medici»²⁶. In questa prospettiva, l'attivazione di servizi di telemedicina è stata considerata come un potenziale vettore di cambiamento per l'intero sistema penitenziario, per effetto del quale si potrebbe ridimensionare la stessa percezione sociale della pena detentiva, facendola apparire come «un aspetto, per quanto drammatico e controverso, dello sforzo di adeguarsi alla crescita di civiltà da parte di una società tecnologicamente avanzata e non il residuo ancestrale di una gestione approssimativa della sofferenza e dell'emarginazione»²⁷.

3. Lo stato dell'arte della telemedicina in carcere

Nonostante i benefici associati all'adozione di servizi di telemedicina in carcere, va detto che scarso interesse è stato registrato sinora sul tema, non solo a livello nazionale. L'esame della letteratura internazionale disponibile sul tema offre un'indicazione più strutturata rispetto all'effettivo sviluppo e alla disponibilità dei servizi di telemedicina a beneficio della popolazione detenuta. In particolare, da tale esame si evince che una netta prevalenza di progetti sperimentali e studi condotti negli Stati Uniti, da cui proviene anche l'evocativa espressione *correctional telemedicine*. In particolare, si consideri

²⁵ G. JIMENEZ GALÁN, C. ALIA, M. VEGUE GONZÁLEZ, R.M. GARCÍA BERRIGUETE, F. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.L. GUTIÉRREZ, J.E. LOSA, M. VELASCO, L. MORENO, R. HERVÁS, A. DELGADO IRIBARREN, G.P. GARCÍA CERVIGÓN, *The contribution of telemedicine to hepatitis C elimination in a correctional facility*, in *Rev Esp Enferm Dig*, 111, 7, 2019, 550-555; M. MATEO, R. ÁLVAREZ, C. COBO, J.R. PALLAS, A.M. LÓPEZ, L. GAIT, *Telemedicine: contributions, difficulties and key factors for implementation in the prison setting*, in *Rev Esp Sanid Penit*, 21, 2, 2019, 95-105; B. SENANAYAKE, S.I. WICKRAMASINGHE, L. ERIKSSON, A.C. SMITH, S. EDIRIPPULIGE, *Telemedicine in the correctional setting: A scoping review*, in *Journal of Telemedicine and Telecare*, 24, 10, 2018, 669-675; J.D. YOUNG, M.E. BADOWSKI, *Telehealth: Increasing Access to High Quality Care by Expanding the Role of Technology in Correctional Medicine*, in *J Clin Med*, 6, 20, 2017; S.A. DESLICH, T. THISTLETHWAITE, A. COUSTASSE, *Telepsychiatry in Correctional Facilities: Using Technology to Improve Access and Decrease Costs of Mental Health Care in Underserved Populations*, in *Perm J*, 17, 3, 2013, 80-88; S. AJAMI, A. ARZANI-BIRGANI, *The Use of Telemedicine to Treat Prisoners*, in *J Inform Tech Soft Engg*, 2013, S7, e002; M. BAROLO, *Telemedicina in carcere*, in *e-Health Care*, 2012, 21, 66-67; D. LARSEN B.H. STAMM, K. DAVIS, P.R. Magaletta, *Prison telemedicine and telehealth utilization in the United States: state and federal perceptions of benefits and barriers*, in *Telemedicine Journal and e-Health*, 2004, 10, suppl. 2, S-81-9.

²⁶ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La salute dentro le mura* 2011, 11, consultabile presso <http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/6La%20salute%20dentro%20le%20mura.pdf>.

²⁷ *Ibid.*

che una recente *review*²⁸ ha riportato un totale di 163 pubblicazioni disponibili in quest'ambito a livello globale, delle quali 113 erano relative a servizi attivi o a sperimentazioni di telemedicina in carcere condotte negli Stati Uniti. A questo proposito, va detto che già nel 2002 il *Department of Justice* statunitense aveva pubblicato un rapporto all'interno del quale si faceva il punto attorno a questa forma di innovazione tecnologica²⁹. Al suo interno, oltre a riportare i risultati di uno studio di fattibilità sulla telemedicina in carcere, conclusosi pochi anni prima, il rapporto forniva una serie di raccomandazioni utili all'adozione di tali servizi da parte degli istituti penitenziari statunitensi³⁰. Inoltre, nel 2011, una ricerca condotta dai *Federal Centers for Disease Control and Prevention of Prison Health Care* riportò che 30 dei 45 Stati rispondenti dichiaravano di usare telemedicina in almeno una specialità medica, con una netta prevalenza dei servizi psichiatrici (oltre il 60%) e, a seguire, di quelli dell'area cardiologica (27% circa)³¹.

Tra i numerosi esempi di telemedicina in carcere che possono essere riportati a titolo esemplificativo³², si consideri il servizio di telepsichiatria attivato all'interno del *California Department of Corrections and Rehabilitation Division of Correctional Health Care Services*, il quale fornisce assistenza a 27 prigionieri dello Stato della California, riuscendo così a servire i bisogni di migliaia di detenuti³³. Come è stato sottolineato in letteratura, l'introduzione di questo servizio ha avuto come effetto finale quello di «aumentare la sicurezza pubblica, prevenendo gli spostamenti dei detenuti e riducendone i costi, e incrementato l'effettivo accesso degli stessi ai servizi di assistenza psichiatrica»³⁴.

Tra i vantaggi offerti dalla telemedicina in carcere, all'interno della letteratura statunitense si è evidenziato il fatto di evitare gli spostamenti dei detenuti dall'istituzione penitenziaria ai centri di assistenza ospedalieri. Questi ultimi, invero, sarebbero vissuti dai pazienti stessi come un fattore di disturbo oltreché essere causa di inconvenienti³⁵. Inoltre, è stato sottolineato come tale esperienza possa risultare «altamente stigmatizzante data la costrizione delle manette e la necessaria presenza

²⁸ C. EDGE, G. BLACK, E. KING, J. GEORGE, S. PATEL, A. HAYWARD, *Improving care quality with prison telemedicine: The effects of context and multiplicity on successful implementation and use*, in *Journal of Telemedicine and Telecare*, 2019, versione ahead of print, 1-18, 3.

²⁹ US DEPARTMENT OF JUSTICE, *Implementing Telemedicine in Correctional Facilities*, 2002, consultabile presso <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/190310.pdf>. Si veda anche la *review* di J.D. YOUNG, M.E. BADOWSKI, *Telehealth: Increasing Access to High Quality Care by Expanding the Role of Technology in Correctional Medicine*, cit., e lo studio a cura di K.A. CHARI, A.E. SIMON, C.J. DE FRANCES, *National Survey of Prison Health Care: Selected Findings*, in *National Health Statistic Reports*, 2016, 96.

³⁰ US DEPARTMENT OF JUSTICE, *Implementing Telemedicine in Correctional Facilities*, cit.

³¹ K.A. CHARI, A.E. SIMON, C.J. DE FRANCES, *National Survey of Prison Health Care: Selected Findings*, cit.

³² Si vedano anche i casi del *Texas Tech University Health Sciences Center*, consultabile presso <https://www.ttuhscc.edu/telemedicine/tdcj.aspx>, e quello del *Rikers Island*, nei pressi dell'aeroporto La Guardia a New York, che ha attivato servizi di telemedicina in diverse specialità mediche, a vantaggio delle proprie detenute, consultabile presso <https://www.nychealthandhospitals.org/pressrelease/telehealth-service-launched-for-women-at-rikers-island/>.

³³ S.A. DESLICH, T. THISTLETHWAITE, A. COUSTASSE, *Telepsychiatry in Correctional Facilities: Using Technology to Improve Access and Decrease Costs of Mental Health Care in Underserved Populations*, cit.

³⁴ *Ibid.*, 82 (traduzione dall'originale in inglese).

³⁵ C. EDGE, G. BLACK, E. KING, J. GEORGE, S. PATEL, A. HAYWARD, *Improving care quality with prison telemedicine: The effects of context and multiplicity on successful implementation and use*, cit., 3, (traduzione dall'originale in inglese).

degli agenti penitenziari»³⁶. Alla riduzione degli spostamenti all'esterno all'interno della letteratura si correla anche la possibilità di ottenere cospicui risparmi economici, stimati, secondo alcuni, attorno a una media di 850 dollari per ogni detenuto condotto all'esterno, per un totale di circa 4 milioni di dollari all'anno³⁷. Secondo altri, da un confronto tra i costi della telemedicina e quelli dell'assistenza convenzionale emergerebbe un possibile risparmio di circa 100 dollari per visita (il 60% circa dei costi totali di ogni visita)³⁸. A ciò si aggiunge che l'entità di questi risparmi sarebbe destinata ad aumentare nella misura in cui il costo delle tecnologie utilizzate continua a decrescere³⁹.

Nonostante tali stime positive, va detto che il dibattito sull'efficienza economica dei servizi di telemedicina appare estremamente articolato e sovente inficiato dalla presenza di studi poco accurati a livello metodologico, il che potrebbe anche essere letto in congiunzione all'esistenza di un doppio *bias* in questo settore, il primo dei quali relativo alla pubblicazione di studi che riportano risultati favorevoli, mentre il secondo da ricondurre alle pressioni di carattere politico-istituzionale volte a incentivare i processi di innovazione tecnologica⁴⁰.

Per quanto concerne il contesto europeo, come già anticipato precedentemente, tanto la portata delle evidenze scientifiche disponibili, quanto il livello di interesse registrato nel dibattito politico-istituzionale appaiono estremamente ridotti. Ne sia riprova quanto emerso in uno studio pubblicato nel 2016⁴¹ – uno dei pochi disponibili in quest'ambito a livello europeo –, dove si evidenzia che appena 11 degli allora 28 paesi membri dell'Unione europea potevano vantare servizi di telemedicina attivi a beneficio della popolazione detenuta. Inoltre, lo studio riporta «un basso utilizzo di servizi di telemedicina negli istituti penitenziari europei, nonostante i loro benefici potenziali e la maturità tecnica delle varie applicazioni. Laddove i progetti sono attivi, lo sono su piccola scala, non integrati nell'assistenza sanitaria ordinaria, e quindi l'offerta globale è altamente frammentata»⁴². A ben vedere, queste evidenze stridono con gli ingenti sforzi profusi dalle istituzioni dell'Unione nell'arco degli ultimi due decenni, e in particolare con quelli della Commissione Europea che, sotto l'egida del Mer-

³⁶ *Ibid.*

³⁷ S.A. DESLICH, T. THISTLETHWAITE, A. COUSTASSE, *Telepsychiatry in Correctional Facilities: Using Technology to Improve Access and Decrease Costs of Mental Health Care in Underserved Populations*, cit., 82. I benefici economici della telemedicina sono confermati da consistente letteratura, tra cui, *ex multis*, C. EDGE, G. BLACK, E. KING, J. GEORGE, S. PATEL, A. HAYWARD, *Improving care quality with prison telemedicine: The effects of context and multiplicity on successful implementation and use*, cit., M. MATEO, R. ÁLVAREZ, C. COBO, J.R. PALLAS, A.M. LÓPEZ, L. GAIT, *Telemedicine: contributions, difficulties and key factors for implementation in the prison setting*, cit.; E.S. RAPPAPORT, H. NEAL REYNOLDS, S. BAUCOM, T.M. LEHMAN, *Telehealth Support of Managed Care for a Correctional System: The Open Architecture Model*, in *Telemedicine and e-Health Journal*, 24, 1, 2018.

³⁸ US DEPARTMENT OF JUSTICE, *Implementing Telemedicine in Correctional Facilities*, cit., 7.

³⁹ *Ivi*, 1.

⁴⁰ A questo proposito, sia consentito rinviare alle considerazioni già esposte in C. BOTRUGNO, *Telemedicina e trasformazione dei sistemi sanitari. Un'indagine di bioetica*, cit., soprattutto 58 ss; e *Id.*, *From Divine Healing Powers to the Tyranny of the Virtual Gaze: Medical Practice and the Technological Imperative in Healthcare*, in M. LEONE R. MOHR, P. BRANCO, N. MOHSEN (a cura di) *Tools of Meaning. Representation, Objects, and Agency in the Technologies of Law and Religion*, 2018, Roma, 163-176.

⁴¹ M.R. GUALANO, F. BERT, V. ANDRIOLO, M. GROSSO, D. MINNITI, R. SILIQUINI, *Use of telemedicine in the European penitentiaries: Current scenario and best practices*, cit.

⁴² *Ivi*, 33.

cato Unico Digitale, ha sostenuto in maniera decisa i processi di innovazione tecnologica legati all'introduzione delle TIC nei sistemi sanitari dei paesi membri⁴³.

3.1. La situazione nel contesto nazionale

Nel nostro paese, l'interesse verso lo sviluppo di servizi di telemedicina (fuori dal carcere) è progressivamente cresciuto nell'ultimo decennio, soprattutto grazie all'iniziativa di alcuni centri di eccellenza che hanno iniziato a predisporre le innovative prestazioni a distanza come alternativa alle più convenzionali modalità di assistenza, e nonostante l'assenza di una regolazione specifica delle stesse⁴⁴. A questo proposito, va detto che l'avvento della pandemia ha rappresentato un impulso notevole in quest'ambito, con una proliferazione di servizi di telemedicina su tutto il territorio nazionale – non solo per la gestione dei pazienti affetti da CoViD-19 – e qualche “timido” tentativo di delineare un approccio di carattere globale da parte del Governo⁴⁵, a cui ha fatto seguito, nell'ottobre 2020, l'emanazione delle “Indicazioni Nazionali per l'erogazione di prestazioni in Telemedicina” da parte del Ministero della Salute⁴⁶, che finalmente consentono l'equiparazione giuridica ed economica delle prestazioni a distanza a quelle convenzionali, spianando la strada alla loro diffusione all'interno del SSN.

La promozione delle tecnologie dell'informazione in sanità era già parte della più ampia *e-Health Information Strategy* adottata dal Ministero della Salute nel 2011⁴⁷. Inoltre, il Piano Sanitario Nazionale 2011-2013 aveva ulteriormente rafforzato la centralità di queste tecnologie per stimolare una trasformazione dell'assetto organizzativo del Servizio Sanitario Nazionale⁴⁸. Conseguentemente, l'orientamento favorevole all'adozione di questi servizi aveva permeato l'accordo sancito dalla Conferenza Unificata del 2015 sulle linee guida per l'implementazione delle reti sanitarie regionali e na-

⁴³ Come già descritto in precedenti lavori, tra cui C. BOTRUGNO *La diffusione della telemedicina nella pratica medica ordinaria: verso un'etica ad hoc*, in *Ragion Pratica*, 2016, 1, 185-206. Più di recente, alcune interessanti esperienze in quest'ambito sono state riportate nel Regno Unito, <http://www.airedale-trust.nhs.uk/services/telemedicine/telemedicine-in-prisons/>; in Francia, <https://bit.ly/38x7CUR>; Spagna, <https://bit.ly/2WDPH5o>; e in Portogallo, <https://www.sns.gov.pt/noticias/2017/05/18/telemedicina-para-reclusos/>.

⁴⁴ Nonostante la recente emanazione delle “Indicazioni Nazionali per l'erogazione di prestazioni in Telemedicina” emanate dal Ministero della Salute, rimangono alcuni aspetti critici relativi all'introduzione dei servizi a distanza nella pratica di *routine*, che erano già emersi, d'altronde, nelle “Linee di indirizzo per la telemedicina” emanate nel 2014 da un gruppo di lavoro interno al Consiglio Superiore della Sanità. Come evidenziato altrove a questo proposito (C. BOTRUGNO *La diffusione della telemedicina nella pratica medica ordinaria: verso un'etica ad hoc*, in *Ragion Pratica*, 2016, 1, 185-206), le linee guida contenevano orientamenti contraddittori, e non sono state in grado di guidare le attività di erogazione delle prestazioni a distanza da parte dei professionisti sanitari.

⁴⁵ A questo proposito si rinvia alle considerazioni già svolte in C. BOTRUGNO, *Telemedicina ed emergenza sanitaria: un grande rimpianto per il nostro paese*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2020, Special issue, 691-696.

⁴⁶ Il documento è consultabile presso <https://bit.ly/3k4K5AN>.

⁴⁷ MINISTERO DELLA SALUTE, *National e-Health Information Strategy*, 2011, consultabile presso http://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6_2_2_1.jsp?lingua=italiano&id=1653.

⁴⁸ MINISTERO DELLA SALUTE, *Piano Sanitario Nazionale 2011-2013*, 2011, consultabile presso http://www.socialesalute.it/res/download/181110_per_PSN.pdf.

zionali negli istituti penitenziari⁴⁹. Ai sensi di tale accordo, infatti, si è sancito che spetta alle Regioni, alle Province autonome e alle Aziende sanitarie garantire la promozione e la tutela della salute, possibilmente all'interno delle strutture penitenziarie, e con l'eventuale ausilio «delle tecnologie e delle innovazioni che consentono l'erogazione di servizi a distanza»⁵⁰.

Pochi mesi dopo, nel corso degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, tenutisi nell'aprile del 2016, è stato raccomandato di «valorizzare l'utilizzo della telemedicina all'interno degli istituti penitenziari, sottolineando come la stessa potrebbe da un lato ridurre il numero delle traduzioni ed i relativi costi, e, dall'altro, assicurare le prestazioni sanitarie in tempi più rapidi»⁵¹. A tale raccomandazione ha fatto seguito una convenzione siglata già nell'agosto dello stesso anno tra il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, il Dipartimento della Giustizia minorile, la Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati (DGSIA) e Federsanità Anci, con l'obiettivo di realizzare una «piattaforma di interoperabilità», ovvero un sistema di integrazione di dati per via telematica per rendere possibile la condivisione di informazioni sanitarie e l'erogazione di prestazioni di telemedicina a favore di adulti e minorenni⁵².

L'ultima manifestazione di interesse in quest'ambito è datata febbraio 2018, con la creazione del «Gruppo Nazionale di studio sulla Telemedicina nei Penitenziari», il quale opera nell'ambito del centro di «Telemedicina e nuove tecnologie assistenziali» presso l'Istituto Superiore di Sanità.

A dispetto di tali iniziative, tuttavia, la telemedicina non sembra aver permeato la sanità penitenziaria del nostro paese. Sulla base di un'attività di ricerca preliminare condotta negli ultimi anni, sono stati identificati diversi servizi di telemedicina in carcere attivati all'interno di alcuni istituti penitenziari in collaborazione con centri ospedalieri d'eccellenza⁵³. Nondimeno, tali servizi operano perlopiù in modalità sperimentale, e il loro livello di sviluppo complessivo è ancora molto ridotto.

4. Carcere e telemedicina: un rischio di «disumanizzazione»?

Come già anticipato sopra (par. 1), la diagnosi e il trattamento delle patologie di natura psichiatrica rappresentano uno dei maggiori bisogni nell'ambito della sanità penitenziaria. Da ciò discende che la telepsichiatria possa essere considerata un'area d'elezione primaria per lo sviluppo della telemedici-

⁴⁹ PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, CONFERENZA UNIFICATA, *Accordo sul documento "Linee guida in materia di modalità di erogazione dell'assistenza sanitaria negli istituti penitenziari per adulti; implementazione delle reti sanitarie regionali e nazionali*, seduta del 22/01/2015, Rep. n. 3/CU, pubblicato in GURI, serie generale, n. 64 del 18/03/2015.

⁵⁰ *Ibid.*, art. 2.

⁵¹ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, relazione finale agli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, tenutisi a Roma, 18-19 aprile 2016, cit., 27.

⁵² Cfr. *Convenzione per l'integrazione socio-sanitaria e per la realizzazione all'interno del Servizio sanitario nazionale di una piattaforma informatica di trasmissione dei dati sanitari delle persone detenute per la gestione di un servizio di telemedicina in ambito carcerario (adulti e minorenni)*, 2016, consultabile presso https://www.sanita24.ilssole24ore.com/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANO_SANITA/Online/Oggetti_Correlati/Documenti/2016/08/05/convenzione.pdf?uuid=AD4OqB2.

⁵³ Fra i servizi di telemedicina identificati sul territorio nazionale vi sono quelli attivi presso: Ospedale San Giovanni Addolorata e Casa Circondariale di Roma Regina Coeli; Ospedale San Giovanni Addolorata e Casa Circondariale di Civitavecchia; AUSL Toscana Nord Ovest e Casa Circondariale di Pisa Don Bosco; ASL Lecce e Casa Circondariale di Lecce.

na in carcere. Tuttavia, l'erogazione di prestazioni a distanza in quest'ambito deve scontare il rischio, spesso paventato nella letteratura specializzata sul tema, di una possibile "disumanizzazione" delle attività di cura. Questo rischio assume contorni ancora più marcati se traslato all'interno della realtà penitenziaria, all'interno della quale la volontà, le libertà e i diritti degli individui sono fortemente compressi. E a essere compressa, in particolare, è proprio la libertà di autodeterminazione sanitaria, che sebbene sancita a livello formale, di fatto, in molti contesti risulta impossibile da esercitare per i detenuti⁵⁴.

Con riferimento al rischio disumanizzazione collegato alla telemedicina, va detto che, nonostante questa nozione sia oggetto di molteplici riferimenti in letteratura⁵⁵, la stessa difetta di un'autentica definizione. Si è detto infatti che la telemedicina può avere effetti "desocializzanti" e "disumanizzanti"⁵⁶, il che, evidentemente, si tradurrebbe in un deterioramento dello «spirito originario e più genuino della relazione medico-paziente»⁵⁷. Anche alcuni professionisti sanitari hanno fatto riferimento a questo concetto nell'ambito dell'utilizzo della telemedicina, in particolare, dei servizi di telepsichiatria: «Non so in che modo la terapia possa aiutare la persona se gli si richiede di parlare a una macchina [...] Io credo che i pazienti siano già in uno stato di stress psicologico, per cui chiedere loro di parlare a una videocamera è disumanizzante»⁵⁸.

È evidente, pertanto, che la disumanizzazione delle attività di cura evoca il rischio che la mediazione tecnologica possa inficiare le valenze di umanità (intimità, empatia, prossimità fisica) coesenziali a una "buona comunicazione tra medico e paziente"⁵⁹. Al rischio disumanizzazione, tuttavia, talvolta si affianca, talaltra si sovrappone quello della "depersonalizzazione"⁶⁰, nozione utilizzata soprattutto per evocare l'assenza di contatto fisico che tipicamente connota la fruizione di servizi mediati dalle

⁵⁴ Si vedano a questo proposito le considerazioni svolte da G. CAPUTO, *La salute nella normativa penitenziaria internazionale: un nuovo paradigma riduzionista?*, in C. BOTRUGNO, G. CAPUTO, *Vulnerabilità, carcere e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca sul diritto alla salute*, 2020, Firenze, 204 ss.

⁵⁵ E.H. SHORTLIFFE, *The evolution of electronic medical records*, in *Academic Medicine*, 74, 4, 1999, 414-419; K.A. BAUER, *Home-based telemedicine: a survey of ethical issues*, in *Cambridge Quarterly of Health Care Ethics*, 10, 2001, 137-173; D.A. FLEMING, K.E. EDISON, H. PAK, *Telehealth Ethics. Telemedicine and e-Health*, 8, 2009, 797-803; S.A. ZWIJSEN, A.R. NIEMEIJER, C.M. HERTOOGH, *Ethics of using assistive technology in the care for community-dwelling elderly people: An overview of the literature*, in *Aging & Mental Health*, 15, 2011, 419-427.

⁵⁶ J. MATUSITZ, G.M. BREEN, *Telemedicine: its effects on health communication*, in *Health Communication and New Information Technologies*, 21, 1, 2007, 73-83.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Uno psichiatra intervistato in C. MAY, L. GASK, T. ATKINSON, N. ELLIS, F. MAIR, A. ESMAIL, *Resisting and promoting new technologies in clinical practice: the case of telepsychiatry*, in *Soc Sci & Medicine*, 52, 12, 2001, 1897.

⁵⁹ A questo proposito si rinvia a F.J. HA, N. LONGNECKER, *Doctor-patient communication. A review*, in *The Ochsner Journal*, 10, 2010, 38-43; D. DA GAMA, *La crise de la médecine contemporaine ou la second mort d'Hippocrate*, in *Journal des Maladies Vasculaires*, 5, 26, 2001, 287-289; P. DONATI, *Le trasformazioni del rapporto comunicativo nella relazione interpersonale medico-paziente*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 4, 1984, 547-571; C.L. CAZZULLO, F. POTERZIO, *Paziente e medico: fenomenologia e prassi della relazione terapeutica*, 2007, Roma; C. DOWRICK, *Rethinking the doctor-patient relationship in general practice*, in *Health and Social Care in the Community*, 5, 1997, 11-14.

⁶⁰ Così, per esempio, J.S. SPIEGEL, *The Ethics of Virtual Reality Technology: Social Hazards and Public Policy Recommendations*, in *Sci Eng Ethics*, 24, 5, 2017, 1537-1550; A. van WYNSBERGHE, C. GASTMANS, *Telepsychiatry and the meaning of in-person contact: a preliminary ethical appraisal*, in *Med Health Care and Philos*, 12, 2009, 469-476; E.A. MILLER, *The technical and interpersonal aspects of telemedicine: effects on doctor-patient communication*, in *J Telemed Telecare*, 9, 2003, 1-7.

nuove tecnologie: «il rapporto medico-paziente è divenuto più impersonale dal momento che i medici fanno crescente affidamento a strumenti tecnologici durante i loro incontri con i pazienti. Poiché la telemedicina si basa su tecnologie della comunicazione avanzate, sembra continuare la tendenza verso la depersonalizzazione dell'assistenza sanitaria»⁶¹. In questo senso, si ritiene che le TIC possano fungere da fattore di disturbo – un'interferenza – nello sviluppo di una relazione “personale” tra medico e paziente, data la natura “impersonale” della mediazione tecnologica⁶².

Come anticipato poc'anzi, quest'interferenza può assumere una connotazione specifica nell'ambito dei servizi di telepsichiatria. A questo proposito, alcuni autori, richiamando la tradizione del personalismo in bioetica, hanno sostenuto che la mancanza di contatto fisico tra paziente e medico deve essere intesa alla stregua di un “ostacolo morale”, e che la stessa conduce inevitabilmente a depersonalizzazione dell'assistenza⁶³. In questa prospettiva, si è addotto che gli esseri umani «sono esseri sensibili, capaci di percepire il loro mondo attraverso il tatto, l'olfatto, l'udito, la vista, e il linguaggio. La perdita di uno o più di queste capacità ci lascia in uno stato di vulnerabilità e minaccia di diminuire la nostra fiducia»⁶⁴.

Per converso, altri autori hanno preso ispirazione da una prospettiva psico-sociale molto nota nella letteratura specializzata, rivolta a soppesare gli effetti della mediazione tecnologica sulla comunicazione umana⁶⁵. Il ricorso a questa prospettiva ha permesso di giungere alla conclusione che la telemedicina contribuisce all'instaurazione di una “presenza sociale” tra i partecipanti all'interazione remota⁶⁶. Più precisamente, questo concetto è stato definito come «il complesso di azioni e la consapevolezza che risulta dal fatto di *esserci*, ovvero di essere presenti e di avere determinate possibilità e modalità di influenzare la comunicazione»⁶⁷. Altri ancora hanno definito il concetto di presenza sociale come il “grado di salienza” attraverso il quale ogni partecipante percepisce l'altro nel corso dell'interazione virtuale⁶⁸. Questi autori, pertanto, rigettano l'idea degli effetti disumanizzanti della telemedicina, sostenendo, invece, che il suo utilizzo possa aumentare la qualità dell'assistenza e contribuire ad alleviare il senso di disagio avvertito da alcuni pazienti nell'ambito dei trattamenti dell'area psichiatrica⁶⁹.

⁶¹ E.A. MILLER, *The technical and interpersonal aspects of telemedicine: effects on doctor-patient communication*, 2.

⁶² *Ibid.*

⁶³ A. van WYNSBERGHE, C. GASTMANS, *Telepsychiatry and the meaning of in-person contact: a preliminary ethical appraisal*, cit., 471.

⁶⁴ *Ibid.*, 473 (traduzione dall'originale in inglese).

⁶⁵ Quella elaborata da J. SHORT, E. WILLIAMS, B.T. CHRISTIE, *The Social Psychology of Telecommunications*, 1976, Londra.

⁶⁶ S. TACHAKRA, R. RAJANI, *Social presence in telemedicine*, in *J Telemed Telecare*, 8, 4, 2002, 226-230; S.R. ARAGON, *Creating social presence in online environments*, in *New Direction for Adults & Continuing Education*, 100, 2003, 57-69.

⁶⁷ S. TACHAKRA, R. RAJANI, *Social presence in telemedicine*, cit., 226 (traduzione dall'originale in inglese).

⁶⁸ S.R. ARAGON, *Creating social presence in online environments*, cit., 59.

⁶⁹ S. TACHAKRA, R. RAJANI, *Social presence in telemedicine*, cit.; H. MAHMOUD, E. VOGT, *Telepsychiatry: an Innovative Approach to Addressing the Opioid Crisis*, in *Journal of Behavioral Health Services & Research*, 46, 4, 2019, 680-685.

5. Conclusioni

L'emergenza sanitaria innescata dalla diffusione del CoViD-19 ha impresso un'accelerazione notevole alla transizione verso il digitale di gran parte delle relazioni sociali e professionali. Tali dinamiche accrescono il disappunto per lo scarso interesse mostrato da parte dei governi che si sono succeduti nelle ultime due decadi sul tema della telemedicina in carcere. Al netto dei suoi limiti e delle questioni che il suo utilizzo solleva da un punto di vista etico, oggi la telemedicina in carcere avrebbe rappresentato uno strumento utile per consolidare l'assistenza sanitaria a beneficio della popolazione ristretta. In particolare, la telemedicina avrebbe agevolato le attività di *screening* all'interno degli istituti penitenziari, consentendo l'accesso a un *triage* tempestivo ai detenuti con sintomatologia compatibile con l'infezione. Al contempo, il ricorso ai servizi a distanza avrebbe tutelato la salute di tutto il personale – sanitario e non – a vario titolo entrato in contatto con i detenuti contagiati.

Più in generale, in virtù delle considerazioni esposte all'interno di questo lavoro, è possibile affermare che il maggiore ostacolo allo sviluppo dei servizi di telemedicina in carcere quale alternativa credibile all'assistenza sanitaria convenzionale sia rappresentato dall'assenza di una *policy* coerente ed esaustiva attraverso cui identificare e affrontare i nodi critici posti dall'utilizzo di questi servizi, nonché reperire le risorse economiche necessarie per incentivarne l'adozione da parte degli istituti penitenziari. La definizione di questa *policy*, infatti, richiede una "visione d'insieme", che garantisca che l'innovazione tecnologica sia calibrata sulle esigenze effettive dei detenuti – e quindi su una previa analisi dei bisogni – e che non stravolga l'assetto organizzativo preesistente, ovvero, più nello specifico, che non pregiudichi la possibilità (il diritto) di ogni detenuto di farsi assistere comunque da un medico "in carne ed ossa", anche se ciò comporta la sua traduzione all'esterno dell'istituto. A questo proposito, invero, non appare superfluo ricordare che lo stesso Comitato Nazionale per la Bioetica, in una più ampia analisi relativa ai problemi dell'assistenza sanitaria in carcere, ha sottolineato come ogni detenuto abbia diritto a un rapporto "diretto e personale" con il personale sanitario⁷⁰.

La *policy* a sostegno della telemedicina, inoltre, deve essere "eticamente fondata", poiché, come si è esposto sopra, questa forma di innovazione tecnologica è di carattere "ambivalente"⁷¹. Da ciò consegue che i benefici ottenibili attraverso la stessa – tanto su un piano astratto, quanto a livello concreto – si accompagnano sovente ad alcuni rischi, che se non affrontati adeguatamente, possono condurre a un (ulteriore) deterioramento del livello di assistenza sanitaria in carcere. In particolare, rifuggendo alla dualità tra detrattori e fautori della telemedicina, è possibile sostenere che l'introduzione di servizi di telemedicina in carcere debba essere accompagnata da una serie di cautele volte a prevenire e/o ad attenuare i rischi associati all'assenza di contatto fisico tra medico e paziente. Tra queste cautele, per esempio, si può menzionare la definizione di criteri di inclusione (o di esclusione) in modo che possano accedere ai servizi a distanza solo quei pazienti che, sulla base di una valutazione preventiva, si ritenga possano trarre vantaggio dal loro utilizzo – per esempio, si potrebbe evitare che i pazienti con psicosi gravi o fobie nei confronti della tecnologia siano assistiti tramite la telemedicina.

⁷⁰ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Etica, salute e nuove tecnologie dell'informazione*, 2006, consultabile presso <http://www.governo.it/bioetica/testi/eticaInformazione.pdf>; ID., *La salute dentro le mura*, cit.

⁷¹ Come messo in rilievo in precedenti lavori, tra cui in C. BOTRUGNO, *La diffusione dei modelli di cura a distanza: verso un diritto alla telesalute?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2014, 161-177.

Uno scenario ancora peggiore è quello derivante dall'eventualità che i servizi di telemedicina rimpiazzino del tutto le forme di assistenza convenzionali, piuttosto che integrarle. A questo proposito, è chiaro che la diffusione della telemedicina all'interno degli istituti penitenziari non deve avere come effetto ultimo quello di aggravare il "doppio binario" già esistente tra popolazione detenuta e popolazione in libertà con riferimento alla garanzia del diritto alla salute. In altre parole, va evitato che la telemedicina in carcere si trasformi in prerogativa *uti captivus*, che appiattisce il diritto alla salute dei detenuti a un mero "vedere" e "farsi vedere" dai professionisti sanitari attraverso lo schermo di un computer, mentre la popolazione in libertà ha invece la possibilità di combinare le forme dell'assistenza convenzionale ai benefici derivanti dall'innovazione tecnologica.

Infine, tale forma di innovazione deve essere finanziariamente sostenibile, ovvero realizzata in maniera tale da evitare costi ingenti a carico delle strutture pubbliche o dello Stato, un rischio che è molto concreto dal momento che il funzionamento della telemedicina si fonda su tecnologie avanzate la cui gestione e manutenzione può avere costi molto variabili, soprattutto in considerazione delle bramosie economiche da parte dei soggetti privati che operano nel settore.

In conclusione, è possibile affermare che l'adozione di servizi di telemedicina da parte degli istituti penitenziari è un'operazione complessa data la molteplicità di interessi e la pluralità di attori coinvolti. In particolare, la necessità di "garantire la sicurezza" dei detenuti potrebbe essere intesa come un fattore primario rispetto alla predisposizione di servizi di telemedicina, soprattutto in taluni contesti specifici o per alcune categorie di detenuti. D'altra parte, va messo in rilievo che l'innovazione tecnologica di per sé non può essere considerata una panacea per i problemi che affliggono la sanità penitenziaria. Tuttavia, se calibrata sugli effettivi bisogni della popolazione detenuta e sulla necessità di rispettare alcuni standard di qualità dell'assistenza sanitaria, la diffusione della telemedicina in carcere può rappresentare l'avvio di una nuova stagione dei diritti dei detenuti, contribuendo all'emersione di una "cultura" che veda la detenzione come null'altro che la privazione della libertà personale, da realizzare nel pieno rispetto di tutti gli altri diritti fondamentali.

Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale

Carlo Casonato, Barbara Marchetti*

THE PROPOSAL FOR A REGULATION OF THE EUROPEAN UNION ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE: PRELIMINARY NOTES

ABSTRACT: Artificial Intelligence has great potential in all areas of our lives, but it also presents risks for fundamental rights and the rule of law. The European Union is trying to create a balanced regulatory framework between the pros and cons of AI. On 21 April 2021 EU published a comprehensive proposal for an AI regulation, which should protect and promote European rights and values, without impeding the technological, industrial, and commercial development of AI. This article aims to give a first analysis of the proposal, focusing on its main positive and negative aspects.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; European Union Law; Fundamental Rights; Proposal for a Regulation on AI

SOMMARIO: 1. Il contesto globale – 2. La fonte: fra uniformità, certezza e flessibilità – 3. I destinatari della regolamentazione – 4. Le categorie della IA: il risk approach – 5. I sistemi vietati e quelli a rischio minimo – 6. I sistemi ad alto rischio – 6.1. L'individuazione della categoria – 6.2. Il sistema di risk management – 6.3. I requisiti relativi ai dati impiegati ed alla documentazione richiesta – 6.4. La trasparenza – 6.5. La supervisione umana – 6.6. La procedura di verifica di conformità e il ruolo delle autorità pubbliche – 7. La governance complessiva e la banca dati sull'IA – 8. Gli strumenti di enforcement – 9. Conclusioni: una proposta sostenibile?

1. Il contesto globale

La letteratura scientifica mondiale, sia sul fronte della *computer science*, sia su quello della riflessione filosofica, giuridica ed etica, concorda sull'esigenza di prevedere un quadro regolatorio in grado di sostenere e consolidare le potenzialità e controllare e minimizzare i rischi collegati all'impiego dell'IA¹; anche molte compagnie private paiono d'accordo sull'opportunità di un intervento normativo². I molteplici vantaggi e le evidenti opportunità che la tecnologia

* Carlo Casonato; Professore ordinario di Diritto costituzionale comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento. Mail carlo.casonato@unitn.it. Barbara Marchetti; Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi Trento. Mail: barbara.marchetti@unitn.it. L'articolo è stato concepito e sviluppato in modo condiviso dagli Autori. Mentre i paragrafi 1 e 9 sono riferibili ad entrambi, i paragrafi 2, 3, e da 6.1 a 6.5 sono attribuibili a Carlo Casonato; i paragrafi 4, 5, 6.6, 7 e 8 sono attribuibili a Barbara Marchetti. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Fra i più recenti, cfr. B. BRAUNSCHWEIG, M. GHALLAB (eds.), *Reflections on Artificial Intelligence for Humanity*, Springer, 2021. Molte anche le riviste specialistiche che si dedicano ai rapporti fra diritto e IA: fra le altre, *Artificial Intelligence and Law*, *AI and Society*, oltre che, in Italia, la sezione dedicata a *Artificial Intelligence and Law* ospitata da questa Rivista.

Art & Law





promette ed è già in grado di assicurare richiedono, infatti, una parallela consapevolezza dei pericoli che essa dischiude in ragione della sua opacità, della parziale e crescente sottrazione al controllo umano, della possibilità di errori ed esiti discriminatori, potenzialmente lesivi dei diritti fondamentali. La proposta di regolamento che la Commissione dell'Unione europea ha reso pubblica il 21 aprile 2021 (*Artificial Intelligence Act*, d'ora in poi AIA) rappresenta il primo tentativo compiuto di regolare in termini generali l'IA: essa costituisce l'esito di un processo preparatorio che ha visto, a livello europeo, l'emanazione di numerosi atti di impulso e di soft law in materia di intelligenza artificiale³. Tra i molti, si ricordano le risoluzioni del Parlamento europeo sui principi etici dell'IA, della robotica e della tecnologia correlata e sul regime di responsabilità civile per l'IA (entrambi del 20 ottobre 2020) e, più recentemente, sull'uso dell'IA (20 gennaio 2021)⁴. Anche il Libro Bianco sull'Intelligenza artificiale della Commissione (19 febbraio 2020) aveva già indicato un approccio rivolto a combinare eccellenza e fiducia verso la IA e le sue linee generali sono state discusse attraverso un'intensa fase di consultazioni, conclusasi nel maggio del 2020. La proposta di regolamento per la previsione di norme armonizzate per l'IA, inoltre, ha beneficiato del lavoro dell'*High-Level Expert Group on AI* e delle linee guida che tale gruppo ha elaborato in materia di *Trustworthy AI* (8 aprile 2019). Prima della sua approvazione, ancora, la proposta è stata oggetto di una valutazione di impatto da parte del *Regulatory Scrutiny Board* della Commissione (p. 3.3 del *explanatory memorandum*).

Prima di trattare dell'impianto complessivo della disciplina ed esaminarne i contenuti fondamentali, è opportuno ricordare il contesto in cui essa si pone, caratterizzato dalla sostanziale assenza di discipline normative di portata generale. Sia la Cina che gli Stati Uniti (i due principali competitor globali nel campo dell'IA) stanno fortemente promuovendo la ricerca e lo sviluppo di sistemi di IA, anche grazie ad una regolazione che, laddove esistente, è comunque frammentata o estremamente leggera. Benché negli USA si sia sviluppato un ampio dibattito scientifico e politico in materia di IA, e alcuni utilizzi, come il riconoscimento facciale, siano già stati proibiti a livello cittadino o statale in ragione della loro portata potenzialmente discriminatoria⁵, la strategia statunitense appare

² Lo stesso Elon Musk, che con Neuralink, fra l'altro, sta progettando elettrodi che collegano il cervello umano con microchip collegati al computer, ha riconosciuto l'urgenza di un intervento regolatorio. Secondo il CEO di Tesla, SpaceX e Neuralink i sistemi di intelligenza artificiale richiedono «some regulatory oversight, maybe at the national and international level, just to make sure that we don't do something very foolish»: M.U. SCHERER, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competences and Strategy*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 29, 2016, 353.

³ F. RODI, *Gli interventi dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale e robotica: problemi e prospettive*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, 2020, 187-210.

⁴ L. PARONA, *Prospettive europee e internazionali di regolazione dell'intelligenza artificiale tra principi etici, soft law e self regulation*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 1, 2020, 70.

⁵ Sette Stati e oltre una ventina di città USA, ad oggi, hanno disciplinato e parzialmente vietato, a diverse condizioni, il riconoscimento facciale. Si vedano, a titolo esemplificativo, il divieto di riconoscimento facciale da parte (solo) pubblica approvato a San Francisco, su cui A. CHEN, *Why San Francisco's ban on face recognition is only the start of a long fight*, in *MIT Review*, May 16, 2019, L. BARRETT, *Ban facial recognition technologies for children – and for everyone else*, in *Boston University Journal of Science & Technology Law*, 26, 2 2020, 223-285. A livello statale, si veda il divieto del Vermont di utilizzo destinato a *law enforcement* e le prospettive del Massachusetts: N. STATT, *Massachusetts on the verge of becoming first state to ban police use of facial recognition*, in *The Verge*, Dec 2, 2020. In generale sul riconoscimento, ora, G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, 2021. La *Federal Trade Commission* (FTC) ha adottato



condizionata dalla preoccupazione che un approccio normativo eccessivamente precauzionale possa inibire lo sviluppo dell'IA, facendo perdere terreno agli Stati Uniti, con implicazioni economiche, di sicurezza nazionale e complessivamente geopolitiche. Sebbene l'amministrazione Biden sembri ora orientata verso una politica meno preoccupata dal confronto con la Cina e più attenta a porre le basi, anche normative, per rendere la IA maggiormente rispettosa dei diritti fondamentali e della *rule of law*⁶, resta il fatto che la Cina è diretta a promuovere un forte sviluppo economico dell'IA (anche grazie alle tecnologie militari) in un quadro autoritario caratterizzato da violazioni della privacy e dalla mancanza di trasparenza⁷.

Un primo dato da considerare nel descrivere e valutare la proposta AIA, quindi, si riferisce al contesto globale ed alle relative dinamiche, spinte e frizioni in cui è destinata a porsi.

Sulla base di queste considerazioni, una disciplina che si proponga di regolare con efficacia e realismo il fenomeno dell'IA deve essere in grado di bilanciare accuratamente diversi interessi e concezioni: essa non deve inibire la ricerca e lo sviluppo dell'IA, per i quali l'Europa si attende investimenti economici pari a 20 miliardi di euro⁸, dovendo al contempo affermare e consolidare i principi della *rule of law*; deve essere flessibile e adattabile ai cambiamenti tecnologici e al rapido sviluppo che caratterizzano la tecnologia, assicurando anche quel grado di certezza e prevedibilità necessario per un campo tanto strategico e delicato; non deve farsi inibire dai possibili abusi nell'utilizzo della IA (*abusus non tollit usum*) ma saperne esplorare con coraggio nuovi e benefici domini, promuovendo e rafforzando i diritti fondamentali delle persone e la salute del nostro stesso pianeta⁹. Si tratta,

nel 2020 alcune linee guida per le società che utilizzano IA e algoritmi: in particolare, vengono stabiliti doveri di *transparency*, *explainability*, *fairness*, *robustness* e *accuracy* (dei dati) e *accountability*. In particolare, considerata la portata potenzialmente discriminatoria degli algoritmi, l'impiego di un algoritmo deve essere preceduto da un'analisi volta a verificare se e quanto rappresentativo sia il data set, quanto esso consideri la possibilità di *bias*, quanto accurate siano le predizioni in base ai dati e quanto i big data possano essere corretti dal punto di vista etico. Le *guidelines* sono reperibili al sito <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2021/04/aiming-truth-fairness-equity-your-companys-use-ai>. Per un confronto tra la strategia USA e quella europea cfr. E. CHITI, B. MARCHETTI, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 1, 2020, 29 e ss.; C. CATH, S. WATCHER, B. MITTELSTADT, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Artificial intelligence and the "Good Society": the US, EU and UK approach*, in *Science and Engineering Ethics*, 2, 2018, 505.

⁶ Si veda, ad esempio, il piano *Innovate in America* (<https://joebiden.com/made-in-america/>). Con diverse prospettive, fra gli altri, A. BURT, *New AI Regulations Are Coming. Is Your Organization Ready?*, in *Harvard Business Review*, April 30, 2021 (<https://hbr.org/2021/04/new-ai-regulations-are-coming-is-your-organization-ready>); S.A. AARONSON, *America's uneven approach to AI and its consequences*, in *Institute for International Economic Policy Working Paper Series*, George Washington University, April 2020 (<https://www2.gwu.edu/~iiep/assets/docs/papers/2020WP/AaronsonIIEP2020-7.pdf>).

⁷ Si tratta del *New Generation Artificial Intelligence Development Plan* (AIDP), su cui, fra gli altri, H. ROBERTS et al., *The Chinese Approach to AI: An Analysis of Policy, Ethics, and Regulation*, in *AI and Society*, 36, 2021, 59-77 (<https://doi.org/10.1007/s00146-020-00992-2>).

⁸ Cfr. M. BROADBENT, *AI Regulation: Europe's Latest Proposal is a Wake-Up Call for the United States*, Center for Strategic and International Studies, May 18, 2021 (<https://www.csis.org/analysis/ai-regulation-europes-latest-proposal-wake-call-united-states>) in cui peraltro si ricorda che nell'Unione europea hanno sede solo 6 delle prime 100 startup di IA del mondo.

⁹ Si vedano, in generale, i diversi contributi raccolti in B. BRAUNSCHWEIG, M. GHALLAB, (Eds.), *Reflections on Artificial Intelligence for Humanity*, 2021; B. AROGYASWAMY, *Big tech and societal sustainability: an ethical framework*, in *AI and Society*, 35, 2020, 829-840.

evidentemente, di un equilibrio non facile da trovare a livello nazionale né, tantomeno, a livello europeo (o globale): le regole sono necessarie per assicurare il rispetto dei diritti e dei valori su cui si basa l'Unione europea, ma non devono arrecare un ostacolo sproporzionato rispetto ai margini di sviluppo tecnologico, economico e sociale che la IA può rappresentare. La sfida che la IA pone al diritto, in una formula, riguarda la previsione di una disciplina complessivamente sostenibile¹⁰.

2. La fonte: fra uniformità, certezza e flessibilità

Dal punto di vista dello strumento prescelto, l'Ue ha optato per l'adozione del regolamento in luogo della direttiva, in termini analoghi a quanto fatto, fra l'altro, con il GDPR per la disciplina in materia di protezione dei dati: la sua base legale nell'art. 114 del TFUE (che prevede l'adozione di misure volte ad assicurare la realizzazione e il funzionamento del mercato interno) è suscettibile di determinare così vincoli uniformi e direttamente applicabili su tutto il territorio dell'Unione, con l'obiettivo di fissare un quadro normativo omogeneo e tendenzialmente rigido per gli Stati membri, salvo taluni margini di manovra e di apprezzamento per la disciplina delle *sandboxes* e dei codici di condotta, per l'organizzazione interna degli Stati e per il regime sanzionatorio¹¹.

Il tentativo di dare all'Ue un quadro di regole uniformi e certo si accompagna, tuttavia, all'esigenza di meccanismi di aggiornamento della disciplina: l'IA costituisce, come è noto, un oggetto difficile da regolare, sia perché, ancor più di altre tecnologie innovative, è caratterizzata da incessanti sviluppi che rendono rapidamente obsoleta qualsiasi disciplina volta a regolarla, sia perché, nei suoi sistemi più avanzati (*machine learning, deep learning, neural networks*) si contraddistingue per una forte dose di autonomia e imprevedibilità di funzionamento, la quale, accompagnata all'inspiegabilità dei processi interni (fenomeno della *black box*) può rappresentare una potenziale fonte di rischi, non calcolabili ex ante¹².

¹⁰ A. ADINOLFI, *L'Unione europea dinanzi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale: la costruzione di uno schema di regolamentazione europeo tra mercato unico digitale e tutela dei diritti fondamentali*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, 2020, 13-35; M. ZANICHELLI, *Ecosistemi, opacità, autonomia: le sfide dell'intelligenza artificiale in alcune proposte recenti della Commissione europea*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020, 67-87; A. AMIDEI, *La governance dell'intelligenza artificiale: profili e prospettive di diritto dell'Unione europea*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica, cit.*, 571-588.

¹¹ Come si vedrà *infra*, inoltre, i poteri di attuazione della disciplina sono attribuiti al livello amministrativo statale.

¹² In questi termini, già M.U. SCHERER, *Regulating artificial intelligence systems: risks, challenges, competencies and strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 29, 2016, 365, secondo cui «one important characteristic of AI that poses a challenge to the legal system relates to the concept foreseeability»; infatti, poiché «AI systems are not inherently limited by the preconceived notions, rules of thumb, and conventional wisdom upon which most human decision-maker rely, AI systems have the capacity to come up with solutions that humans may not have considered, or that they considered and rejected in favor of more intuitively appealing options». Sulle difficoltà di una regolazione dell'IA cfr. J. DANAHER, *Is Effective Regulation of AI Possible? Eight Potential Regulatory Problems*, July 7, 2015 (<https://archive.ieet.org/articles/danaher20150707.html>). Sui collegamenti con il GDPR, F. PIZZETTI, (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018; A. PAJNO et al., *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 206 ss.; E. SPILLER, *Il diritto di comprendere, il dovere di spiegare. Explainability e intelligenza artificiale costituzionalmente orientate*, in questa *Rivista*, 2, 2021, 419-432; G.

La Commissione ha cercato di tenere in considerazione queste complessità. La proposta, infatti, consapevole dell'estrema mutevolezza delle applicazioni di IA e dei corrispondenti fattori di rischio non tutti prevedibili a priori, introduce due meccanismi di flessibilità del quadro normativo, volti ad assicurare una certa capacità di adattamento e aggiornamento delle regole (si parla, nei documenti di accompagnamento, di disciplina *future-proof*).

In primo luogo, la proposta AIA si completa di alcuni annessi che sono fondamentali, per esempio, per individuare la categoria dei dispositivi ad alto rischio (*high risk AI systems*) per cui si prevede una specifica procedura di verifica della conformità e a cui dedica – vedremo subito – gran parte delle sue disposizioni. Per la modifica di tali annessi si prevede che sia competente la Commissione ai sensi dell'art. 290 TFUE (atti delegati), la quale è affiancata dai Comitati della Comitologia (art. 74): così facendo, a mano a mano che l'applicazione della normativa evidenzierà eventuali problemi applicativi legati alla individuazione delle categorie dei sistemi ad alto rischio o alle procedure di controllo della conformità, sarà possibile apporre modifiche alla disciplina anche al di fuori del procedimento legislativo ordinario altrimenti richiesto per la revisione formale del regolamento.

In secondo luogo, la proposta prevede un obbligo generale di revisione del regolamento a cinque anni dalla sua entrata in vigore e, successivamente, con cadenza quinquennale¹³. Tale scelta risulta apprezzabile proprio in vista della già menzionata mobilità della materia oggetto di disciplina, permettendo di perseguire un diritto della IA che sia «*stable but not still*»¹⁴. D'altro canto, simili misure sono ormai consuete all'interno del panorama di diritto comparato che si occupa delle materie fortemente interessate dall'innovazione tecnologica¹⁵. In tema di IA, ad esempio, si veda la *Directive on Automated Decision-Making* canadese che, entrata in vigore nell'aprile del 2019, è soggetta ad un processo di revisione ogni sei mesi¹⁶.

Perché il processo di revisione del regolamento europeo sia il più possibile avvertito e sostanziale, inoltre, la proposta AIA prevede, al titolo V, l'attivazione del meccanismo delle *sandboxes*. Si tratta di contesti operativi istituiti dagli Stati membri, all'interno dei quali, per un periodo di tempo limitato e sotto il controllo delle autorità competenti nazionali, è possibile sviluppare, testare e validare sistemi di IA innovativi ai fini di una successiva immissione nel mercato. In buona sostanza, si tratta di una sperimentazione tesa a valutare concretamente, ed in caso modificare, il comportamento di nuovi sistemi valutandone i risultati, i benefici e i rischi, e la compatibilità con la disciplina prevista¹⁷.

D'ACQUISTO, *On conflicts between ethical and logical principles in artificial intelligence*, in *AI and Society*, 35, 2020, 895-900; G. SIMEONE, *Machine Learning e tutela della privacy alla luce del GDPR*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., 275-295.

¹³ Cfr. il punto 5.1. dell'*Explanatory Memorandum* e il punto 2.1 delle *Management Measures* del *Legislative Financial Statement*.

¹⁴ Il riferimento è a Roscoe Pound: «Law must be stable, and yet it cannot stand still»: R. POUND, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, 1923, I.

¹⁵ Cfr. C. Casonato, *21st Century BioLaw: a proposal*, in questa *Rivista*, 1, 2017, 81-95.

¹⁶ Per la disciplina canadese, si veda il sito <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592>. In termini generali, può menzionarsi la *loi de bioéthique* francese, la quale è rivista ogni 7 anni, con una procedura che prevede anche l'attivazione degli Stati generali della bioetica: <https://bit.ly/3helk1U>.

¹⁷ Recita il 72 considerando che al fine di assicurare un'attuazione uniforme di tali spazi di sperimentazione, occorre stabilire regole comuni ed una stretta cooperazione tra le autorità nazionali chiamate a monitorare le *sandboxes*.



Infine, la proposta di regolamento prende in considerazione il carattere plurale e diversificato dell'IA¹⁸. Pur ricondotta in termini unitari a qualsiasi *software* capace, per un dato insieme di obiettivi definiti dall'uomo, di generare output (contenuti, previsioni, raccomandazioni, decisioni) che influenzano l'ambiente con cui interagiscono (art. 3)¹⁹, la IA comprende tecniche e applicazioni anche molto distanti, il cui funzionamento si caratterizza per gradi variabili di autonomia, imprevedibilità e trasparenza, e il cui utilizzo porta a risultati, potenzialità e rischi anch'essi assai vari²⁰. In questo senso, ad esempio, un conto è parlare genericamente di sistemi esperti (tipicamente funzionanti secondo una logica rigida *if-then*), un altro conto di reti neurali, caratterizzate da *trade off* molto diversi in termini di autonomia, trasparenza e spiegabilità. Per ciascun sistema di IA, inoltre, le possibilità concrete di controllo umano sono assai differenti. A un estremo si pongono i sistemi che potrebbero svolgere le proprie funzioni in completa autonomia (*Human out of the loop*), all'altro quelli che sono governati interamente dall'umano (*Human in command*), passando attraverso una serie di posizioni intermedie in cui la dimensione umana gioca un ruolo crescente (*Human post the loop*, *Human on the loop* e *Human in the loop*)²¹.

Sulla consapevolezza delle complessità menzionate e di tali ultime specificità si basa l'approccio proporzionato al controllo del rischio introdotto dalla proposta AIA, che si traduce in una regolazione differenziata dell'IA. In particolare, si distingue tra sistemi a rischio inaccettabile, per i quali è previsto un regime di divieto salvo deroghe espresse, sistemi ad alto rischio, cui è dedicata la gran parte della disciplina, sistemi a basso e minimo rischio, che, sostanzialmente liberi, sono soggetti a soli oneri di informazione.

¹⁸ Al riguardo, già il parere *Sviluppi della robotica e della roboetica*, del Comitato Nazionale per la Bioetica e del Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita, del 17 luglio 2011, su cui L. d'Avack, *La rivoluzione tecnologica e la nuova era digitale: problemi etici*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, 2020, 3-27.

¹⁹ L'art. 3 della proposta va in questo senso letto alla luce dell'annesso I, che richiama i sistemi di *machine learning*, gli approcci *logic- and knowledge-based*, oltre che *statistical approaches*, *Bayesian estimation*, *search and optimization methods*.

²⁰ Sui problemi legati ai profili definitori della IA, fra gli altri, cfr. S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Prentice Hall, 2020, 17; B.C. SMITH, *The Promise of Artificial Intelligence: Reckoning and Judgment*, MIT press, 2019; B. Marr, *The Key Definitions Of Artificial Intelligence (AI) That Explain Its Importance*, in *Forbes*, Feb 14, 2018 (<https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/02/14/the-key-definitions-of-artificial-intelligence-ai-that-explain-its-importance/#285881804f5d>). Una definizione più articolata è fornita dall'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* nominato dalla Commissione europea nel documento su *A definition of AI: Main Capabilities and Disciplines*, Brussels, aprile 2019 (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>). Per l'Italia, fra gli altri, si vedano L. PALAZZANI, *Tecnologie dell'informazione e intelligenza artificiale: Sfide etiche al diritto*, Studium, 2020; A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'intelligenza artificiale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, cit., 14 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Mondadori, 2020, 1-20; G. SARTOR, F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in U. RUFFOLO, (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 63-91; M.C. CARROZZA et al., *AI: profili tecnologici. Automazione e Autonomia: dalla definizione alle possibili applicazioni dell'Intelligenza Artificiale*, in questa *Rivista*, 3, 2019, 243.

²¹ Fra gli altri, S. AMATO, *Biodiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, 2020, 88.



3. I destinatari della regolamentazione

Vista la necessità di una protezione diffusa, effettiva e indiscriminata su tutto il territorio dell'Unione, l'art. 2 della proposta AIA specifica la propria applicazione soggettiva, disegnando in termini particolarmente rigorosi (e generosi) l'ampiezza della propria copertura. In questa logica, essa non mira a raggiungere i soli programmatori, disegnatori, produttori e fornitori localizzati in Paesi europei, ma guarda alla collocazione del prodotto (e all'utilizzo dei relativi output) nel mercato europeo, vincolando così qualunque produttore o utilizzatore di sistemi la cui commercializzazione o il cui impiego avvengono all'interno del mercato unico (art. 2)²².

Sempre con riguardo all'ambito di applicazione, va sottolineato che tra i destinatari delle regole della proposta AIA, oltre ai privati, figurano anche le pubbliche amministrazioni, sia che queste provvedano a dotarsi *in house* di sistemi di IA (operino cioè quali *providers*), sia quando reperiscono tali applicazioni all'esterno e li utilizzano per lo svolgimento dei propri compiti (*contracting out*). Per tale aspetto, dunque, la proposta parifica soggetti pubblici e privati, unificando il tipo di garanzie che l'uso di sistemi di IA impone per le due categorie di soggetti, senza che rilevi il diverso regime giuridico che, invece, contraddistingue generalmente l'azione dei pubblici poteri rispetto a quella dei soggetti privati.

I sistemi impiegati esclusivamente a fini militari sono invece esclusi dalla portata della proposta²³.

4. Le categorie della IA: il risk approach

La proposta, come detto, individua quattro categorie di IA diverse e le sottopone ad altrettanti regimi regolatori. Anzitutto considera alcune applicazioni dell'IA a rischio inaccettabile: tra queste, alcune vengono però vietate in assoluto, mentre altre sono vietate in linea di principio, ma sono ammesse eccezioni.

5. I sistemi vietati e quelli a rischio minimo

Anzitutto, sono vietati in termini assoluti i sistemi che mirano a manipolare in base a tecniche subliminali la condotta delle persone oppure fanno leva sulle vulnerabilità di alcuni soggetti (a causa della loro età o disabilità, ad esempio) al fine di condizionarne la condotta (art. 5, rispettivamente lett. a e b). In entrambi i casi, peraltro, il divieto scatta quando il dispositivo possa determinare danni fisici o psicologici all'utente o ad altra persona.

Sono invece vietati solo in linea di principio i sistemi di IA utilizzati da autorità pubbliche per stabilire l'affidabilità delle persone (in termini di *trustworthiness* e di *social scoring*) in base alla loro condotta sociale o alle caratteristiche personali. In particolare, tali applicazioni (art. 5, lett. c) sono proibite solo se determinano un trattamento pregiudizievole (*detrimental or unfavourable*) in un contesto scollegato a quello in cui i dati sono stati generati, oppure ad un trattamento parimenti pregiudizievole che sia ingiustificato o sproporzionato rispetto alla condotta sociale e alla sua gravità.

²² Cfr. anche il considerando 10. Sull'applicazione extraterritoriale della regolazione prodotta dall'Unione europea v. A. BRADFORD, *Brussels Effect. How the European Union rules the world*, 2020.

²³ Cfr. il considerando 12 e l'art. 2, terzo comma.



La stessa norma vieta altresì (lett. d) l'uso di sistemi di identificazione biometrica *real time* in spazi aperti al pubblico per finalità di polizia (*law enforcement*), a meno che non siano strettamente necessari per la ricerca mirata di potenziali vittime di azioni criminose, come bambini scomparsi, per la prevenzione di un pericolo specifico, sostanziale e imminente alla vita o alla sicurezza di una persona o di un attacco terroristico o, infine, per la individuazione, localizzazione o incriminazione di un soggetto sospetto di reati previsti dall'art. 2(2) della decisione quadro del Consiglio 2002/584 per i quali lo Stato membro interessato preveda una pena detentiva pari o superiore a tre anni²⁴.

Peraltro, anche qualora il riconoscimento facciale sia rivolto a raggiungere tali obiettivi, la proposta di regolamento stabilisce (art. 5 comma 2) che l'autorità debba tenere in considerazione la situazione concreta, e in particolare la gravità, la probabilità e l'entità del pregiudizio che sarebbe causato dal mancato uso del sistema di identificazione, e le conseguenze che l'impiego di quest'ultimo potrebbe avere per i diritti e le libertà delle persone coinvolte. L'uso individuale del riconoscimento facciale richiede in ogni caso una previa autorizzazione rilasciata dall'autorità giudiziaria oppure da un'autorità amministrativa indipendente a seguito di istanza motivata e in conformità al diritto nazionale.

Dall'esame della disposizione appare come le condizioni che la proposta AIA fissa per delimitare il regime di divieto siano caratterizzate da un certo grado di indeterminatezza, suscettibile di accordare una porzione significativa di discrezionalità allo Stato e alle sue autorità pubbliche, chiamati a decidere, ad esempio, se vi sia un effettivo collegamento tra il contesto in cui sono utilizzati gli output e quello in cui i dati sono stati raccolti, oppure a considerare se le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'uso del riconoscimento facciale siano di entità tale da giustificarne l'impiego, o se la valutazione di affidabilità sia proporzionata rispetto alle condotte osservate.

La presenza di concetti indeterminati ed interpretabili implica flessibilità applicativa e, di conseguenza, margini di manovra a favore degli Stati membri. D'altro canto, in mancanza di pratiche applicative comuni, il rischio è che tale indeterminatezza generi anche incertezza, aprendo la possibilità di appli-

²⁴ Si tratta dei reati per i quali è previsto il mandato di arresto europeo elencati al comma 2 dell'art. 2 della decisione quadro del Consiglio. Danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo, alle condizioni stabilite dalla presente decisione quadro e indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato, i reati seguenti, quali definiti dalla legge dello Stato membro emittente, se in detto Stato membro il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni: partecipazione a un'organizzazione criminale, terrorismo, tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile, traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi, corruzione, frode, compresa la frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee ai sensi della convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, riciclaggio di proventi di reato, falsificazione di monete, compresa la contraffazione dell'euro, criminalità informatica, criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette e il traffico illecito di specie e di essenze vegetali protette, favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali, omicidio volontario, lesioni personali gravi, traffico illecito di organi e tessuti umani, rapimento, sequestro e presa di ostaggi, razzismo e xenofobia, furti organizzati o con l'uso di armi, traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte, truffa, racket e estorsioni, contraffazione e pirateria in materia di prodotti, falsificazione di atti amministrativi e traffico di documenti falsi, falsificazione di mezzi di pagamento, traffico illecito di sostanze ormonali ed altri fattori di crescita, traffico illecito di materie nucleari e radioattive, traffico di veicoli rubati, stupro, incendio volontario, reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale, dirottamento di aereo o nave, sabotaggio.



cazioni difformi della disciplina all'interno del territorio dell'Unione e un conseguente aumento del contenzioso giudiziario.

Il titolo terzo della proposta di regolamento è dedicato ai sistemi ad alto rischio e costituisce la parte preponderante e centrale della disciplina. In termini generali, l'art. 6 contiene una classificazione dei sistemi ad alto rischio, che è completata dagli annessi II e III, senza i quali l'identificazione di ciò che il regolamento intende come sistema ad alto rischio sarebbe incompleta. Per tali sistemi è previsto il necessario rispetto dei requisiti stabiliti nel capitolo II quale condizione per l'immissione in commercio: tale rispondenza richiede un procedimento di verifica della conformità, il quale tuttavia è per lo più svolto dal provider stesso e, solo in casi eccezionali, da soggetti terzi. Una volta stabilita la conformità del sistema di IA ad alto rischio, può essere rilasciata la dichiarazione di conformità (art. 48) ed è apposto il marchio europeo (art. 49) che consente la circolazione nel mercato. I sistemi ad alto rischio conformi al diritto dell'Unione sono poi registrati in una banca dati, accessibile al pubblico, posta sotto il controllo della Commissione (art. 60). Una volta immesso nel mercato, il sistema di IA ad alto rischio viene sottoposto ad una vigilanza post-market, volta a verificare che per tutto il suo ciclo di vita esso resti rispettoso delle condizioni stabilite dal regolamento.

Accanto ai sistemi vietati ed ai sistemi ad alto rischio, cui sarà dedicato il paragrafo successivo, la proposta di regolamento stabilisce una disciplina anche per i sistemi a basso o minimo rischio, regolati dall'art. 52 della proposta di regolamento. Tale categoria di IA è residuale e ricavabile per sottrazione: sono sistemi a basso o minimo rischio tutti quelli che non sono vietati e non sono ad alto rischio. Essi costituiscono la parte più consistente di applicazioni di intelligenza artificiale all'interno del mercato comune europeo. La loro circolazione nell'Unione europea è libera, salva l'ipotesi in cui, per le loro caratteristiche, non debbano essere stabiliti in capo al provider obblighi di trasparenza. In particolare, ciò accade sia per quei sistemi che interagiscono con le persone (*chatbots*) per i quali, per le circostanze del caso e il contesto in cui operano, non sia evidente la loro natura artificiale; sia per quei sistemi che, manipolando o sovrapponendo immagini, video o audio, fanno sembrare autentiche persone, oggetti o luoghi che invece non lo sono (c.d. *deep fake*). In questo caso, la persona deve essere informata del fatto che è intervenuta una manipolazione artificiale dei contenuti originali, così che non abbia dubbi sulla natura reale o artificiale degli stessi.

Limitate deroghe a tali obblighi di trasparenza possono essere previste solo quando il sistema sia autorizzato dalla legge per finalità di prevenzione e persecuzione dei reati, oppure quando sia impiegato per assicurare la libertà di espressione, artistiche o scientifiche protette dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue.

6. I sistemi ad alto rischio

Come anticipato, gran parte della proposta di regolamento si dedica al regime applicabile ai sistemi di IA definiti ad alto rischio (*High-Risk AI Systems*).

La logica complessiva che la Commissione ha inteso seguire al riguardo si articola secondo due linee che si riferiscono alla compatibilità ed armonizzazione con gli altri atti normativi europei e, ancora una volta, alla ricerca di un equilibrio fra certezza del diritto e flessibilità della disciplina.



In primo luogo, la lista e il contenuto concreto dei requisiti richiesti vuole porsi, in buona sostanza, sulla stessa linea dei principi già segnalati in diverse occasioni e sedi. Al riguardo, ad esempio, l'*Explanatory memorandum* richiama il lavoro svolto dal menzionato *High-Level Expert Group on AI*²⁵ e dichiara una sostanziale compatibilità con le raccomandazioni e con i principi internazionali che già vincolano i partner commerciali dell'Unione (pag. 13). Il punto 12 dei considerando, inoltre, richiama l'allineamento con la Carta dei diritti fondamentali e in più punti si richiama la coerenza con una lunga serie di atti normativi della UE (tipicamente, quelli compresi nel *New Legislative Framework*)²⁶. In altri casi, invece, si propone che il principio di armonizzazione venga rispettato attraverso la modifica di altri regolamenti o direttive di settore²⁷.

L'opportunità di mantenere un determinato grado di flessibilità della disciplina a fronte della necessità di certezza giuridica, in secondo luogo, è perseguita, in termini generali, con il già menzionato riferimento agli annessi (più facilmente emendabili)²⁸, e in termini specifici, con la possibilità per i *providers* di scegliere discrezionalmente quali strumenti concreti adottare per rispettare i requisiti previsti dalla proposta AIA, scegliendoli sulla base dei più recenti innovazioni scientifiche e tecnologiche.

Su queste basi, la proposta AIA dedica il Titolo III, il più corposo dell'intero documento, alla disciplina dei sistemi ad alto rischio.

6.1. L'individuazione della categoria

Il primo profilo affrontato (art. 6) riguarda l'individuazione di tali sistemi; individuazione che non si basa solo sulla funzione attribuita al dispositivo, ma sul suo scopo complessivo, comprensivo degli obiettivi specifici previsti, e sulle modalità utilizzate. Inoltre, si precisa come possano essere considerati ad alto rischio sia i singoli dispositivi di IA che possano incidere sui diritti fondamentali (*stand-alone AI systems*), sia i sistemi che costituiscono componenti di sicurezza di prodotti che siano già soggetti a valutazione di conformità ai sensi della normativa di settore²⁹. Oltre a questa indicazione, l'art. 6 stabilisce che l'individuazione dei sistemi ad alto rischio è svolta sulla base della lista di prodotti coperti dagli atti normativi (direttive e regolamenti) ricompresi nel *New Legislative Framework* (annesso II) e dell'elenco di aree di utilizzo specificate all'annesso III. In buona sostanza, si tratta dei sistemi ammessi di identificazione biometrica delle persone fisiche, di quelli utilizzati per la gestione delle infrastrutture critiche (come traffico, fornitura di acqua, gas, elettricità), per scopi di istruzione e formazione professionale, di occupazione e gestione dei lavoratori. Ancora, oltre ai sistemi utilizzati nell'ambito di servizi pubblici essenziali (come la sanità) o come strumenti di partecipazione alla vita sociale e di miglioramento delle condizioni di vita (come l'accesso al credito), fanno parte dei sistemi ad alto rischio quelli impiegati per motivi di *law enforcement* da parte delle forze dell'ordine, per

²⁵ Si veda il sito <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/expert-group-ai>, costantemente aggiornato.

²⁶ Su cui la sezione A dell'annesso II della proposta AIA. L'allineamento delle diverse normative potrebbe non essere sempre del tutto lineare. Cfr., ad esempio, J. ANDRAŠKO, M. MESARČIK, O. HAMULÁK, *The regulatory intersections between artificial intelligence, data protection and cyber security: challenges and opportunities for the EU legal framework*, in *AI and Society*, 36, 2021, 623-636.

²⁷ Cfr. il punto 29 dei considerando.

²⁸ In riferimento all'annesso III, si veda l'art. 7.

²⁹ Si tratta degli «AI systems intended to be used as safety component of products that are subject to third party ex-ante conformity assessment» (*Explanatory memorandum*, p. 16).



l'amministrazione della giustizia, nell'ambito dei processi democratici e nella gestione dei flussi migratori, del diritto d'asilo e dei controlli alle frontiere.

Da ricordare che la proposta AIA, al fine di assicurare una protezione non discriminatoria ed effettiva su tutto il territorio dell'Unione, si applica non solo a tutti i *providers* di sistemi di IA destinati ad essere utilizzati nella UE, a prescindere dall'ubicazione della sede legale (interna o esterna all'Unione) e a tutti gli utilizzatori all'interno della Unione, ma anche ai *providers* e agli utilizzatori ubicati in Paesi terzi quando gli output generati dal sistema sono comunque utilizzati sul territorio dell'Unione.

6.2. Il sistema di risk management

Al fine di ridurre al massimo i pericoli per i diritti degli utenti, si prevede, che ogni *provider* adotti un sistema per la gestione del rischio, il quale deve essere mantenuto e aggiornato per tutto il ciclo di vita del sistema. Si tratta di: un processo di identificazione e valutazione dei rischi sia conosciuti e prevedibili prima della messa in commercio, sia emersi in fase di monitoraggio post-market; una gestione degli stessi in termini di eliminazione o riduzione, oltre che di adeguata informazione; appropriate procedure di *testing* che ne assicurino un utilizzo conforme agli scopi previsti e ai requisiti disposti dalla proposta di regolamento. In questo senso, in particolare, si impongono un set di dati di alta qualità, la creazione e il mantenimento della documentazione tecnica, un adeguato livello di trasparenza, una supervisione umana e la garanzia di robustezza, accuratezza e sicurezza del sistema³⁰.

6.3. I requisiti relativi ai dati impiegati ed alla documentazione richiesta

La proposta di regolamento specifica i requisiti minimi perché i sistemi ad alto rischio siano ammessi all'interno del mercato unico.

Visti i rischi di errore e di discriminazione, legati all'impiego di dati non sufficientemente accurati nel *training*, nella *validation* o nel *testing* del sistema o comunque alla logica statistico-probabilistica utilizzata³¹, il primo requisito si riferisce alla qualità dei dati e ad un sistema di *data governance*. In par-

³⁰ Cfr. art. 9 e considerando 42.

³¹ Esiste al riguardo un'ampia letteratura. Cfr., fra i molti altri, 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>; A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2019, 87-105; D. VARONA, Y. LIZAMA-MUE, J.L. SUAREZ, *Machine learning's limitations in avoiding automation of bias*, in *AI and Society*, 36, 2021, 197-203. In tema di amministrazione della giustizia, J. ANGWIN et al., *Machine Bias, There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, nel sito di ProPublica, 23 maggio 2016 (www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminalsentencing); A. VAN DEN BRANDEN, *Les robots à l'assaut de la justice. L'intelligence artificielle au service des justiciables*, Bruylant, 2019; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 872-893; S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, 2020; L. AULINO, *Intelligenza artificiale e giustizia: tra nuove soggettività giuridiche e problematiche etiche e deontologiche*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, cit., 283-295; C. SLOBOGIN, *Just Algorithms. Using Science to Reduce Incarceration and Inform a Jurisprudence of Risk*, 2021; P. HAYES, I. VAN DE POEL, M. STEEN, *Algorithms and values in justice and security*, in *AI and Society*, 35, 2020, 533-555; R. BICHI, *Intelligenza digitale, giurimetria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit. 423-447; in generale European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *Guidelines on how to drive change*

ticolare, si prevede l'utilizzo di dati rilevanti, completi ed esenti da errori³². Inoltre, si precisa il carattere rappresentativo degli stessi dati, in termini di proprietà statistiche adeguate anche a possibili specificità dei contesti di riferimento (art. 10). Sulla stessa linea, la proposta prevede l'accuratezza e robustezza complessiva dei sistemi ad alto rischio, anche in termini di cybersicurezza e di resilienza, richiamando la capacità di gestire i rischi connessi a possibili debolezze del sistema che possano generare output non affidabili (art. 15).

Vista l'importanza che le informazioni relative allo sviluppo ed al concreto funzionamento dei sistemi ad alto rischio rivestono ai fini di assicurare il rispetto della disciplina proposta, in secondo luogo, si richiede la predisposizione di una completa e costantemente aggiornata documentazione tecnica, che permetta di valutarne anche l'impatto sui diritti fondamentali (art. 11)³³. Inoltre, è disposto l'obbligo di predisporre la funzionalità per la registrazione automatica dei *logs* (una sorta di diario di bordo della navigazione del sistema) in modo da mantenere il tracciamento del funzionamento del sistema e delle operazioni svolte e verificarne l'appropriatezza per tutto il ciclo di vita (art. 12).

6.4. La trasparenza

Uno dei principali e più noti problemi che i sistemi avanzati di IA presentano riguarda la cd. *black box*. Si tratta del fatto che dispositivi capaci di *machine* o *deep learning* o che utilizzano reti neurali, sono caratterizzati da una estrema complessità che rende praticamente impossibile tracciare la catena dei passaggi seguiti per generare il risultato finale. Se l'input e l'output del processo sono noti non lo è, a motivo della sostanziale opacità delle dinamiche interne allo stesso, l'*iter* che ha generato la decisio-

towards cyberjustice. Stock-taking of tools deployed and summary good practices, 2017, in <https://bit.ly/3kddNCi>. In tema di medicina e tutela della salute, oltre al classico E. TOPOL, *Deep Medicine. How artificial Intelligence can make Healthcare human again*, 2019, R. BENJAMIN, *Assessing risk, automating racism*, in *Science*, 366, 6464, 2019, 421-422; D.A. VYAS, L.G. EISENSTEIN, D.S. JONES, *Hidden in Plain Sight — Reconsidering the Use of Race Correction in Clinical Algorithms*, in *The New England Journal of Medicine*, 2020, 383, 874-882; G. TAMBURRINI, *Etica delle machine. Dilemmi morali per robotica e intelligenza artificiale*, 2020, 133; V. DE BERNARDIS, *L'impiego delle nuove tecnologie in medicina*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., 489-501; K. ASTROMSKÉ, E. PEIČIUS, P. ASTROMSKIS, *Ethical and legal challenges of informed consent applying artificial intelligence in medical diagnostic consultations* e H. SMITH, *Clinical AI: opacity, accountability, responsibility and liability*, entrambi in *AI and Society*, 36, 2021, rispettivamente 509-520 e 535-545; M. FASAN, *La tecnologia ci salverà? intelligenza artificiale, salute individuale e salute collettiva ai tempi del coronavirus*, nel numero speciale di questa *Rivista* 1, 2020, 677-683; E.A. FERIOLI, *Digitalizzazione, intelligenza artificiale e robot nella tutela della salute*, e L. RUFO, *L'intelligenza artificiale in sanità: tra prospettive e nuovi diritti*, entrambi in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, cit., rispettivamente 423-450 e 451-459; oltre che il numero speciale 2/2021 di questa *Rivista* a cura di L. PALAZZANI su *The impact of Covid-19 on informed consent*. Sull'impatto della IA in campo politico, fra gli altri, M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, cit., 345-366; A. CARDONE, *"Decisione algoritmica" vs. decisione politica? AI, legge, democrazia*, 2021.

³² Le pratiche di gestione dei dati devono concernere: a) le scelte rilevanti operate nel design del sistema; b) la raccolta dei dati; c) le operazioni preparatorie quali l'annotazione, l'etichettatura, la pulizia, l'arricchimento e l'aggregazione dei dati; d) la formulazione degli assunti ricavabili dai dati; e) un accertamento previo della disponibilità, quantità e appropriatezza dei dati necessari; f) un esame in vista di possibili *biases*; g) la individuazione di possibili *gaps*.

³³ Le componenti della documentazione sono precisate all'annesso IV.

ne né le modifiche che il dispositivo ha autonomamente assunto per raggiungere con maggior efficacia il compito assegnato³⁴.

Tale fenomeno presenta una particolare criticità: impedendo la conoscibilità delle singole fasi interne al procedimento e pregiudicando la possibilità di un controllo sulla congruità delle motivazioni alla base della decisione assunta, la *black box* si pone come un ostacolo importante ad una piena legittimazione e ad un complessivo riconoscimento delle menzionate tecniche di IA (Trustworthy AI)³⁵.

A fronte di tale pericolo, sulla linea di quanto adottato in Canada³⁶, la proposta di regolamento prevede che ogni sistema ad alto rischio sia disegnato e sviluppato in modo da assicurare un appropriato livello di trasparenza (*sufficiently transparent*). Se tale qualificazione può risultare vaga, va detto che imporre una totale trasparenza avrebbe imposto un obbligo attualmente insostenibile dal punto di vista tecnologico, vista la impossibilità di rendere del tutto decifrabile e intelligibile il processamento interno. Pur a fronte di tale necessitata approssimazione, comunque, la proposta indica le componenti minime che devono informare tale requisito. Ogni sistema ad alto rischio, così, deve essere accompagnato da istruzioni per l'uso che contengano, del dispositivo, informazioni sintetiche, complete, corrette e comprensibili agli utenti. In particolare, oltre ai contatti del *provider*, dovranno essere specificati elementi come gli scopi previsti, i livelli di accuratezza, robustezza e cybersicurezza su cui il dispositivo è stato testato, le caratteristiche degli *input data* e dei *training, validation e testing data*, la durata attesa e ogni circostanza che possa condurre ad un rischio per la salute, la sicurezza o altri diritti fondamentali (art. 13).

In ogni caso, la previsione di un appropriato livello di trasparenza fra i requisiti necessari perché un dispositivo ad alto rischio possa essere immesso sul mercato europeo va salutata con favore. Al riguardo, larga parte della dottrina ha già da tempo indicato la necessità che il problema della *black box* venga affrontato con misure proporzionate che, senza imporre un obbligo irrealizzabile, a motivo delle caratteristiche tecnologiche menzionate, permetta una conoscibilità di base della logica complessiva adottata dal dispositivo.

Al riguardo, si potrebbe proporre un diritto in capo ai destinatari della decisione anche parzialmente automatizzata a conoscere perlomeno la logica di fondo alla base della stessa³⁷. Solo in questo modo, infatti, verrebbero resi possibili il controllo e la verifica dei motivi alla base dell'output generato; controllo e verifica senza i quali risulta difficile considerare qualsiasi dispositivo affidabile. In alcuni setto-

³⁴ Cfr., per tutti, F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, 2015.

³⁵ Molti sono i documenti al riguardo; per tutti, cfr. il report *Ethics guidelines for trustworthy AI*, presentato dall'*High-Level Expert Group on AI* della Commissione europea nell'aprile 2019: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Fra i molti in dottrina, A. BIBAL et al., *Legal requirements on explainability in machine learning*, in *AI and Law*, 29, 2021, 149-169.

³⁶ La *Directive on Automated Decision Making* (in vigore dall'aprile del 2019 e significativamente soggetta a revisione ogni 6 mesi) prevede «a meaningful explanation to affected individuals of how and why the decision was made»: «In addition to any applicable legal requirement, [any Automated decision Making process must ensure] that a meaningful explanation is provided for common decision results»: <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592>.

³⁷ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in questa *Rivista*, 1, 2019, 76; C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in questa *Rivista*, special issue, 2, 2019, 723. In generale, cfr. il Focus dedicato a IA e amministrazione della giustizia, ospitato in questa *Rivista*, 2, 2021, 359-417.

ri come l'amministrazione della giustizia, peraltro, ogni decisione che si poggiasse sulla IA in mancanza di una qualche forma di motivazione sarebbe automaticamente illegittima³⁸.

6.5. La supervisione umana

Un secondo tema che ha fortemente impegnato la riflessione etica e giuridica internazionale è costituito dalla possibilità che i più avanzati sistemi di IA possano svolgere le funzioni assegnate con crescenti gradi di autonomia rispetto al controllo umano. Tale circostanza è giudicata in maniera assai differente a seconda dei contesti di impiego e dei presupposti di partenza. Tipicamente, un dispositivo che funzioni in totale autonomia, a meno che non si tratti di funzioni operative semplicissime e che non vengano interessati i diritti fondamentali, suscita oggi una diffusa perplessità. Secondo alcuni, però, è bene limitare l'autonomia dei dispositivi solo a motivo dei difetti che ancora segnano la tecnologia; ma nel momento in cui si sarà risolto il problema della *black box* e si potranno scongiurare i rischi di errori e di *bias*, sarà bene assegnare le attività oggi assolte da "imperfetti" esseri umani a macchine che avranno raggiunto la capacità di funzionare in modo perfettamente razionale, coerente e imparziale. Secondo altri, viceversa, una lunga serie di funzioni delicate, dalla medicina alla giustizia, richiedono una componente ed una responsabilità tipicamente umane e non delegabili³⁹.

Da questo ultimo punto di vista, già il regolamento generale sulla protezione dei dati 2016/679 (*General Data Protection Regulation: GDPR*) ha attribuito all'interessato 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» (art. 22)⁴⁰. La portata di tale diritto, peraltro, è nel GDPR fortemente depotenziata dalle eccezioni relative ai casi in cui la decisione «sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento» oppure «si basi sul consenso esplicito

³⁸ Il riferimento è all'art. 111, sesto comma della Costituzione, secondo cui «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati». Al riguardo, fra gli altri, C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE online*, 3, 2020, 3369-3389: <https://bit.ly/2X2N03I>; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 415-436: https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2020_Donati.pdf; S. ARDUINI, *La "scatola nera" della decisione giudiziaria: tra giudizio umano e giudizio algoritmico*, in questa *Rivista*, 2, 2021, 453-479. Interessante, al riguardo, il divieto francese, assistito dalla reclusione fino a cinque anni, di qualsiasi utilizzo di dati che permettano di identificare i magistrati, e le sedi giudiziarie, al fine di predire il possibile esito della relativa giurisprudenza (art. 33 della *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, che stabilisce una modifica ai commi 1 e 2 dell'articolo L. 10 del *code de justice administrative*). In tema, M. FASAN, *L'intelligenza artificiale nella dimensione giudiziaria. Primi profili giuridici e spunti dall'esperienza francese per una disciplina dell'ai nel settore della giustizia*, in corso di stampa nella *Rivista Gruppo di Pisa*.

³⁹ Il dibattito non è in questa sede riassumibile nemmeno per sommi capi. Si permetta il rinvio a C. CASONATO, *AI and Constitutionalism: The Challenges Ahead*, in B. BRAUNSCHWEIG, M. GHALLAB, (Eds.), *Reflections on Artificial Intelligence for Humanity*, cit., 138 ss.

⁴⁰ Il considerando 71 del GDPR dispone 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». L'art. 22 del GDPR 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.



dell'interessato». Tale ultima clausola, in particolare, tende a svuotare di tutela sostanziale gran parte del diritto a una decisione non completamente automatizzata, visto la logica disinformata con cui gestiamo regolarmente i nostri consensi nei confronti dei fornitori dei servizi internet (*blind consent*)⁴¹.

È quindi apprezzabile che l'AIA abbia ripreso e precisato tale elemento, disponendo come ogni sistema ad alto rischio debba essere programmato e sviluppato in modo da assicurare un'efficace supervisione umana (*human oversight*: art. 14). In particolare, si prevede che la presenza umana sia mirata a prevenire e minimizzare qualsiasi rischio per la salute, la sicurezza o altri diritti fondamentali che possano concretizzarsi anche quando il sistema sia utilizzato in conformità ai requisiti della proposta o in modo comunque ragionevolmente prevedibile.

Anche in questo caso, nell'articolare la posizione in oggetto, il testo cerca di coniugare rigore e flessibilità, indicando come la persona incaricata della supervisione debba essere in grado di svolgere, in maniera appropriata secondo le circostanze, determinate funzioni (art. 14, comma 4)⁴². In primo luogo, dovrà poter comprendere appieno le capacità e i limiti del sistema, in modo da poterne monitorare le operazioni e rilevare e affrontare tempestivamente possibili anomalie e conseguenze inaspettate (lett. a). Allo stesso modo, il supervisore dovrà essere messo nella condizione di poter interpretare correttamente gli output del sistema (lett. c). Di particolare interesse, in secondo luogo, il fatto che una effettiva sorveglianza umana presupponga la consapevolezza della tendenza ad affidarsi in modo automatico e acritico alla IA, facendo un affidamento eccessivo sui relativi risultati (lett. b)⁴³. Rispetto a questa constatazione, la proposta di regolamento indica come le misure adottate per la *human oversight* debbano mettere concretamente il supervisore (umano) nella condizione di non utilizzare il sistema, oppure in quella di non considerarne, superarne o rovesciarne i risultati (lett. d), fino alla possibilità di interromperne il funzionamento (*stop button*: lett. e). Per i sistemi destinati a essere utilizzati per l'identificazione biometrica a distanza in tempo reale e a posteriori di persone fisiche (punto 1(a) dell'annesso III) si prevede, infine, che ogni decisione debba essere verificata e confermata da almeno due supervisori (comma 5).

Tale parte della proposta di regolamento, e in particolare quanto previsto alle lettere b) e d), dimostra un apprezzabile realismo e, al contempo, lancia una sfida culturale impegnativa. In particolare, si riconosce come la mera attribuzione di un diritto ad una decisione che sia frutto di una verifica umana (un diritto all'umanità nella decisione, potremmo sintetizzare) sia destinata a rimanere lettera morta (come, temiamo, l'art. 22 del GDPR) se non assistita da una serie di misure che ne rendano concretamente possibile l'applicabilità. Anche in presenza di tale diritto, infatti, ci si è chiesti quale supervisore voglia assumersi il rischio e la responsabilità personale di disattendere una decisione che viene comunemente percepita come esatta e imparziale⁴⁴. Su questa linea, si è efficacemente messo in guardia rispetto ad un «*effet moutonnier*» (che potremmo tradurre come effetto pecorone) in base

⁴¹ Si permetta il rinvio a C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 719.

⁴² Logica analoga è utilizzata dalla citata direttiva canadese, in cui si dispone che «an Automated Decision System allows for human intervention, when appropriate».

⁴³ Al riguardo, già S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 401 e ss.

⁴⁴ Sulla percezione della IA, T. ARAUJO et al., *In AI we trust? Perceptions about automated decision-making by artificial intelligence*, in *AI and Society*, 35, 2020, 611-623.



al quale la decisione sarebbe “catturata” dalla IA, la verifica umana sarebbe svolta secondo modelli di bieco conformismo nei confronti della macchina e il diritto alla supervisione sarebbe formalmente garantito, ma di fatto svuotato di qualsiasi contenuto garantista⁴⁵. Le articolazioni del diritto previste al comma 4, quindi, contengono una concretezza operativa che può contribuire a combattere efficacemente tale pericolo.

Allo stesso tempo, peraltro, va detto che non basta un pur articolato e dettagliato articolo di legge ad assicurare che chi è investito di una funzione delicata e impegnativa la svolga secondo modalità che potrebbero esporlo a rischi di responsabilità personale anche pesante. Perché il *law in the book* (o il *right in the book*) diventi *law (right) in action*, è quindi necessario intraprendere un’azione decisa tesa a promuovere una formazione diffusa sulle potenzialità, ma anche sui rischi della IA; una formazione che, coniugata ad un approfondimento sull’etica del lavoro, ponga le basi per una consapevolezza collettiva capace di permettere a quanti sono coinvolti nella *human oversight* di svolgere responsabilmente e serenamente una funzione di concreto ed effettivo controllo ed eventuale scostamento dai risultati del sistema di IA.

6.6. La procedura di verifica di conformità e il ruolo delle autorità pubbliche

Si è osservato nel paragrafo precedente come l’immissione nel mercato di sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio sia condizionata al rispetto dei requisiti fissati nel capitolo II della proposta di regolamento.

Il modello prescelto dalla Commissione per tale verifica è rappresentato dalla procedura di marchio di conformità europea (marchiatura CE), già sperimentata per regolare la circolazione di numerosi prodotti nel mercato europeo. È il caso, per esempio, della direttiva 2009/48 sulla sicurezza dei giocattoli, ma anche della direttiva 2001/95 sulla sicurezza generale dei prodotti⁴⁶.

Tramite essa un prodotto è ammesso a circolare nel mercato europeo (o nello spazio economico europeo – SEE – in cui sono ricompresi anche Paesi extra Ue quali Norvegia, Islanda e Lichtenstein) solo dopo l’apposizione del marchio di conformità, possibile dopo che è stata compiuta una procedura di verifica della conformità agli standard e alle regole stabilite dall’Unione effettuata dal produttore stesso o da un organismo certificatore terzo. Diversamente da quanto stabilito per l’immissione nel mercato Ue dei medicinali (dir. 2001/83 per la procedura decentrata e reg. 726/2004 per la procedura accentrata⁴⁷) o dei prodotti OGM (reg. 1829/2003), per i quali pure la componente di rischio è significativa, dunque, non si prevede il rilascio di un’autorizzazione pubblica, nazionale o europea, ma il rispetto dei requisiti posti a protezione della sicurezza, della salute e dei diritti fondamentali dei cit-

⁴⁵ La suggestione è di A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, 2018, 239. Riferendosi all’impiego della IA nell’amministrazione della giustizia, scrivono: «C’est l’effet moutonnier de la justice prédictive: elle pousse au conformisme et réclame plus d’indépendance d’esprit aux juges qui estiment qu’ils doivent aller à contre-courant, c’est-à-dire qui veulent simplement faire leur métier». Cfr. anche A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 69.

⁴⁶ R. TRICKER, *CE Conformity Marking and New Approach Directives*, Butterworth-Heinemann, 2000; D. HANSON, *CE Marking, Product Standards and World Trade*, Edward Elgar, 2005; A. NOWAK-FAR, *National versus European Component in the European Union Product Conformity Regulation*, in R. GRZESZCZAK (editor), *Renationalisation of the Integration Process in the Internal Market of the European Union*, 2018, 37; O. BORRAZ, *Governing Standards: The Rise of Standardization Processes in France and in the EU*, in *Governance*, 20, 2007, 1.

⁴⁷ Cfr. J. ABRAHAM, *Regulating Medicines in Europe: Competition, Expertise and Public Health*, 2000.



tadini è garantita da un'auto-valutazione da parte del soggetto che ha interesse a commercializzare il prodotto.

Sono evidenti i vantaggi immediati di tale scelta regolatoria: se, infatti, l'autorizzazione pubblica dà maggiori certezze e garanzie in ordine alle verifiche sulla sicurezza del prodotto, presentando però costi non irrilevanti in termini amministrativi e di efficienza, la procedura di marchio di conformità europea, ponendo i controlli a carico del produttore, rende più agevole l'immissione del prodotto nel mercato e sposta sugli operatori economici la responsabilità di assicurare il rispetto dei requisiti di sicurezza stabiliti dalla normativa.

La scelta di questa procedura più "leggera", tuttavia, presenta anch'essa un temperamento, che è conseguenza nuovamente di un approccio proporzionato ai rischi. Infatti, per alcuni sistemi di IA, in particolare per quelli biometrici di cui all'annesso III n. 1, la procedura di conformità deve essere condotta da organismi terzi, secondo quanto prevede l'art. 43, comma 1, della proposta AIA⁴⁸. Inoltre, vale comunque, anche per tale aspetto procedurale quanto già osservato sulla modificabilità della disciplina AIA, dato che, nell'ipotesi di una inadeguata tenuta del sistema, gli stessi annessi VI e VII, dedicati alla procedura interna o esterna di verifica di conformità, potranno essere agevolmente sottoposti a revisione⁴⁹.

La procedura iniziale di controllo della conformità non costituisce, in ogni caso, l'unico momento di controllo dei rischi. La proposta della Commissione, infatti, affianca alle verifiche precedenti all'immissione nel mercato, un sistema di monitoraggio *post market* che ha l'obiettivo di garantire la rispondenza del prodotto ai requisiti stabiliti dalla disciplina nel corso dell'intero ciclo di vita dei sistemi di IA (art. 61). A questo fine, da un lato, viene previsto che ciascuno Stato membro si doti di un'autorità per la gestione del sistema di sorveglianza *post market*; dall'altro, si riconoscono precisi obblighi sia in capo all'utilizzatore, sia in capo al *provider*. Quest'ultimo, come anticipato, deve conservare, per un periodo di tempo adeguato, da individuarsi in base alle caratteristiche del sistema, le registrazioni di funzionamento dell'IA (*automatically generated logs*), che potranno essere oggetto di accesso da parte delle autorità nazionali competenti per finalità di controllo: egli deve inoltre adottare immediatamente le misure correttive opportune in caso di difformità e deve altresì comunicare all'autorità nazionale competente (ed eventualmente all'organismo certificatore) eventuali violazioni riscontrate nel funzionamento del sistema (artt. 20-23).

⁴⁸ Stabilisce, peraltro, l'art. 43 che, anche nel caso di sistemi biometrici, quando il provider applica gli standard armonizzati di cui all'art. 40 della proposta di regolamento o, se applicabili, le *common specifications* di cui all'art. 41, per dimostrare la conformità del sistema *high risk* ai requisiti di cui al capitolo II possa scegliere tra la procedura di verifica di conformità interna oppure quella affidata ad un organismo terzo.

⁴⁹ Prevede espressamente l'art. 43, comma 5, che «The Commission is empowered to adopt delegated acts in accordance with article 73 for the purpose of updating Annexes VI and VII in order to introduce elements of the conformity assessment procedures that become necessary in the light of technical progress». Ad ulteriore precisazione, il comma 6 stabilisce che «The Commission is empowered to adopt delegated acts to amend paragraphs 1 and 2 in order to subject high-risk AI systems referred to in points 2 to 8 of Annex III to the conformity assessment procedure referred to in Annex VII or parts thereof». Nell'adozione di tali atti delegati la Commissione terrà conto, in particolare, della effettività della procedura di verifica interna dell'annesso VI «in preventing or minimizing the risks to health and safety and protection of fundamental rights posed by such systems as well as the availability of adequate capacities and resources among notified bodies».

La disciplina relativa agli organismi certificatori e ai requisiti che questi devono possedere per poter dichiarare la conformità del sistema, così come la normativa sulle relazioni tra questi ultimi e le autorità nazionali competenti, ricalca quella prevista in altre discipline sul marchio di conformità comunitario⁵⁰. Ciascuno Stato membro, in particolare, ha il compito di designare un'autorità di notifica responsabile per l'istituzione e l'esecuzione delle procedure necessarie per la valutazione e la notifica degli organismi certificatori (art. 30), la quale deve operare secondo modalità che garantiscano l'assenza di qualsiasi conflitto di interesse con gli organismi certificatori.

L'art. 33, inoltre, stabilisce dettagliatamente i requisiti strutturali che l'organismo certificatore è chiamato a rispettare per poter esercitare i propri compiti: oltre ad avere le risorse organizzative e finanziarie adeguate alla verifica di conformità, esso deve essere indipendente rispetto al *provider* del sistema ad alto rischio soggetto alla sua valutazione (art. 33, comma 4). Tale indipendenza deve altresì sussistere rispetto ad ogni altro operatore avente un interesse economico rispetto all'applicazione esaminata, oltre che nei confronti di eventuali concorrenti del *provider*. L'autorità di notifica nazionale comunica alla Commissione e agli altri Stati membri la lista degli organismi di valutazione della conformità utilizzando lo strumento elettronico di notifica elaborato e gestito dalla Commissione. In caso di dubbi sulla rispondenza degli organismi di verifica ai requisiti previsti nel regolamento, la Commissione potrà effettuare indagini e verifiche suscettibili di produrre misure correttive, comprensive della revoca della notificazione qualora ciò risulti necessario (art. 37).

Agli organismi certificatori spetta assicurare la propria collaborazione all'autorità di notifica per tutta la durata della loro attività, fornendo la documentazione del *provider* affinché l'autorità stessa possa compiere le eventuali attività di verifica, di monitoraggio e di sorveglianza idonee ad assicurare la correttezza dei procedimenti seguiti. Essi, inoltre, hanno significativi obblighi informativi, sia nei confronti dell'autorità di notifica sia nei confronti degli altri organismi certificatori. Rispetto alle loro decisioni, gli Stati membri sono chiamati a garantire la possibilità per chiunque abbia un interesse legittimo (*legitimate interest*) di esperire una procedura di revisione (*appeal procedure*) (art. 45). È evidente dall'impiego del termine *appeal*, che non si tratta di un mero sindacato di legittimità, ma di un ricorso che possa portare alla revisione di merito della decisione dell'organismo certificatore, il quale potrebbe anche chiamare in causa una specifica divisione amministrativa dell'autorità di notifica.

7. La governance complessiva e la banca dati sull'IA

La proposta della Commissione dedica il titolo VI alla *Governance*, il titolo VII alla banca dati europea e il titolo VIII alla vigilanza *post market*, con il relativo regime sanzionatorio. Benché nella logica di questo primo commento non sia possibile approfondire ciascuna di queste parti, un sintetico sguardo d'insieme anche a questi tratti della disciplina sembra necessario per dare conto del disegno regolatorio complessivo.

Con riguardo alla *governance*, va rilevato anzitutto come la Commissione abbia scelto di attribuire al livello amministrativo statale i poteri di attuazione della disciplina. Benché, infatti, la proposta AIA contempra l'istituzione dello *European Artificial Intelligence Board* (art. 56), sono le autorità nazionali

⁵⁰ Si consideri, ad esempio, la disciplina stabilita sugli organismi notificati e sulle autorità di notifica prevista nella citata direttiva 2009/48 sulla sicurezza dei giocattoli (agli artt. 22 e ss.).

ad assicurare «the application and implementation of this Regulation» (art. 59 comma I), secondo il noto modello dell'amministrazione comunitaria indiretta⁵¹. In tale logica, la Commissione, pur lasciando agli Stati la decisione in ordine all'assetto istituzionale ottimale, incide in vario modo sulle scelte organizzative interne, sia suggerendo l'individuazione, tra le *national competent authorities*, di un'unica autorità di sorveglianza e di notifica (considerato l'onere di precisare specificamente le ragioni, amministrative e organizzative, per la designazione di più autorità, stabilito nei commi 2 e 3 dell'art. 59)⁵², sia indicando, nel comma 4, le competenze del personale da impiegare presso queste autorità, comprensive di «in-depth understanding of artificial intelligence technologies, data and data computing, fundamental rights, health and safety risks and knowledge of existing standards and legal requirements».

L'indicazione è interessante sotto due profili: da un lato perché mostra la crescente tendenza del diritto dell'Unione a conformare i sistemi amministrativi nazionali anche in relazione ai profili, organizzativi e procedurali, che storicamente erano considerati terreno riservato all'autonomia procedurale degli Stati⁵³; e dall'altro, perché conferma la necessità, sempre più avvertita, di competenze e abilità trasversali e interdisciplinari all'interno delle pubbliche amministrazioni in ragione della complessità tecnica delle funzioni da esercitare.

Sul fronte dell'amministrazione europea, lo *European Artificial Intelligence Board* esercita, invece, funzioni di consulenza e assistenza finalizzate a favorire la cooperazione tra le diverse autorità degli Stati e la Commissione, a promuovere l'analisi e la soluzione di questioni emergenti nell'attuazione del regolamento e a garantire un'applicazione conforme del Regolamento. Esso dunque non ha compiti di amministrazione della disciplina europea né si pone in una posizione di preminenza rispetto alle autorità nazionali. La sua composizione è il riflesso della logica di cooperazione istituzionale tra le

⁵¹ Sui modelli di amministrazione europea cfr. P. CRAIG, *Amministrazione comunitaria. Storia, tipologia, e "accountability"*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, 2010, 11; S. CASSESE, *Poteri divisi: amministrazione europea e amministrazioni nazionali*, in *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, 1988, 23; S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, 2010, 399; G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991, 351; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, 2003; G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003; L. DE LUCIA, B. MARCHETTI, *L'amministrazione europea e le sue regole*, 2015.

⁵² Fa eccezione quanto stabilito dall'art. 63 comma 4 con riguardo al mercato finanziario, per il quale si prevede che «for AI systems placed on the market, put into service or used by financial institutions regulated by Union legislation on financial services, the market surveillance authority for the purposed of this regulation shall be the relevant authority responsible for the financial supervision of those institution under that legislation». Il comma 5 stabilisce, altresì, vincoli in ordine alla individuazione dell'autorità di sorveglianza con riguardo ai sistemi biometrici utilizzati per pubblica sicurezza (*law enforcement*).

⁵³ S. CASSESE, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1993, 329; M.P. CHITI, *Le forme di azione dell'amministrazione europea*, in F. BIGNAMI, S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, 2004, Quaderno della Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2004; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: "Paradise lost"?*, 2009; L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, 2007; P. CHIRULLI, *Amministrazioni nazionali ed esecuzione del diritto europeo*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI, *L'amministrazione europea e le sue regole*, cit., 145 e ss.; nello stesso volume v. anche S. TORRICELLI, *L'europeizzazione del diritto amministrativo italiano*, 247 e ss.



diverse amministrazioni nazionali e l'autorità europea di riferimento⁵⁴. Siedono, infatti, nel *Board* i vertici delle amministrazioni nazionali di vigilanza ed il Garante europeo per la protezione dei dati, mentre la presidenza è riservata alla Commissione.

I poteri del *Board* sono indicati espressamente all'art. 58 della proposta AIA e mirano a garantire un coordinamento tra le diverse autorità nazionali nella formazione e condivisione di buone pratiche, l'elaborazione comune degli standard e delle *common specifications* in materia di IA e la predisposizione di linee guida in materia di sanzioni. Pur non dando vita ad atti giuridicamente vincolanti, le raccomandazioni ed i pareri del *Board* appaiono fondamentali nel supportare la Commissione nell'esercizio di alcune sue funzioni chiave per la tenuta unitaria del sistema. Quest'ultima, infatti, oltre ad esercitare i poteri normativi attribuiti dall'art. 73 della proposta, da esercitarsi, come detto, in conformità all'art. 5 del Regolamento 182/2011 e dunque seguendo la procedura di esame della Comitologia⁵⁵, ha sia importanti funzioni di predisposizione del piano per il monitoraggio *post market* (art. 61⁵⁶), sia compiti di tenuta e controllo della banca dati europea sui sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio (art. 60). Tale banca dati, che sarà creata e gestita dalla Commissione in collaborazione con gli Stati membri, deve contenere tutte le informazioni riguardanti i sistemi di IA ad alto rischio destinati al mercato europeo che il provider è tenuto a comunicare⁵⁷.

La funzione di tale archivio è evidente: consentire la pubblicità e la controllabilità dei sistemi circolanti nell'Unione non solo a vantaggio delle Istituzioni competenti, ma anche del pubblico, considerato che l'art. 60, comma 3, espressamente prevede l'accessibilità al pubblico delle informazioni in esso contenute. Tuttavia, esso può porre anche problemi di tutela della riservatezza: non a caso, la proposta cerca di conciliare accessibilità e privacy nel comma 4 della norma, in cui è precisato che «the EU database shall contain personal data only insofar as necessary for collecting and processing information in accordance with this regulation»⁵⁸. Ovviamente il grado di effettiva pubblicità e controllabilità

⁵⁴ L. DE LUCIA, *Strumenti di cooperazione per l'esecuzione del diritto europeo*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI, *L'amministrazione europea e le sue regole*, cit., 171; E. CHITI, *Le Agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002.

⁵⁵ La procedura d'esame, come noto, comporta che la Commissione non possa adottare l'atto normativo se il Comitato non esprime parere favorevole sulla proposta. A fronte del parere negativo del Comitato interessato, dunque, essa ha due alternative: o ritira la proposta e la ripresenta in una versione modificata entro due mesi dall'adozione del parere negativo, oppure presenta il progetto di atto entro un mese al comitato di appello per una nuova espressione di parere (art. 5 comma III).

⁵⁶ Stabilisce, in particolare, l'art. 61 comma 3 che «the post-market monitoring system shall be based on a post-market monitoring plan. The post-market monitoring plan shall be part of the technical documentation referred to in Annex IV. The Commission shall adopt an implementing act laying down detailed provisions establishing a template for the post-market monitoring plan and the lists of elements to be included in the plan». Sulla base di questo piano per la sorveglianza dei sistemi ad alto rischio il provider dovrà predisporre un sistema di vigilanza post-market in base al quale sono raccolti e analizzati i dati di funzionamento di un sistema di IA per tutto il ciclo di vita allo scopo di verificare la continua rispondenza del sistema ai requisiti previsti dal capitolo II del Regolamento.

⁵⁷ La registrazione nella banca dati costituisce una delle obbligazioni del *provider*, che, ai sensi dell'art. 51, deve farvi fronte come condizione per la commercializzazione o la messa in servizio del sistema di IA.

⁵⁸ La creazione della banca dati è strategica per la attuazione di tutta la proposta AIA e dovrà essere predisposta in termini rapidissimi, senza che si ripeta l'inescusabile inerzia nella predisposizione del *Clinical Trials Information System* (CTIS) che ancora impedisce l'applicazione del regolamento 536/2014 in tema di sperimentazione clinica.



della Banca Dati dipenderà da moti fattori, tra cui la quantità di informazioni destinate ad esservi inserite. Non è chiaro, infatti, se la registrazione comporti la conoscibilità di tutta la documentazione del *provider* (art. 50) oppure la sola dichiarazione di conformità con il numero identificativo dell'organismo certificatore (quando previsto).

8. Gli strumenti di enforcement

La proposta di regolamento stabilisce, poi, poteri e misure per assicurare il rispetto dei requisiti e degli obblighi previsti da parte dei *providers*. In particolare, l'autorità di sorveglianza che abbia conoscenza di una difformità del sistema di IA con i requisiti e le obbligazioni fissati nel regolamento potrà imporre al soggetto interessato l'adozione delle misure appropriate per far cessare la violazione, ritirare il sistema di IA dal mercato o richiamarlo per un tempo ragionevole commisurato alla natura del rischio (art. 65, comma 2). Di tali azioni deve essere data comunicazione alla Commissione e agli altri Stati membri, per l'eventuale attivazione di misure corrispondenti di salvaguardia⁵⁹.

La disciplina sulle sanzioni previste in caso di violazione della disciplina è prevista, infine, negli artt. 71 e 72 della proposta AIA. La disciplina specifica per la determinazione di tali sanzioni è demandata agli Stati membri, che devono determinarla in una misura adeguata ad assicurarne la natura effettiva, proporzionata e dissuasiva. Tuttavia, la proposta della Commissione individua, secondo un approccio proporzionato, diversi regimi sanzionatori a seconda della gravità delle violazioni.

In particolare, viene stabilita una sanzione fino a 30 milioni di euro o (in caso di società) fino al 6% del fatturato totale annuo nel caso di immissione nel mercato o di messa in servizio di sistemi di IA vietati (art. 5) o di violazione della disciplina stabilita nell'art. 10 relativamente a *data* e *data governance*; ed una sanzione fino a 20 milioni di euro o una percentuale del 4% del fatturato societario totale per il mancato rispetto degli altri requisiti fissati per i sistemi ad alto rischio (cap. II). Un regime sanzionatorio ulteriore, e più leggero, viene stabilito per la violazione da parte dei *providers* degli obblighi informativi (art. 71, comma 5), con una sanzione amministrativa in tal caso ulteriormente dimezzata (10 milioni di euro e 2 % del fatturato).

Secondo la proposta AIA, la determinazione della sanzione da comminare non dovrebbe essere mai automatica. Tre gli elementi che dovrebbero essere considerati, si contano: la natura, gravità e durata della violazione, oltre alle sue conseguenze; la circostanza che la sanzione sia già stata comminata da un'altra autorità di sorveglianza per la stessa violazione e allo stesso operatore; la dimensione del

⁵⁹ Tale comunicazione ha il senso di aprire il confronto con gli Stati membri, secondo la procedura di salvaguardia ben nota nel processo di integrazione europeo (la medesima è contemplata, ad esempio, anche nella direttiva sulla sicurezza dei giocattoli più volte ricordata, 2009/48 CE). Se gli Stati e la Commissione non sollevano alcuna obiezione rispetto alle misure adottate dall'autorità di sorveglianza statale entro 3 mesi dal ricevimento, la misura è considerata giustificata. In tal caso, tutte le autorità di sorveglianza degli Stati membri assicureranno le misure restrittive appropriate (compreso l'eventuale ritiro del sistema di IA) dal mercato senza ritardo. Viceversa, se vengono sollevate obiezioni, la Commissione valuterà con gli Stati interessati e gli operatori economici coinvolti la misura adottata a livello nazionale e deciderà se detta misura è giustificata oppure no entro 9 mesi dal momento in cui le è stata comunicata, informando lo Stato interessato. Nel caso in cui la Commissione consideri giustificata la misura nazionale, tutti gli Stati membri sono tenuti ad assicurare che il sistema in questione sia ritirato dal mercato, informandone la Commissione. Nel caso, invece, in cui la misura sia considerata ingiustificata dalla Commissione, lo Stato interessato è tenuto a ritirarla (art.66).



mercato in cui la violazione è stata commessa. Nel caso in cui le violazioni siano state compiute da un'autorità pubblica, lo Stato deve valutare se e in che misura applicare le medesime sanzioni (art. 71, comma 6).

Una disciplina a parte è prevista per il caso in cui a violare il regolamento sia un'istituzione, un'agenzia o un organismo amministrativo dell'Unione. In tal caso, infatti, tra i criteri da considerare nella determinazione della sanzione applicabile si prevede, oltre agli elementi sopra menzionati dell'art. 71 comma 6, la volontà mostrata dall'autorità di collaborare con il Garante per i dati personali sia nell'opera di mitigazione degli interessi avversi sia nell'assicurare la *compliance* alle misure adottate dal medesimo Garante (art. 72 comma 1).

La norma in questione interessa anche il tema dell'applicazione (e della estensione) delle sanzioni alle amministrazioni pubbliche, stabilendo che, nel caso di violazioni del regolamento da parte delle amministrazioni dell'Unione, il massimale sia fissato fino a 500.000 euro per le violazioni più gravi, riferite alla messa in servizio di IA vietata o in contrasto con le previsioni sui dati e la *data governance*, e fino a 250.000 euro per le altre difformità rispetto ai requisiti previsti per i sistemi ad alto rischio.

Ultimo aspetto di rilievo consiste nel richiamo delle fondamentali garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori. La proposta AIA parla della «*opportunity to be heard on the matter regarding the possible infringement*», e della necessità che l'autorità garante dei dati basi «*his or her decisions only on elements and circumstances on which the parties concerned have been able to comment*» (art. 72, comma 4).

9. Conclusioni: una proposta sostenibile?

Già oggi, la IA facilita e allo stesso tempo condiziona le nostre vite più di quanto possiamo percepire. In un futuro assai vicino, grazie ai continui progressi scientifici e al moltiplicarsi delle applicazioni tecnologiche, essa permeerà la maggior parte delle nostre attività, da quelle banali a quelle più delicate e complesse⁶⁰. La limitata visibilità e la velocità di tale rivoluzione tecnologica non favoriscono l'elaborazione di un quadro regolatorio specifico; quadro che, d'altro canto, si impone a motivo della pervasività del fenomeno e del suo impatto sul nostro vivere⁶¹. Di fronte a tale situazione paradossale, la scelta dell'Unione europea di dotarsi di un regolamento generale è coraggiosa e apprezzabile. Nel contenuto, la disciplina proposta pare disegnata in base ai caratteri specifici dell'oggetto da regolare. In particolare, la complessità e la pluralità della tecnologia impiegata hanno suggerito un approccio basato sui rischi; i suoi costanti mutamenti hanno consigliato l'utilizzo di strumenti tipicamente caratterizzati da flessibilità e adattabilità; l'esigenza di una tutela effettiva ha imposto una copertura soggettiva particolarmente ampia; il potenziale positivo a fronte dell'entità delle incognite ha ispirato un bilanciamento fra strumenti di sostegno e misure di garanzia che pare complessivamente ragionevole e dotato di una buona dose di resilienza.

⁶⁰ Si tratta di un fenomeno collegato alla cd. *onlife*, su cui L. FLORIDI, (a cura di), *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, 2015.

⁶¹ Fra gli altri, S. GREENSTEIN, *Preserving the rule of law in the era of artificial intelligence*, in *AI and Law*, 17 July 2021.





Il percorso della proposta AIA è all'inizio e certamente il dibattito che ne scaturirà potrà apportare elementi di miglioramento del testo. In molte parti, infatti, la proposta AIA si affida a clausole generali che dovranno essere interpretate in modo almeno tendenzialmente uniforme per non pregiudicare le finalità di armonizzazione e di certezza del diritto su cui si basa l'affidabilità dell'impiego della tecnologia e senza le quali si innescherebbe un insostenibile contenzioso giudiziario.

Inoltre, i codici di condotta e le *sandboxes* avranno un ruolo cruciale nell'adattare le disposizioni previste ad una realtà complessa, sempre in movimento e in forte crescita come quella della IA. Al riguardo, sarà necessario alimentare un confronto fra diverse forme di sapere e un dibattito dai forti tratti interdisciplinari, a partire dal superamento dell'incomunicabilità delle diverse terminologie specialistiche. E anche i modelli di formazione e di carriera universitaria italiani dovranno essere profondamente ripensati, al fine di aprire i recinti dei propri settori scientifico-disciplinari ad una realtà che può essere capita, interpretata e disciplinata solo se approcciata in termini plurali e comunicanti⁶².

Allo stesso tempo, pare cruciale la necessità di attivare percorsi di sensibilizzazione e formazione di base e avanzata sui vantaggi e sui rischi della IA⁶³. Per l'estensione e la profondità con cui tale tecnologia sempre più influirà sul nostro vivere, infatti, è in gioco non solo la mera certificazione di nuovi dispositivi tecnologici, ma l'individuazione delle coordinate su cui costruire un nuovo modello di società; una società in cui componenti umane e non umane saranno chiamate a convivere in modo sostenibile, facendo al meglio, secondo un rinnovato principio di sussidiarietà, quanto più si addice alle rispettive caratteristiche con l'obiettivo di un mondo complessivamente più equo⁶⁴.

⁶² Su cui, fra gli altri, A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, cit., 149-175; J. ROCHEL, F. EVÉQUOZ, *Getting into the engine room: a blueprint to investigate the shadowy steps of AI ethics*, in *AI and Society*, 36, 2021, 609-622; G. PASCUZZI, *Quale formazione per la ricerca interdisciplinare?*, in questa *Rivista*, 1, 2021, 337-343.

⁶³ In generale, S.B. KULIKOV, A.V. SHIROKOVA, *Artificial intelligence, culture and education*, e D. SCHIFF, *Out of the laboratory and into the classroom: the future of artificial intelligence in education*, entrambi in *AI and Society*, 36, 2021, rispettivamente 305-318 e 331-348.

⁶⁴ Fra i molti, oltre a quanto già citato, si vedano J. MACLURE, S. RUSSEL, *AI for Humanity: The Global Challenges*, e A. DENGEL, L. DEVILLERS, L.M. SCHAAL, *Augmented Human and Human-Machine Co-evolution: Efficiency and Ethics*, entrambi in B. BRAUNSCHWEIG, M. GHALLAB (Eds.), *Reflections on Artificial Intelligence for Humanity*, cit., rispettivamente 116-126 e 203-227; R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, *Robots, macchine intelligenti e sistemi autonomi: analisi della situazione e delle prospettive*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., 23-56; la *Presentazione* di L. VIOLANTE e i contributi del *Focus sull'intelligenza artificiale* raccolti in questa *Rivista*, 3, 2019, 179-254, oltre al *Forum* dedicata a *AI and Law*, in questa *Rivista*, 1, 2020, 463-515.



***PMA pour toutes*, anonimato di donatori e donatrici di gameti e potenziali conseguenze discriminatorie dell'esclusione della GPA. Prime riflessioni sulla riforma della *loi de bioéthique* in Francia**

Tullia Penna*

LONG-AWAITED FRANCE BIOETHICS REFORM. OBSERVATIONS ON MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION FOR LESBIAN COUPLES AND SINGLE WOMEN, DONOR ANONYMITY, AND RELEVANT UNSOLVED QUESTIONS

ABSTRACT: Long-awaited French bioethics reform will constitute a milestone of national legal history. This reform allows all women (single or lesbian couples) to receive medical fertility treatment without any discrimination based on sex or sexual orientation. Moreover, right to know one's genetic origins is now recognized for donor-conceived people. Nevertheless, many questions are still unsolved, such as rights of persons born through surrogacy or surrogacy for both homosexuals and heterosexuals couples. Even social egg freezing will be legal, but it is not clear how French Healthcare System will respond to the new demands. French bioethics reform is thus thoroughly analyzed and discussed.

KEYWORDS: LGBTQ Fertility; France Law Reform; Gamete Donation; Surrogacy

SOMMARIO: 1. Introduzione al contesto storico-giuridico della riforma – 2. *PMA pour toutes*: la misura chiave della riforma – 3. A proposito di Gestazione per altri e di «*enfants fantômes de la République*» – 4. Compatibilità tra diritto di accesso alle origini e anonimato del dono – 5. Crioconservazione preventiva dei gameti: dal requisito clinico alla libera scelta – 6. Famiglie omogenitoriali e potenziali discriminazioni insite nella riforma – 7. Riflessioni conclusive sulle questioni etiche, biomediche e giuridiche irrisolte.

1. Introduzione al contesto storico-giuridico della riforma

Il 29 giugno 2021 l'*Assemblée Nationale* francese ha definitivamente approvato, con 326 voti favorevoli e 115 contrari, il progetto di legge in materia di bioetica, a seguito di un processo che ha tenuto impegnate le istituzioni e la società civile per più di tre anni. La riforma in questione è l'ultima di una serie di aggiornamenti previsti sin dal 1994, anno in cui la Francia si è dotata della prima regolazione organica della materia¹, contenente un meccanismo di revisione periodica e obbligatoria, effettivamente realizzata nel 2004 (*loi n° 2004-800 du 6 août relative à la bioéthique*) e

* Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto – Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino. Mail: tullia.penna@unito.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Si tratta della *loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994* relativa al trattamento dei dati personali in ambito di ricerca medica¹, della *loi n° 94-653 du 29 juillet 1994* in fatto di rispetto del corpo umano e della *loi n° 94-654 du 29 juillet 1994* in materia di dono e utilizzo degli elementi e dei prodotti del corpo umano, di fecondazione medicalmente assistita e di diagnosi prenatale.

nel 2011 (*loi n° 2011-814 du 7 juillet relative à la bioéthique*). Si tratta di un sistema esauriente e dettagliato, nonché progressivamente aggiornato e integrato nel *Code de la Santé Publique* (CSP), che ha visto nel 2021 un'ulteriore concretizzazione. Inoltre, a partire dalla *loi bioéthique 2011*, la democraticità e la qualità scientifica delle norme in oggetto vengono garantite anche attraverso un dibattito pubblico nella forma degli *États généraux de la Bioéthique*, organizzati dal *Comité consultatif national d'éthique* (CCNE), che ne indirizza i lavori a seguito della consultazione delle commissioni parlamentari competenti e dell'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* (Opesct). Gli stati generali debbono inoltre essere convocati ogni cinque anni qualora non sia in discussione un progetto di riforma². Tale sistema di regolare aggiornamento è cruciale, considerata la naturadi incessante mutevolezza del diritto alla salute, che costituisce un elemento determinante anche rispetto ai principi di eguaglianza e non-discriminazione³.

L'iter della più recente riforma della *loi de bioéthique* (*Loi n° 2021-2017 du 2 août 2021*) è principiato nel 2018, con la convocazione degli stati generali della bioetica concretizzatisi da un lato nella divulgazione alla società civile delle conoscenze più innovative in campo biomedico; dall'altro nell'acquisizione, mediante audizioni parlamentari, delle prospettive diffuse nella società e rappresentate da associazioni di pazienti infertili, di persone LGBTQI+ e di soggetti nati dal dono di gameti nei passati decenni⁴. Ne è derivato il *Projet de loi relatif à la bioéthique n° 2187*, approvato in prima lettura all'*Assemblée Nationale* il 24 settembre 2019. I lavori parlamentari hanno seguito l'indirizzo del rapporto redatto dalla commissione speciale incaricata (c.d. *Rapport Touraine*, dal nome del referente), del parere del *Conseil d'État* e delle indicazioni del *Comité consultatif national d'éthique* (CCNE), incaricato dal Primo ministro francese già nel 2017 di esprimersi circa gli interrogativi etici oggetto della riforma⁵. Appare opportuno indicare marginalmente come l'esecutivo francese, pubblicamente impegnatosi nella promozione della riforma, abbia invece rinviato a lungo l'iscrizione del disegno di legge nell'agenda parlamentare⁶. Un testo, che dopo quattro letture dell'*Assemblée Natio-*

² Per il dettaglio circa convocazione e lavoro degli stati generali della bioetica si rinvia alla *loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011*, art. L 1412-1-1, come modificato dall'art. 12 della *loi n°2016-87 du 2 février 2016*.

³ Ciò è vero tanto per l'ordinamento italiano, come ricorda Ferrara riferendosi alla "permanente provvisorietà" del diritto sanitario nonché al c.d. paradosso dell'eterno riformatore (R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, 5), tanto per quello francese come sottolinea F. FABERON, *Constitutions et Santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, hors-série, 2013, 589.

⁴ Gli Stati generali sono constati di 71 incontri a livello regionale, con la partecipazione online di quasi 18mila soggetti, che hanno condiviso più di 29mila contributi. Si sono inoltre svolte 76 audizioni di associazioni, enti e movimenti interessati, nonché di 15 società scientifiche - *Comité Consultatif National d'éthique, États généraux de la bioéthique, Rapport de synthèse*, Juin 2018.

⁵ *Assemblée Nationale*, J.L. TOURAINE, *Mission d'Information sur la révision de la loi relative à la bioéthique, n° 1572*, enregistré le 15 janvier 2019; *Conseil d'État, Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, 18 juillet 2019; *Comité Consultatif National d'Éthique, Avis n° 126, Avis du CCNE sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, 15 juin 2017; *Comité Consultatif National d'Éthique, Avis n° 129, Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, 18 septembre 2018.

⁶ Il Presidente Emmanuel Macron aveva indicato la riforma della *loi de bioéthique* tra le proprie priorità sin dalla campagna elettorale presidenziale del 2016-2017, così come il suo predecessore François Hollande nel 2012. Cfr. D. MEHL, *La PMA déconfinée: La révision de la loi de bioéthique en 2020*, Paris, 2021, 11-12.

nale e tre del *Sénat*, nonché la proposta di quasi 6mila emendamenti attraverso circa 500 ore di dibattito parlamentare, ha subito copiose e rilevanti modifiche rispetto allo schema originario.

2. PMA pour toutes: la misura chiave della riforma

La modifica dei requisiti soggettivi di accesso alla fecondazione assistita, con l'inclusione delle donne single o per le coppie lesbiche, è stata senza dubbio la tematica più discussa durante l'iter legislativo. Con la formula *Procréation médicalement assistée pour toutes (PMA pour toutes)*, ci si riferisce quindi a due distinte tipologie di fecondazione assistita, con conseguenti modi per costituire la filiazione. Nel caso delle coppie lesbiche, occorre sottolineare come il concetto stesso di "omogenitorialità" sia stato coniato in seno all'attivismo omosessuale francese negli anni Novanta, venendo rapidamente incluso nel linguaggio specialistico⁷ e indicando la coincidenza tra omosessualità e desiderio di filiazione⁸. In un contesto storico che ha visto gradualmente de-costruire il modello della famiglia nucleare, le famiglie omogenitoriali rappresentano indubbiamente l'emblema della trasformazione che ha investito non solo i legami familiari, ma prima ancora i processi attraverso i quali le famiglie vengono a crearsi⁹. Processi e legami che hanno prodotto effetti sul simbolismo connesso ai ruoli parentali e sul sistema stesso di parentela occidentale¹⁰. Al rinnovamento antropologico e sociale del ruolo parentale corrisponde una richiesta di innovazione a livello giuridico, destinata spesso a non incontrare risposte politiche e normative. Simili istanze concernono principalmente due aspetti della dimensione del diritto e dei diritti delle famiglie: l'evoluzione del concetto dello *status filiationis* e l'essenzialità dell'interesse del figlio allo *status*¹¹. Lo *status filiationis* ha invero assunto negli ultimi anni una dimensione schiettamente individuale, che non concretizza più un interesse pubblico assoluto, bensì la posizione del singolo membro di un nucleo familiare, la cui legittimazione discende dalla constatazione di un legame intersoggettivo tra genitore e figlio, non necessariamente biologico o genetico¹². Al contempo, l'interesse del figlio allo *status* va affermandosi come principio preminente

⁷ S. GRILLI, *Antropologia delle famiglie contemporanee*, Roma, 2019, 226. Cfr. A. CADORET, *Genitori come gli altri. Omosessualità e genitorialità*, Milano, 2008.

⁸ Vd. M. SEGALÉN, A. MARTIAL, *Sociologie de la famille*, Paris, 2013; F.L. TARNOVSKI, *Paternité et sexualité dans la construction de soi*, in *Ethnologie française*, 1, 42, 2012, 145-153.

⁹ S. GRILLI, *op. cit.*, 226.

¹⁰ Vd. I. THÉRY, *Mariage et filiation pour tous*, Paris, 2016; M. EVERRI (a cura di), *Genitori come gli altri e tra gli altri*, Milano, 2016; J. COURDURIÈS, A. FINE, *Homosexualité et parenté*, Paris, 2014; R. PARISI (a cura di), *Frontiere mobili del cambiamento. La famiglia omogenitoriale nel processo di trasformazione delle relazioni parentali e sociali*, in *Voci. Annuale di scienze umane*, 11, 2014; S. HICKS, *Lesbian, Gay and Queer Parenting. Families, Intimacies, Genealogies*, New York-Basingstoke, 2011; V. DESCOUTURES, *Les mères lesbiennes*, Paris, 2010; J.P. WINTER, *Homoparenté*, Paris, 2010; C. LALLI, *Buoni genitori. Storie di mamme e di papà gay*, Milano, 2009; B. BOURGES, *L'homoparentalité en question. Et l'enfant dans tout ça?*, Monaco, 2008.

¹¹ A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 378.

¹² Ci si riferisce all' "individualismo dello status" teorizzato da A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. Dir. Civ. comm- Cicu-Messineo*, II ed., Milano, 2013, 41 ss.

in ambito giurisdizionale con sempre maggior frequenza, tendendo a coincidere con i *best interests* del fanciullo delineati dal diritto internazionale¹³.

Lo *status filiationis* e l'interesse preminente del figlio al proprio *status* risultano cruciali anche per il secondo profilo della c.d. *PMA pour toutes*, vale a dire per le donne che intendano procedere a una fecondazione assistita in assenza di partner. A dispetto delle critiche rivolte alla potenziale precarietà sociale ed economica di nascituri concepiti da donne single, si può ricordare come già il *code civil* del 1804 prevedesse l'adozione di minori da parte di singoli soggetti. Inoltre il principio dell'interesse superiore del bambino, che secondo alcuni detrattori sarebbe stato incompatibile con il concepimento tramite fecondazione assistita da parte di una donna single, conosce una declinazione particolare oltrelpe. Difatti se da un lato una storica sentenza della *Cour de cassation* ne ha stabilito il carattere *supra-législativo*¹⁴, dall'altro l'ampiezza interpretativa del concetto è valsa allo stesso la qualificazione di "*formule magique*" da parte di Carbonnier¹⁵. In sede di dibattito parlamentare le istanze a supporto dell'interesse superiore dei nascituri sono state quindi declinate nel senso della preferenza verso la nascita e l'accoglimento in una famiglia, a prescindere dalla sua composizione, e sono state invece rigettate le opposizioni fondate sull'assenza della figura maschile-paterna quale *vulnus* alla formazione della personalità individuale.

In fase di progettazione della riforma tanto il *Conseil d'État*, quanto il CCNE, si erano espressi a favore della *PMA pour toutes*. Il primo aveva evidenziato come l'adozione dei minori fosse divenuta possibile per tutte le coppie unite legalmente, senza distinzione di sesso, già con la legge sul "*mariage pour tous*" (*loi du 17 mai 2013*)¹⁶. In tal senso le famiglie omogenitoriali avevano in parte assunto realtà giuridica oltre che fattuale. In parte perché, come si vedrà, la *Gestation pour autrui* era e rimarrà vietata, tanto per le coppie di uomini, quanto per le coppie eterosessuali. Inoltre da anni le coppie di donne intenzionate a realizzare un progetto genitoriale si rivolgono a cliniche della fertilità di Paesi confinanti, nutrendo il fenomeno della *Cross border reproductive care*^{17 18} e vedendo i propri figli ap-

¹³ Convention on the Rights of the Child (Convenzione di New York): "[i]n all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration" (art. 3, c.1).

¹⁴ Cass. 1^{re} Civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613, Bull. 2005, I, n° 212.

¹⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille, l'enfant et la couple*, Paris, 2002, 85

¹⁶ Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 2018, 56.

¹⁷ La *Cross Border Reproductive Care* (CBRC) è funzionale a ridurre in una data società i conflitti morali che circondano la biomedicina riproduttiva. Un fenomeno in grado di consentire la co-abitazione nella medesima società di differenti visioni religiose ed etiche. Il concetto di CBRC si impiega in ambito bioetico per indicare quello spazio attivo e proattivo a lungo appellato "turismo riproduttivo". C. MATTALUCCI (a cura di), *Antropologia e riproduzione. Attese, fratture e ricomposizioni della procreazione e della genitorialità in Italia*, Milano, 2017, 33. Cfr. G. PENNING, *Reproductive tourism as a moral pluralism in motion*, in *Journal of Medicine and Ethics*, 28, 6, 2002, 337-441. A. FERRARETTI, G. PENNING, L. GIANAROLI et al., *Cross border reproductive care: A phenomenon expressing the controversial aspects of reproductive technologies*, in *Reproductive BioMedicine Online*, 20, 2010, 261-266.

¹⁸ Sulla rilevanza del fenomeno della CBRC ai fini comparativi in merito allo *status filiationis*, al diritto di accesso alle origini per i nati da dono di gameti e alle implicazioni etiche si vd. G. PENNING, R. KLITZMAN, F. ZEGERS-HOCHSCHILD, *International regulation and cross-country comparisons*, in S. GOLOMBOK, R. SCOTT, J.B. APPLEBY, M. RICHARDS, S. WILKINSON (eds), *Regulating Reproductive Donation*, Cambridge (UK), 2017, 39-49.

pellati sulla scena pubblica francese come “*bébés Thalys*”¹⁹. Nonostante simile circostanza, il CCNE in origine aveva proposto di inserire un regime prioritario di accesso alla fecondazione assistita per le coppie eterosessuali infertili, al fine di arginare il fenomeno dell’allungamento delle liste di attesa per una potenziale penuria di gameti maschili²⁰. Ciò a fronte della consapevolezza, manifesta anche nell’*Avis 126*, del fatto che ogni anno le donne che si recano all’estero per le cure riproduttive si stimino essere 2-3mila²¹.

Tenuto conto di simile quadro, la riforma adottata chiarisce la finalità della fecondazione assistita: il futuro art. L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique* (CSP) vedrà infatti rimossa la funzione di «remédier à l’infertilité d’un couple ou d’éviter la transmission à l’enfant ou un membre du couple d’une maladie d’une particulière gravité» a favore della concezione della fecondazione assistita come «destinée à répondre à un projet parental». Non più trattamento fondato su condizioni patologiche fisiche clinicamente accertate, bensì pratica orientata alla dimensione sociale e psichica della salute. Una concezione profondamente volontaristica, radicata nell’intenzione dei soggetti di realizzare un progetto genitoriale. Un’impostazione originale rispetto all’ordinamento francese, ma iscritta in quella constatata metamorfosi della medicina, specialmente riproduttiva, avvenuta negli ultimi decenni e foriera di un ripensamento integrale dei suoi presupposti e delle sue finalità²².

Tornando al dettato della riforma, l’art. L. 2141-2 prevedrà che non vi possa essere alcuna forma di discriminazione, basata sul sesso o altri elementi, alla base dell’accesso ai trattamenti volti alla riproduzione, risultando pertanto respinta la proposta del CCNE di istituire un percorso prioritario per le coppie eterosessuali affette da patologie che inficino la fertilità. Anticipando quanto si spiegherà a breve, l’art. L. 2141-2 disporrà anche che, in sede di prelievo degli ovociti al fine di una fecondazione *in vitro*, venga contestualmente proposta alla donna la possibilità di procedere alla conservazione di parte di tali cellule, al fine di un eventuale progetto parentale futuro. Sulla medesima linea si colloca il futuro art. L. 2141-3, che permetterà all’équipe curante di prospettare alla donna l’opportunità di fecondare un maggiore numero di ovociti al fine di conservare i risultanti embrioni, sempre e solo al fine di un ulteriore progetto parentale. Qualora tale proposta venga accolta dall’interessata, nel futuro ella non potrà ricorrere a ulteriori stimolazioni ovariche, o a ulteriori doni di spermatozoi, prima di aver impiegato i gameti o gli embrioni già crioconservati (art. L. 2141-3). La *ratio* delle suddette disposizioni risponde a un duplice ordine di ragioni. Da un lato ridurre il numero di stimolazioni ovariche e conseguenti prelievi ovocitari, al fine di ridurre i rischi dell’insorgenza della sindrome da iperstimolazione ovarica (*Ovarian hyperstimulation syndrome – OHSS*); dall’altro evitare la conservazione *sine die* di migliaia di cellule riproduttive ed embrioni.

¹⁹ L’appellativo deriva dal nome dell’impresa ferroviaria che collega Parigi, Bruxelles e Amsterdam, stante la possibilità, in Belgio e in Olanda, di ricorrere alla fecondazione assistita con dono di spermatozoi anche per le donne sole e quelle in coppia con un’altra donna, come ricorda A. MIRKOVIC, *La PMA. Un enjeu de société*, Paris, 2018, 11.

²⁰ Comité Consultatif National d’Éthique, *Avis n° 126*, 24. La quantificazione della potenziale mancanza di gameti era stata operata dal *Collège de Médecins* francese sulla base dell’esperienza belga, dove l’88% delle persone richiedenti cellule riproduttive maschili sono donne single o in coppia con altre donne. *Collège de Médecins, Médecine de la reproduction*, 16 novembre 2017.

²¹ Comité Consultatif National d’Éthique, *Avis n° 126*, 27.

²² P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralità” e diritto*, Milano, 2018, 317.

Rispetto al profilo economico-finanziario, la riforma della *loi de bioéthique* si è collocata nel senso del rimborso da parte della *Securité Sociale* dei trattamenti di fecondazione assistita per tutti i soggetti, senza discriminazione di sesso o di presenza di un o una partner. Si dovrà tuttavia attendere il decreto attuativo della norma per comprendere se i limiti di età verranno confermati (a oggi 43 anni per la donna) e quali limiti verranno istituiti rispetto al numero di tentativi di fecondazione concessi.

Rimarchevole inoltre la scelta del legislatore francese rispetto all'istituzione del legame di filiazione tra la coppia di donne e il nascituro: la riforma ha accolto la prospettiva tratteggiata dal *Conseil d'État*, per cui la donna partoriente vedrà stabilita la filiazione a mezzo del parto (art. 311-25 *Code civil* - CC), mentre la partner attraverso una *reconnaissance conjointe* di fronte a un notaio (futuri artt. 342-11 e 342-12 CC), che verrà menzionata nell'atto di nascita del figlio (art. 342-13 CC), secondo gli stessi termini previsti per prestare il consenso scritto rispetto alla ricezione di un dono di gameti (art. 342-10). Tale riconoscimento congiunto anticipato intende blindare il legame di filiazione, rispondendo alla medesima *ratio* del consenso alla ricezione di un dono di gameti che va prestato tanto da una donna single, quanto da una coppia di donne o eterosessuale. Il riconoscimento congiunto anticipato e il consenso alla ricezione del dono, infatti, risultano funzionali a interdire qualsiasi successiva azione di contestazione della maternità/paternità o di istituzione di un legame di filiazione da parte di donatori e donatrici. Al fine di costituire un raccordo e tutelare i diritti dei bambini già nati all'estero da una coppia di donne, la riforma prevede che per i prossimi tre anni sarà possibile ricorrere a una *reconnaissance conjointe anticipée* anche in questi casi. La *ratio* di tali disposizioni va ricercata, come già suggerito, in quel processo di *individualizzazione* dello *status filiationis*²³, nonché dell'affermazione di un solido interesse allo *status* da parte de figli²⁴.

3. A proposito di Gestazione per altri e di «enfants fantômes de la République»

Integralmente esclusa dallo spettro di azione della riforma risulta invece la *Gestation pour autrui* (GPA). Se il CCNE si era espresso contrariamente sia alla legalizzazione della pratica, sia alla trascrizione degli atti di nascita dei soggetti nati all'estero, il *Conseil d'État* aveva piuttosto evidenziato come la domanda sociale in questo senso fosse divenuta particolarmente intensa²⁵. Sempre il *Conseil d'État* aveva posto in luce la difficoltà di declinare il principio di uguaglianza tra GPA per coppie gay e *PMA pour toutes*, rifiutando la possibilità di tracciare una semplicistica equivalenza che avrebbe comportato, secondo il *Conseil*, l'affermazione di un "diritto al bambino"²⁶. Superando il quesito circa la possibile legalizzazione della pratica, cui la risposta in senso negativo non è mai stata posta in discussione, il dibattito si è incentrato sul tema della trascrizione degli atti di nascita dei nati all'estero da *mère porteuse* (*surrogate*, gestatrice). Il CCNE aveva infatti proposto l'istituzione di un apposito sistema di controllo affinché la madre d'intenzione potesse adottare il nato da GPA: un test del DNA per testarne il legame genetico con almeno un genitore d'intenzione e la verifica della corretta formazione dell'atto di nascita secondo il diritto vigente nel Paese considerato. Qualora non fosse

²³ A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *op. cit.*, 41 ss.

²⁴ A. SASSI, S. STEFANELLI, *op. cit.*, 378.

²⁵ Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 2018, 77.

²⁶ *Ivi*, 81.

emerso alcun legame genetico rispetto ai genitori d'intenzione, si sarebbe dovuto provvedere all'immediata dichiarazione dello *status* di adottabilità del bambino²⁷. I redattori del *Rapport Touraine* avevano invece proposto di permettere il riconoscimento automatico del genitore d'intenzione qualora il legame di filiazione fosse stato stabilito con un atto correttamente formato all'estero²⁸.

Oltre a ciò, a supporto di un'impostazione elastica rispetto alla trascrizione dei suddetti atti di nascita, sono intervenute tre sentenze storiche della *Cour de cassation* a fine 2019. La Corte ha difatti riconosciuto come migliore strumento per tutelare due gemelle nate da GPA la trascrizione dell'atto di nascita, formato negli Stati Uniti, e in cui era stato istituito il legame di filiazione con la madre d'intenzione. Secondo la Corte: «une GPA réalisée à l'étranger ne fait pas, à elle seule, obstacle à la reconnaissance en France d'un lien de filiation avec la mère d'intention»²⁹. La *Cour de cassation* ha dunque escluso nel caso di specie il ricorso all'adozione, ritenuto un istituto non soddisfacente a tutelare l'interesse allo *status*³⁰. Successivamente la *Cour de cassation* ha consolidato tale impostazione estendendola a due casi di GPA svolta all'estero da coppie gay e affermando come «une GPA réalisée à l'étranger ne fait pas, à elle seule, obstacle à la transcription de l'acte de naissance des enfants désignant le père biologique et le père d'intention»³¹.

Al netto di tale giurisprudenza, la riforma non è intervenuta sulla GPA. Rimangono dunque in vigore le norme pre-esistenti: in particolare l'art. 16-7 CC, che prevede la nullità di qualsiasi accordo funzionale alla realizzazione di una GPA, e gli artt. 227-12, al. 3 e 227-13 del *Code pénal*, che puniscono chiunque si ponga nel ruolo di intermediario tra una *mère porteuse* e una coppia o un soggetto che intendano accogliere il nascituro, nonché ogni forma di dissimulazione della nascita o sostituzione volontaria che mirino ad alterare lo stato civile del bambino. La *ratio* dell'esclusione dalla riforma riposa nel profondo disvalore associato alla GPA nell'ordinamento francese, in cui la tutela della dignità femminile, e dunque la visione di sfruttamento biocapitalistico della capacità riproduttiva³², preva-

²⁷ Comité Consultatif National d'Éthique, *Avis n° 126*, 41.

²⁸ Assemblée Nationale, J.L. TOURAINE, *Mission d'Information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, n° 1572, enregistré le 15 janvier 2019, 109.

²⁹ *Arrêt n° 648 du 4 octobre 2019 (10-19.053)*.

³⁰ Un caso giudiziario durato quasi 20 anni, che ha ottenuto un ampio spazio mediatico in Francia, e riguardante le figlie gemelle di Dominique e Sylvie Mennesson, nate da GPA negli Stati Uniti nel 2002. Nel 2014 il caso era approdato innanzi alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, costando una condanna alla Francia, le cui corti, tuttavia, non avevano concesso margine a un immediato *révirement* giurisprudenziale (*Mennesson c. France*). La *Cour de Cassation* aveva inizialmente perseverato nel negare il rilascio dei certificati di nazionalità francese a coloro che avessero concluso degli accordi di GPA all'estero, a prescindere dall'effettiva sussistenza di un legame biologico divenuto anche legale mediante un atto validamente formato all'estero. Vd. V. MENNESSON, *Moi, Valentina, née par GPA*, Paris, 2019; S. MENNESSON, D. MENNESSON, *La Gestation pour Autrui. L'improbable débat*, Paris, 2010.

³¹ *Arrêt n° 1111 du 18 décembre 2019 (18-11.815)*; *Arrêt n° 1112 du 18 décembre 2019 (18-12.327)*.

³² Vd. R. KLEIN, *Surrogacy. A Human Rights Violation*, Queensland, 2017; L. HELLERSTRÖM, *The Swedish Women's Lobby. A feminist no to surrogate motherhood*, in M. DAVIES (ed.), *Babies for sale? Transnational surrogacy, human rights and the politics of reproduction*, London, 2017; E. MANIERE, *Mapping Feminist views on commercial surrogacy*, in M. DAVIES (ed.), *Babies for sale? Transnational surrogacy, human rights and the politics of reproduction*, London, 2017; G. BRAMBILLA, F. FAGGIOLI, *Uova d'oro. L'eugenetica, il grande affare della salute riproduttiva e la nuova bioschiavitù femminile*, Roma, 2016; M. COOPER, C. WALDBY, *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, Roma, 2015; S. AGACINSKI, *Corps en miettes*, Paris, 2013.

le sull'accoglimento di un'impostazione orientata alle c.d. prestazioni superetiche (fondate sul puro altruismo e carenti di elemento patrimoniale)³³.

Rimangono tuttavia irrisolte alcune problematiche di ordine tanto etico, quanto giuridico, sulle quali si tornerà più diffusamente nel prosieguo. *In primis*, il mancato riconoscimento dell'interesse preminente allo *status filiationis* dei nati da GPA. Soggetti noti come "*enfants fantômes de la République*" a causa della mancata trascrizione dei relativi atti di nascita nel registro dello stato civile francese. Soggetti i cui diritti allo sviluppo personale, all'identità e alla vita privata e familiare sono indeboliti, se non violati, da condizioni di incertezza giuridica. Come si è evidenziato, la più recente giurisprudenza *Cour de cassation* non è stata assunta come indirizzo per la riforma, nonostante suffragasse un'impostazione già offerta nel 2013 dalla Ministra della Giustizia *pro tempore* Christiane Taubira, attraverso una circolare volta a garantire il regolare rilascio dei certificati di nazionalità francesi «aux enfants nés à l'étranger de Français, lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui» (c.d. circulaire Taubira)³⁴.

In secundis, il potenziale profilo discriminatorio derivante dalla legalizzazione della *PMA pour toutes*, specialmente nella dimensione di ricorso alla fecondazione assistita per una coppia formata da due donne, a fronte della mancata previsione non solo della legalizzazione della GPA, ma soprattutto della possibilità di ricorrere a una trascrizione automatica degli atti di nascita dei nati da GPA all'estero. Indubbiamente il profilarsi di elementi discriminatori non andrebbe sostenuto all'esito di una equiparazione *sic et simpliciter* delle posizioni di uomini (single e/o gay) e donne (single e/o lesbiche) rispetto al ricorso a tecnologie biomediche di riproduzione, bensì di una riflessione circa presupposti e conseguenze dell'intervento della scienza nella costruzione dei modelli familiari contemporanei.

4. Compatibilità tra diritto di accesso alle origini e anonimato del dono

Un ulteriore punto di innovazione apportato dalla nuova *loi de bioéthique* concerne il tema dell'anonimato di donatori e donatrici di cellule riproduttive. Le previsioni nel senso dell'eliminazione del principio di anonimato erano state confermate sin dalla prima lettura dell'*Assemblée Nationale*³⁵.

³³ La costruzione, nonché la declinazione giuridica delle prestazioni c.d. superetiche è da ascrivere ad A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, 11 ss; cfr. A. SASSI, S. STEFANELLI, *op. cit.*, 1, 2019, 382.

³⁴ Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, *Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - Etat civil étranger*. La circolare non imponeva un rilascio incondizionato dei certificati di nazionalità francese (*certificats de nationalité française* - CNF), ma una verifica atta a dimostrare il legame di filiazione con un genitore d'intenzione francese, comprovato da un atto di stato civile straniero (ex art. 47 CC). Inoltre la circolare mirava a evitare qualsiasi spazio per decisioni arbitrarie in capo ai responsabili amministrativi della trascrizione: «le fait que le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probants au sens de l'article 47».

³⁵ Vd. J.R. BINET, *L'accès aux origines personnelles, dons de gamètes et accouchement sous X*, in B. BEVIÈRE-BOYER, D. DIBIE, A. MARAIS (sous direction de), *La Bioéthique en débat: le début de la vie*, Paris, 2019; M.C. LE BOURSICOT, *L'accès aux origines personnelles des personnes nées d'un accouchement secret ou d'une PMA avec don d'un*

Differentemente, durante lo svolgimento degli stati generali della bioetica, numerose associazioni di pazienti e soggetti nati dal dono si erano opposte alla possibilità di divulgazione dell'identità di donatori e donatrici. Il *Conseil d'État* aveva inizialmente prefigurato tre scenari di riforma: nessuna richiesta del consenso di donatori e donatrici rispetto divulgazione della loro identità, che sarebbero stati informati direttamente della possibilità che i nati dal dono li contattassero al raggiungimento della maggiore età e avrebbero potuto rinunciare a donare; chiedere il consenso al momento del dono, ma escludere dalla procedura coloro che rifiutassero di prestarlo; chiedere il consenso e accettare anche donatori e donatrici che non intendessero prestarlo, prevedendo di poterli ri-contattare per valutare un eventuale cambio di intenzione³⁶. Quest'ultima opzione avrebbe evidentemente creato una duplice categoria di donatori e donatrici con la conseguenza di dare luogo a discriminazioni tra soggetti nati dal dono. Il CCNE, pur avendo sottolineato come «la levée de l'anonymat est une donnée qui ne permet pas de répondre à la question de l'origine, qui touche aussi à bien d'autres dimensions qui ont présidé à un projet procréatif et de transmission entre les générations»³⁷, aveva comunque prospettato l'eliminazione dell'anonimato di donatori e donatrici, anche a fronte nella vasta diffusione dei test genetici in Francia, confermando un suo precedente parere³⁸.

Il testo approvato definitivamente dall'*Assemblée Nationale* introduce quindi novità prevedibili, ma al contempo rivoluzionarie per il contesto, perché a essere mantenuto è l'anonimato del dono (riceventi e donatori/donatrici non possono vicendevolmente scegliersi o conoscersi), ma non quello dei soggetti donanti (l'art. 16-8-1 CC chiarirà come l'accesso alle origini non precluda l'anonimato del dono). Nei futuri colloqui volti al dono di gameti, l'interessato o l'interessata saranno informati (art. L. 1244-2) della possibilità per i nati dal dono di conoscere, al raggiungimento della maggiore età, informazioni non-identificanti³⁹ del donatore o donatrice e la loro identità (art. L. 2143-2). Al momento del dono, inoltre, verrà proposta agli interessati la conservazione di parte gameti, in vista di un progetto parentale (art. L. 2141-12). Donatori e donatrici che accettino di procedere alla crioconservazione di parte dei loro gameti saranno ricontattati ogni anno per confermare il consenso alla conservazione oppure richiederne la cessazione con diverse finalità: dono degli stessi, conferimento alla ricerca scientifica o distruzione (art. L. 2141-12). Il consenso, sempre da esprimersi per iscritto, potrà essere ritirato fino al momento della realizzazione della finalità prescelta, ma, in caso di mancata risposta per dieci anni, la conservazione verrà interrotta.

Vi sono, come si accennava, due rivoluzioni da considerarsi tali rispetto al contesto storico-giuridico francese: la possibilità di fare ricorso a un c.d. *double don* (ricevere sia un dono di spermatozoi, sia un dono di ovociti; vietato dall'art. L. 2141-3 nella forma *ante* riforma) e l'eliminazione del principio di anonimato di donatori e donatrici che ha caratterizzato il sistema bioetico francese sin dal 1994, con conseguente riconoscimento di un diritto di accesso alle origini genetiche. L'art. L. 2143-2 prevedrà

tiers, in B. BEVIÈRE-BOYER, D. DIBIE, A. MARAIS (sous direction de), *La Bioéthique en débat: le début de la vie*, Paris, 2019.

³⁶ Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 2018, 98.

³⁷ Comité Consultatif National d'Éthique, *Avis n° 129*, 125-126.

³⁸ Comité Consultatif National d'Éthique, *Avis n° 90, Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, 24 novembre 2005, 23.

³⁹ Età, descrizione personale, caratteristiche fisiche, situazione familiare e professionale, Paese di nascita e motivazioni alla base della scelta di donare i propri gameti (art. L. 2143-3).

infatti che «toute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur». A tal fine ai donatori, alle donatrici e alle coppie che intendano donare i propri embrioni⁴⁰ sarà richiesto di prestare consenso in forma scritta affinché sia informazioni non identificanti, sia la loro identità, possano essere divulgate a chi nascerà grazie al loro dono e l'eventuale decesso del donatore e della donatrice non influirà sul consenso precedentemente formatosi.

Responsabile della raccolta delle informazioni e dei dati, tanto di chi dona, tanto di chi riceve i gameti, sarà il medico a capo dell'équipe interdisciplinare che condurrà la procedura di fecondazione assistita, mentre la successiva conservazione dei dati spetterà all'*Agence de Biomédecine* (ABM; art. L. 2143-4)⁴¹. Il nato da dono di gameti, che al compimento della maggiore età intenderà accedere alle informazioni sino a qui citate, dovrà rivolgersi a una precippua commissione di nuova costituzione (art. L. 2143-5)⁴². Tale commissione dovrà inoltre contattare i donatori divenuti tali prima della riforma e richiedere loro il consenso alla divulgazione delle informazioni che li concernono (art. L. 2143-6). La commissione assolverà inoltre a un generico ruolo di assistenza e consulenza tanto a chi donerà, quanto a chi sarà nato dal dono, al fine di supportare il processo di accesso alle origini. La riforma prevede inoltre il rispetto delle quote di genere per la commissione che dovrà essere composta da un magistrato ordinario, un rappresentante della giurisdizione amministrativa, quattro rappresentanti del ministro della giustizia e dei ministri incaricati degli affari sociali e della salute, quattro personalità di alto profilo professionale (scienze dure e/o sociali) nel campo della biomedicina riproduttiva, nonché sei rappresentanti di associazioni interessate dal campo di azione della commissione (art. L. 2143-7).

In Francia la questione dell'anonimato di donatori e donatrici è il cuore pulsante di un vivace dibattito da più di un decennio, durante il quale diverse associazioni nazionali di pazienti e di nati dal dono si sono confrontate non solo con le corti di giustizia, ma anche con i media⁴³. Una circostanza tale da

⁴⁰ Si tratta dell'*accueil d'embryon*, definito dall'*Agence de la biomédecine* come "la technique d'AMP qui permet à un couple infertile (dit couple receveur) de bénéficier de chances supplémentaires de grossesse par le don d'embryons d'un autre couple (dit couple donneur) n'ayant plus de projet parental", *Agence de la Biomédecine, Glossaire, L'accueil d'embryons, brochure sur les Informations pour les couples receveurs*, 2014. L'introduzione di un analogo istituto era stata proposta anche in Italia dal Comitato Nazionale di Bioetica, sotto il nome di "adozione per la nascita" (APN), vd. Comitato Nazionale per la Bioetica, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita*, del 18 novembre 2005, in <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/adozione-per-la-nascita-degli-embryoni-crioconservati-e-residuali-derivanti-da-procreazione-medicalmente-assistita-pma/>, (last visited 30/08/2021).

⁴¹ Ente fondato dalla *loi de bioéthique 2004* allo scopo di promuovere la ricerca nei campi della biomedicina, favorire il contatto tra istituzioni, scienziati e società, nonché favorire la consapevolezza scientifica e medica dei cittadini.

⁴² A fronte di simili modifiche, sarà poi fissata a mezzo di decreto la data (non oltre il 1° giorno del 13° mese a partire dalla promulgazione della legge) da cui il regime di anonimato dell'identità di donatori e donatrici verrà meno per i nati dal dono al momento del compimento della maggiore età.

⁴³ Tra le associazioni più attive e militanti vi sono la *PMAnonyme*, che si è impegnata in un'autentica battaglia a favore della rimozione dell'anonimato, e l'*Association des Enfants du don* (AEDDD), schierata in senso contrario. Tra gli ex membri della *PMAnonyme* rientrano anche i coniugi Kermalvezen, i cui casi giudiziari, nonché impegno professionale (Audrey Kermalvezen è infatti avvocatessa specializzata in diritti riproduttivi e *status filiationis*) sono stati cardinali in Francia per costituire un *consensus* attorno alla necessità di rimuovere l'anonimato. Vd. A. KERMALVEZEN, *Mes origines: une affaire d'État*, Paris, 2014; A. KERMALVEZEN, *Né de spermato-*

rendere il tema di diversa percezione agli occhi di un osservatore abituato al panorama italiano, in cui l'anonimato e il diritto di accesso alle origini sono raramente oggetto di confronto. Il principio di anonimato, accordato ai donatori e alle donatrici nelle prime fasi storiche di affermazione della medicina riproduttiva, non costituisce oggi uno standard diffuso a livello europeo, dove molti Stati si sono dotati di normative volte a garantire il diritto di accesso alle origini genetiche ai nati dal dono⁴⁴. Si tratta di una questione estremamente complessa e articolata, che vede intrecciarsi istanze connesse a diritti eterogenei quali, tra gli altri, salute, sviluppo della personalità, legami di filiazione e relazioni private-familiari⁴⁵. Occorrerà dunque monitorare e riflettere su quali conseguenze comporterà l'eliminazione del principio di anonimato in Francia, specialmente al fine di una riflessione attorno al ruolo antropologico riconosciuto a donatori e donatrici. Un ruolo che la riforma ha inevitabilmente posto in discussione, rifiutando di relegarlo a mero contributo biogenetico finalizzato alla realizzazione di un progetto genitoriale di terzi.

5. Crioconservazione preventiva dei gameti: dal requisito clinico alla libera scelta

La riforma della *loi de bioéthique* è poi intervenuta a regolare l'*autoconservation des gamètes*, vale a dire la possibilità di accedere alla crioconservazione preventiva dei gameti, in vista di un futuro progetto parentale, anche in assenza di un quadro patologico clinicamente accertato che infici la fertilità presente o futura. Permessa in futuro per ambo i sessi, la crioconservazione volontaria, a un'analisi di dettaglio, assume maggiore rilievo per i gameti femminili. Ciò nella misura in cui gli ovociti sono per ogni donna determinati nella quantità sin dalla nascita, a differenza di quelli maschili, e la loro conservazione risulta quindi preferibile quando un progetto parentale debba, o voglia, essere rimandato nel tempo. Nell'epoca precedente alla riforma, in Francia risultava possibile procedere alla conservazione dei gameti al di fuori di una procedura di fecondazione assistita solamente qualora sorgesse

zoïde inconnu, Paris, 2010. Cfr. anche G. DUPONT., *Comment Arthur Kermalvezen, né d'un don de gamètes anonyme, a retrouvé son géniteur*, in *Le Monde*, 18 jan. 2018, lemonde.fr (last visited 30/08/2021).

⁴⁴ Il principio di anonimato è stato eliminato dapprima in Svezia (1985), poi in Austria (1992) e nei Paesi Bassi (2002). Un sistema assolutamente caratterizza Islanda e Danimarca: uno schema di c.d. doppio binario, grazie al quale chi riceve un dono di gameti può scegliere se optare per cellule donate in modo anonimo oppure per la possibilità di conoscere l'identità del donatore o della donatrice. In Spagna il *Comité de Bioética* ha elaborato una raccomandazione per il Ministro della Salute affinché venga modificato l'art. 5.5 della *Ley de Reproducción Humana Asistida* e dunque rimosso il principio di anonimato. Un'impostazione simile sta per venire adottata anche in Portogallo, dove il *Comissão Parlamentar de Saúde* ha approvato la versione definitiva del progetto di legge per la modifica della Lei n. 32/2006. Vd. F. MAHIEU et al., *Anonymous sperm donors' attitude towards donation and the release of identifying information*, in *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 2019, 2007–2016; *Comité de Bioética de España, Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*, 2020; Proyecto de Lei n.º 1033/XIII/4a.

⁴⁵ Per una trattazione specifica e approfondita si vd. T. PENNA, *Nati da dono di gameti: il diritto di accesso alle origini tra Cross Border Reproductive Care, pluralismo giuridico e genetica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2021, 55-74.

una condizione medica in grado di minacciare la fertilità (patologia oncologica, traumatica, etc.) o la donna si stesse sottoponendo a prelievo degli ovociti al fine del dono⁴⁶.

Il CCNE si era espresso contrariamente alla legalizzazione della conservazione su libera scelta in un primo momento⁴⁷, proponendo successivamente rigide condizioni per renderla legale.⁴⁸ Il *Conseil d'État*, così come l'*Académie nationale de médecine* e il *Rapport Touraine* si sono invece contraddistinti sin da subito dall'apertura verso il tema in oggetto, proponendo esclusivamente dei limiti di età e la condizione che la crioconservazione fosse a carico economico del soggetto interessato⁴⁹. La riforma ha quindi stabilito che esclusivamente la stimolazione e il prelievo di gameti siano a carico della *Securité sociale*, mentre la conservazione non potrà essere né rimborsata, né compensata da nessun soggetto terzo (es. il datore di lavoro) al fine di precludere qualsivoglia imposizione o pressione in questo senso (art. L. 2141-12).

L'*autoconservation des gamètes*, definita da parte della letteratura medica come "*fertility insurance*", è un trattamento sanitario originariamente concepito al fine di prevenire l'annullamento della fertilità in alcuni casi limite. Solo nell'ultimo decennio ha assunto una dimensione sociale, divenendo un meccanismo utile a preservare la fertilità a fronte di circostanze personali (mancanza di un partner), sociali (precarità lavorativa) ed economiche (ridotte disponibilità finanziarie) ostative di una gravidanza nell'età fertile. La diffusione del trattamento non può che essere positiva nell'ottica di consentire, specialmente alle donne, di assumere delle scelte riproduttive, con l'aiuto delle biotecnologie, anche a fronte di condizioni socio-economiche avverse. Non si può tuttavia ignorare il peso del dubbio rispetto al tipo di *libertà* riproduttiva che l'autoconservazione costituisce: è eticamente sostenibile il ricorso a cure ormonali e prelievi ovocitari, di discreta pesantezza fisica, a fronte di condizioni macroeconomiche, specialmente legate alle politiche del lavoro, sulle quali sarebbe, probabilmente, più urgente intervenire?⁵⁰

6. Famiglie omogenitoriali e potenziali discriminazioni insite nella riforma

Le novità introdotte dalla nuova *loi de bioéthique* risultano, a parere di chi scrive, nel complesso positive; specialmente per ciò che attiene all'estensione dei diritti riproduttivi, connessi alla fecondazione assistita, alle coppie di donne e alle donne single. Un'estensione tanto attesa, quanto sperata. Tuttavia occorre porre in evidenza un profilo di potenziale discriminazione insito nelle nuove disposizioni

⁴⁶ R. FRYDMAN, *Les principaux points de la bioéthique encadrant la PMA*, in B. BEVIÈRE-BOYER, D. DIBIE, A. MARAIS (sous direction de), *La Bioéthique en débat: le début de la vie*, Paris, 2019, 29-30.

⁴⁷ Comité Consultatif National d'Éthique, *Avis n° 126*, 48.

⁴⁸ Comité Consultatif National d'Éthique, *Avis n° 129*, 58.

⁴⁹ In modo significativamente audace il *Conseil d'État* aveva sostenuto come l'autoconservazione fosse «susceptible de conforter la norme sociale selon laquelle une femme ne peut se réaliser sans devenir mère, au risque d'alimenter une dévalorisation de celles qui, pour des motifs divers, choisis ou subis, ne le sont pas». Simile pensiero tradisce tuttavia una visione quanto meno distorta del rapporto di causalità, assumendo come una possibilità tecnologica possa rafforzare una norma sociale nutrita più probabilmente da una cultura fortemente ignorante dell'autonomia femminile. *Conseil d'État, Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 2018, 90.

⁵⁰ Vd. T. PENNA, *Il dono di capacità riproduttiva: la PMA con dono di gameti e la GPA negli ordinamenti francese e italiano*, Torino-Napoli, 2020, 174-181.

in materia. Si è detto che il futuro art. L. 2141-2 CSP prevedrà il ricorso alla fecondazione assistita in quanto «destinée à répondre à un projet parental». Trattasi dunque di svincolare l'elemento schiettamente biologico e rendere preminente quello volontaristico alla base di un progetto parentale. In questo contesto appare lecito domandarsi quali siano le ragioni alla base dell'esclusione delle coppie gay e degli uomini single, attraverso la mancata legalizzazione della GPA o, quanto meno, della trascrizione degli atti di nascita dei nati all'estero da tale pratica. Con ciò non si intende tracciare un'equivalenza, *sic et simpliciter*, tra le posizioni a confronto (coppie lesbiche e coppie gay, single di ambo i sessi ed orientamento sessuale), bensì interrogarsi sulla possibile permanenza di modelli culturali nel cui ambito vi sia spazio per una differenziazione di genere rispetto ai ruoli parentali connessi al ricorso alle biotecnologie riproduttive.

Occorre considerare *in primis* il declino, principiato negli anni '50, del modello della famiglia nucleare "tradizionale"⁵¹ e il conseguente consolidarsi dell'istituto familiare, universalmente presente, in una moltitudine di differenti declinazioni⁵². La scienza, come biomedicina e biotecnologia, ha giocato un ruolo cruciale in simile ri-scrittura della famiglia, intervenendo sul mai esaurito rapporto tra natura e cultura⁵³. *In secundis* non va dimenticato come l'infertilità maschile sia stata relegata a una dimensione sociale per decenni, nell'assenza di un peculiare ambito di ricerca biomedico⁵⁴: a lungo l'infertilità maschile non è stata oggetto dei programmi internazionali di studio, cura e ricerca⁵⁵, anche se nel frattempo la concettualizzazione del maschile e del genere, in rapporto alla genitorialità, si è trasformato avvicinandosi al modello tradizionalmente ritenuto femminile⁵⁶.

In tale contesto di polimorfismo della famiglia e di ripensamento dei ruoli parentali, svincolati sempre più dal genere e dal sesso, la famiglia omogenitoriale occupa una posizione preminente, in quanto espressione più avanzata delle differenti modalità di costituire un nucleo familiare⁵⁷. Alla base della famiglia omogenitoriale, infatti, vi è un'"improduttività" biologica fronteggiata, e superata, dall'elemento volontaristico alla base di un progetto familiare⁵⁸. Progetto caratterizzato dalla necessaria presenza di numerosi soggetti sulla scena riproduttiva (donatori, donatrici, medici, biologi,

⁵¹ Vd. S. GOLOMBOK, *We are family, what really matters for parents and children*, Melbourne-London, 2020, 250; I. THÉRY, *Mariage et filiation pour tous. Une métamorphose inachevée*, Paris, 2016, 31-32; I. THÉRY, A.M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle. Rapport remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, ministère des Affaires sociales et de la Santé*, Paris, 2014, 25-26; I. THÉRY, *Le Démariage. Justice et vie privée*, Paris, 1993.

⁵² S. GOLOMBOK, *We are family*, 251; S. Grilli, *Antropologia delle famiglie contemporanee*, Roma, 2019, 31.

⁵³ Non stupisce dunque che la disciplina della fecondazione assistita rappresenti un ambito emblematico di analisi della relazione tra diritto, etica e scienza; vd. M. D'AMICO, *La tutela della salute nella procreazione medicalmente assistita fra progresso scientifico e interpretazione della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 453.

⁵⁴ S. DROUPY, B.-F. COHEN, *Demain, tous infertiles? Comprendre, prévenir et traiter l'infertilité masculine*, Paris, 2020, 14; sul concetto di "ignoranza andrologica" a livello mediatico e di ricerca, vd. P. BALL, *Dove sono finiti gli spermatozoi*, in *Internazionale*, Anno 26, n. 1280, 31 ott. 2018.

⁵⁵ M.C. INHORN, T. Tjørnhøj-Thomsen, H. GOLDBERG, M. LA COUR MOSEGAARD, *Reconceiving the Second Sex. Men, Masculinity, and Reproduction*, New York-Oxford, 2009, 73.

⁵⁶ *Ivi*, 94.

⁵⁷ S. Grilli, *op. cit.*, 226.

⁵⁸ *Ivi*, 231.

cliniche o agenzie della fertilità, etc.), tanto per le coppie lesbiche, quanto per quelle gay⁵⁹. Chiaramente, a differenza di una coppia lesbica, una coppia gay ha necessità di richiedere l'intervento non solo di una donazione di cellule riproduttive, ma anche della presenza di una donna disposta a portare a termine una gravidanza. Riprendendo il concetto di prestazioni c.d. superetiche, e dunque della GPA solidale, occorre sottolineare come sovente le critiche mosse verso l'omogenitorialità maschile non prendano solo in considerazione la potenziale lesione della dignità della gestante, quanto piuttosto l'assenza di una figura femminile e quindi "materna". In altri termini viene ritenuto dirompente il vuoto simbolico del femminile in una coppia omogenitoriale maschile, mentre sostenibile quello maschile in una coppia lesbica⁶⁰. Ciò implica che, anche se non sempre in modo espresso, nei confronti delle famiglie omogenitoriali riemerge frequentemente la pretesa naturalità di genere dei ruoli parentali, nonostante la natura sia il luogo per eccellenza di manipolazione materiale e simbolica quando si tratti di fecondazione assistita e modelli familiari⁶¹.

Per quanto concerne i figli di coppie omogenitoriali, decenni di studi psicologici hanno dimostrato come il benessere degli stessi non dipenda né dal sesso, né dall'orientamento sessuale dei genitori⁶², né, tantomeno, dalla presenza di un legame biogenetico⁶³. A rilevare sono invece la qualità dei legami relazionali tra figli e genitori⁶⁴, la qualità del rapporto di coppia (a prescindere dal sesso e dall'orientamento sessuale), il supporto della comunità di riferimento, nonché un contesto sociale favorevole⁶⁵. La stigmatizzazione di un certo modello familiare, attraverso pratiche non inclusive o disposizioni normative avverse, si ripercuote quindi sulla costruzione dell'identità dei bambini, sulla loro capacità di relazionarsi alla comunità di riferimento e consolidare la propria personalità⁶⁶.

In questo senso sembra opportuno domandarsi se la riforma della *loi de bioéthique* non possa quindi integrare una forma di discriminazione verso le famiglie omogenitoriali maschili, che ben potrebbero candidarsi quali soggetti interessati a ricorrere alla fecondazione assistita in quanto «destinée à répondre à un projet parental» (futuro art. L. 2141-2 CSP). Una discriminazione fondata sulla considerazione di come le coppie lesbiche e le coppie gay siano accomunate dalla necessità intrinseca di ricorrere all'intervento di terzi, all'apporto biogenetico di terzi, per realizzare un progetto familiare. Tuttavia la legittimazione delle sole famiglie omogenitoriali lesbiche potrebbe comportare il rischio di uno stigma sociale, veicolato dalle nuove disposizioni, verso le famiglie omogenitoriali gay. Inoltre la riforma, pur in modo squisitamente implicito, rischia di nutrire stereotipi di genere connessi ai ruoli parentali, legittimando la compresenza di una doppia figura genitoriale femminile, a detrimento di una duplice figura genitoriale maschile. Conseguenze potenzialmente lesive non solo delle coppie considerate, ma anche dell'interesse allo *status filiationis* dei nati da GPA all'estero.

⁵⁹ *Ivi*, 228. L'apporto di terzi, siano essi donatori di spermatozoi, donatrici di ovuli o gestatrici (*surrogate*) è infatti imprescindibile per la realizzazione di un progetto omogenitoriale.

⁶⁰ *Ivi*, 241-244.

⁶¹ *Ivi*, 284.

⁶² R. ANDREASSEN, *Mediated kinship. Gender, race and sexuality in donor families*, London-New York, 2019, 85; S. GOLOMBOK, *Modern Families. Parents and Children in New Family Forms*, Cambridge (UK), 2015, 197-199.

⁶³ S. GOLOMBOK, *Modern Families*, 200.

⁶⁴ *Ivi*, 217; S. GOLOMBOK, *We are family*, 252.

⁶⁵ S. GOLOMBOK, *We are family*, 254-260.

⁶⁶ *Ivi*, 264-266.

7. Riflessioni conclusive sulle questioni etiche, biomediche e giuridiche irrisolte

Le aspettative connesse alla riforma della bioetica in Francia erano estremamente alte per gli osservatori e gli studiosi del tema. Si voglia per la nota qualità legislativa dei testi d'oltralpe, si voglia per la fiducia riposta, forse con ingenuità, nei programmi dell'esecutivo. In tal senso è indubbio che la *PMA pour toutes* costituisca una novità da accogliere con entusiasmo e che dia luogo a un ampliamento dello spettro dei diritti riproduttivi senza discriminazioni fondate sul sesso o l'orientamento sessuale. Tuttavia, senza volger indulgere ad atteggiamenti eccessivamente critici, alcune considerazioni circa le occasioni perse dal Legislatore francese sono doverose.

La prima osservazione concerne l'aspetto attuativo dei diritti riproduttivi riconosciuti a tutte le donne, senza distinzioni, rispetto all'accesso alle tecniche di fecondazione assistita. Gli ultimi dati ufficiali in materia restituiscono l'immagine dell'anno 2018, in cui in Francia sono nati più di 25mila bambini da tecniche di fecondazione assistita (3.3% del totale dei nati), a fronte di 777 donatrici di ovociti e 386 donatori di spermatozoi⁶⁷. Alle cifre nazionali, occorre aggiungere le stime relative alla *Cross border reproductive care*, che vedono annualmente tra le 2mila e le 3mila donne recarsi in un Paese estero per provare a concepire un figlio sole o con la propria partner⁶⁸: A ciò si aggiunga il fenomeno ormai noto per cui all'eliminazione dell'anonimato di donatori e donatrici segue un periodo (dai 12 ai 36 mesi) durante il quale il numero di doni di gameti subisce una drastica flessione, seppur limitata nel tempo⁶⁹. L'ampliamento del numero di pazienti per i trattamenti di fecondazione assistita, e in particolare delle pazienti che necessiteranno di un dono di spermatozoi, unito alla più che probabile riduzione del numero di doni potrebbe quindi avere un effetto di vanificazione, quanto meno in un primo momento, dell'effettività dei diritti riproduttivi appena riconosciuti. In questo senso le preoccupazioni giungono da più parti, tra le quali spicca l'autorevole visione del direttore del centro di riproduzione assistita dell' *Hôpital Antoine-Béclère* di Parigi (luogo simbolo della storia e del progresso della fecondazione assistita in Francia); Michaël Grynberg sostiene infatti che con la riforma, così come approvata, «il faut être bien clair: elles gagnent en réalité le droit d'aller se mettre sur une liste

⁶⁷ Agence de la Biomédecine, *Rapport annuel 2019*, 20.

⁶⁸ A fronte di tale dato, il governo francese nel proprio studio d'impatto della riforma ha considerato che la presa in carico dei costi della *PMA pour toutes* si attesterà tra i 10 e i 15milioni di euro (il 5% della spesa totale per la fecondazione assistita); Gouvernement Français, *Étude d'Impact sur le Projet de loi relatif à la bioéthique*, 23 juillet 2019, 62. Occorrerà attendere il decreto attuativo per sapere se il numero di inseminazioni artificiali e di fecondazioni artificiali rimborsate dalla *Sécurité sociale* rimarrà invariata, vale a dire 6 delle prime e 4 delle seconde (il costo medio delle prime è di 950euro, mentre delle seconde varie da 3mila a 4mila euro, secondo quanto riportato dall'*Assurance Maladie*), <https://www.ameli.fr/assure/sante/themes/sterilite-pma-infertilite/prise-charge-infertilite> (last visited 28/06/2021).

⁶⁹ L. HAMBERGER, *Anonymous and non-anonymous gamete and embryo donations: pros and cons*, in *Reproductive BioMedicine Online*, 14, 1, 2007, 50-53; P. WARDLE, *The Real Impact of the Removal of Donor Anonymity*, in *BioNews*, www.bionews.org.uk, 2008, (last visted 28/06/2021). È stato inoltre rilevato come in alcuni Paesi si sia verificata una trasformazione demografica dei donatori che, in seguito alla rimozione del principio di anonimato, sono diventati anagraficamente più. U. VAN DEN BROECK et al., *A systematic review of sperm donors: demographic characteristics, attitudes, motives and experiences of the process of sperm donation*, in *Human Reproduction Update*, 19, 2012, 37-51.

d'attente»⁷⁰. Secondo Grynberg l'unica soluzione utile a eludere tale risultato sarebbe stata la cancellazione anche del principio di gratuità del dono di gameti: la compensazione di donatori e donatrici è infatti prevista dall'art. 12 della direttiva 2004/23/CE. La medesima problematica delle liste d'attesa potrebbe poi profilarsi anche per l'*autoconservation des gamètes*, in quanto la riforma prevede che a realizzarla possano essere esclusivamente i centri pubblici o quelli privati senza scopo di lucro. Lo scenario più probabile parrebbe, secondo Grynberg, il rischio di dover indirizzare le fecondazioni assistite "standard" verso i centri privati, per consentire agli istituti pubblici di rispondere alle nuove esigenze che sorgeranno⁷¹, con il rischio, secondo chi scrive, che la dimensione egalitaria della riforma venga fortemente compromessa.

La dimensione egalitaria costituisce poi l'unità di misura anche della seconda riflessione in merito alla riforma della *loi de bioéthique*. A dispetto delle preoccupazioni di parte del *Sénat* in merito all'eccessivo liberalismo mostrato dalla commissione presieduta da Jean-Louis Touraine, occorre sottolineare come i lavori parlamentari abbiano radicalmente rimosso dal testo di legge approvato ogni riferimento alle pratiche ritenute più sfidanti da un punto di vista etico. Tra queste la *PMA post mortem* (vale a dire il ricorso ai gameti del partner defunto o agli embrioni creati con i gameti dello stesso al fine di ottenere una gravidanza nella donna), la diagnosi genetica preimpianto (rimane legale solo per prevenire la trasmissione di una grave malattia di cui si conosca già l'esistenza o probabile esistenza nei genitori), l'apertura della *PMA pour toutes* anche agli uomini transessuali e la *Réception de l'ovocyte par le partenaire* (ROPA, pratica con cui in una coppia lesbica una delle partner porta a termine la gravidanza ottenuta con l'ovocita dell'altra partner). Quest'ultima, in particolare, è stata considerata potenzialmente foriera di una futura apertura verso la GPA, altra pratica verso cui i lavori parlamentari hanno sempre mostrato una chiara opposizione, nonostante il crescente favore sociale rilevato dagli stati generali della bioetica e dai frequenti sondaggi condotti in Francia⁷². Al di là della percezione sociale, rimane irrisolto il nodo dei c.d. *enfants fantômes de la République*, ossia dei nati da GPA all'estero (da coppie gay o eterosessuali) i cui atti di nascita spesso non vengono trascritti nel registro dello stato civile francese.

Ciò che si può considerare sicuro è che la *loi de bioéthique* recentemente approvata tende sempre più al profilo sociale e sempre meno all'aspetto biomedico delle pratiche normate. Basti considerare come le maggiori innovazioni biotecnologiche e biomediche in ambito riproduttivo non abbiano trovato spazio non solo nel testo approvato, ma prima ancora nella discussione parlamentare. Ci si riferisce alla *in vitro maturation* (tecnica che permette la maturazione in laboratorio degli ovuli femminili, indirizzata specialmente alle donne particolarmente sensibili alla stimolazione estrogenica, come le pazienti affette da cancro della mammella o dell'endometrio) e al *mitochondrial replacement* (tecno-

⁷⁰ https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/06/30/avec-la-pma-pour-toutes-les-femmes-gagnent-le-droit-d-aller-se-mettre-sur-une-liste-d-attente_6086349_3224.html (last visited 30/06/2021).

⁷¹ Michaël Grynberg sottolinea come la statistica indichi in 60 ovociti il numero adeguato a garantire una chance dell'80% di veder realizzata una gravidanza. Un numero di gameti che può essere raccolto con un minimo di 2 o 3 cicli di stimolazioni ovariche. https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/06/30/avec-la-pma-pour-toutes-les-femmes-gagnent-le-droit-d-aller-se-mettre-sur-une-liste-d-attente_6086349_3224.html (last visited 30/06/2021).

⁷² <https://www.ifop.com/publication/les-francais-la-pma-et-la-gpa/>; <https://www.nouvelobs.com/societe/20180313.OBS3512/pma-gpa-les-francais-sont-pour.html>; (last visited 29/06/2021).

logia in grado di sostituire il DNA mitocondriale di un ovocita malato con quello di un ovocita sano, proveniente da una donatrice, al fine di evitare la trasmissione di gravi patologie ai nascituri). Il trapianto mitocondriale o dono di mitocondrio si fonda sulla differenza tra DNA mitocondriale e DNA nucleare dell'ovocita e, pertanto, la sostituzione del mitocondrio consente la realizzazione di una "3-parents In Vitro Fecondation", rispetto alla quale alcuni studiosi intendono identificare una "madre mitocondriale" e due "genitori nucleari"⁷³.

La prevalenza di una dimensione di legittimazione sociale sulla regolazione normativa delle innovazioni biotecnologiche che incidono sulla vita umana non comporta, a parere di chi scrive, un giudizio di valore negativo rispetto al metodo, ma, piuttosto, una riflessione sul mutamento intercorso in Francia dal 1994 a oggi nella definizione di ciò che si considera "bioetica". L'approvazione della riforma della *loi de bioéthique* in tal senso è un momento storico per la Francia, in cui «la légitimité des nouveaux modèles familiaux [...] découle d'une validation d'une société où les familles, à l'allure plurielle et composite, ont pris le pas sur la famille institutionnelle traditionnelle»⁷⁴. La legittimazione di modelli sociali esistenti, attraverso sia la rimozione di divieti percepiti come impositivi e distanti, sia l'ampliamento dello spettro di soggetti ai quali si riconoscono determinati diritti riproduttivi, è funzionale al riconoscere a livello normativo il sentire di una società in cui i legami di filiazione, e prima ancora i modelli familiari, subiscono una sempre più rapida metamorfosi.

Inoltre la nuova *loi de bioéthique* potrebbe contenere alcuni profili potenzialmente discriminatori, tra i quali si segnala la legittimazione della *PMA pour toutes*, ma non la legalizzazione della GPA per le coppie gay, e la menzione sull'atto di nascita dei figli delle coppie lesbiche dell'avvenuto ricorso a una fecondazione assistita. Una menzione che potrebbe rivelarsi discriminatoria nella misura in cui un analogo riferimento non comparirà sugli atti di nascita dei nati da dono di gameti in una coppia eterosessuale. Secondo chi scrive, il meccanismo della *reconnaissance conjointe anticipée* si sarebbe potuto strutturare esclusivamente di fronte a un notaio, facendo sì che gli effetti dell'istituzione del legame di filiazione si dispiegassero senza ricorso a una specifica menzione sull'atto di nascita.

Ultima riflessione critica alla riforma in oggetto concerne il tema dell'anonimato di donatori e donatrici o, più precisamente, un quesito antropologico e sociale irrisolto rispetto a quale possa o debba essere il ruolo di questi soggetti rispetto ai nati dal dono. Un tema cruciale, che non può esaurirsi nel riferimento alla necessità di conoscere i profili della storia medico-clinica di chi dona i gameti; profili che chiaramente prescindono dall'identificazione dell'identità e dalla possibilità di entrare in contatto con donatori e donatrici. In quest'ottica risulterà interessante monitorare negli anni a venire quali modelli etnografici si radicheranno nella Francia dei donatori e delle donatrici non più anonimi a partire dalla maggiore età del nato dal dono.

In conclusione occorre segnalare come sessanta senatori dell'opposizione (dei gruppi *Les Républicains* e *Union des démocrates et indépendants*) avessero promosso un ricorso al *Conseil constitutionnel*, che ha però valutato la legge conforme alla Costituzione⁷⁵, permettendone la promulgazione. In

⁷³ Il soggetto che nasca da simile intervento porta in sé tre differenti linee genetiche. Nel Regno Unito tale tecnologia è diventata legale nel 2015, con l'approvazione dello *Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015, No. 572*

⁷⁴ D. MEHL, *La PMA déconfinée: La révision de la loi de bioéthique en 2020*, Paris, 2021, 17.

⁷⁵ Décision n° 2021-821 DC du 29 juillet 2021.

futuro ciò che rileverà sarà quindi l'effettiva capacità del sistema sanitario francese di rispondere alle legittime (e ora legali) richieste di migliaia di persone, a fronte di un quanto meno probabile abbassamento del numero di doni di gameti nel prossimo anno. Al contempo, occorrerà comprendere se e quali ripercussioni vi saranno per le famiglie omogenitoriali gay, nonché eventuali *révirement* giurisprudenziali rispetto alla trascrizione degli atti di nascita di nati da GPA all'estero.

Emergenza Covid19, tutela della salute e digitalizzazione: i limiti argomentativi della strategia digitale

Serena Tomasi*

COVID19 EMERGENCY, HEALTH PROTECTION AND DIGITALIZATION: THE ARGUMENTATIVE LIMITS OF THE DIGITAL STRATEGY

ABSTRACT: In this essay, we propose to deepen the arguments used in public communication to induce citizens to continue to cooperate and use digital tools as effective solutions during the pandemic. We will take as a case study the use of the contact-tracing app and we will analyse, through the scheme offered by the AMT – Argumentum Model of Topics, the communication strategies and the argumentative topics involved. The argumentative study will show the spread of a concept of law in which citizen tend to put aside their trust in others and seek an imperative legal solution.

KEYWORDS: pandemic; argumentation; practical conflict; tracing-contact app; trust

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il caso della App Immuni – 3. Quando scegliere diventa un dilemma sociale – 4. Selezione di alcuni argomenti pro-app – 5. Studio topico-retorico degli argomenti – 6. L'elemento implicito della fiducia – 7. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione

La diffusione pandemica del virus ha comportato un cambiamento nella vita dei cittadini, richiedendo uno sforzo cooperativo per incoraggiare tutti a fare la propria parte. Il piano collettivo di contrasto alla diffusione del virus prevede misure differenziate che mettono alla prova le capacità di coordinamento e cooperazione dei cittadini: dal distanziamento all'isolamento fiduciario, dal rispetto delle regole di accesso ai luoghi pubblici fino all'utilizzo del *contact-tracing app*¹.

* Docente a contratto di Philosophy of Law, al corso di laurea in Comparative, European and International Legal Studies presso la Facoltà di Giurisprudenza all'Università di Trento. Mail: serena.tomasi_1@unitn.it. Sottoposto a referaggio.

¹ Precisiamo sin d'ora che la prospettiva di questa ricerca è quella argomentativa-retorica: il punto di vista sarà quello di chi dispone degli strumenti offerti dalla linguistica e dalle teorie dell'argomentazione, applicandoli in un lavoro empirico di analisi e valutazione della comunicazione sull'uso dell'app Immuni. Ai profili applicativi della app Immuni, rispetto alle esigenze di prevenzione sanitaria e di protezione dei dati personali, sono stati dedicati molti studi recenti, tra cui richiamiamo: G. AMORE, *Covid-19 e Protezione dei dati personali*, in *Studium Iuris*, 10, 2020, 1159-1169; B. CAMILLA, *Le app Immuni al banco di prova, tra rispetto della "privacy" e difesa della salute pubblica*, in *Danno e responsabilità*, 6, 2020, 687-697; C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *"App" di "contact tracing" e trattamento dei dati con algoritmi: la fase alternativa fra tutela della salute e protezione dei dati personali*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2020, 772-803; G. DELLA MORTE, *Quanto Immuni? Luci, ombre e*

Sono misure che realizzano, in pratica, un tipico dilemma sociale, cioè una situazione in cui l'interesse individuale sembra, a prima vista, entrare in conflitto con l'interesse collettivo. Questa situazione può essere spiegata come un grande "dilemma del prigioniero", in cui il rispetto delle regole da parte di un soggetto può portare l'altro a violarle². Se tutti restano a casa per evitare il contagio, proprio perché "loro" restano a casa, sopportando a volte anche costi elevati, "io" potrò sentirmi sicuro nell'uscire e godere dei benefici della vita all'aria aperta senza correre il rischio di essere contagiato. Beneficiando del comportamento leale della maggior parte, i "free-riders" si trovano nella condizione di ottenere i benefici senza sostenere costi. Ma se tutti si comportassero allo stesso modo, ovviamente, questi benefici svanirebbero in un istante.

La tutela della salute pubblica richiede, quindi, scelte di comunicazione volte a favorire la cooperazione dei cittadini per superare i rischi collegati alle scelte individuali proprie di un potenziale dilemma del prigioniero su scala mondiale³.

La sfida è, dunque, anche comunicativa: come indurre, in modo efficace, le persone ad andare contro il proprio interesse personale per promuovere, allo stesso tempo, il proprio interesse personale oltre che quello sociale?

In questo scenario, l'indirizzo tracciato dalla Commissione Europea è fondato principalmente su soluzioni digitali⁴, tecnologie come l'analisi dei dati e l'intelligenza artificiale per rallentare la diffusione del virus, gestire la crisi e mitigare le sue conseguenze.

In questo contributo, proponiamo di approfondire gli argomenti utilizzati nella comunicazione pubblica per indurre i cittadini a continuare a collaborare e ad usare gli strumenti digitali come soluzioni efficaci durante la pandemia⁵.

Assumeremo come caso di studio quello relativo all'utilizzo delle app nazionali di tracciamento dei contatti e di allerta che possono essere installate dagli utenti su base volontaria e che servono ad av-

penombre dell'app selezionata dal Governo Italiano, in Diritti umani e diritto internazionale, 2, 2020, 2, 303-335; E. LA ROSA, "App" immuni tra tutela della salute e protezione dei diritti personali. Bilanciamento dei valori?, in dirittifondamentali.it, 3, 2020, 594-597; A. NATALINI, Al via l'app Immuni di contact tracing per la gestione del post-emergenza (Dpcm 26 aprile 2020), in Guida al Diritto, 21, 2020, 46-50.

² Sull'uso della teoria dei giochi come strumento per comprendere i comportamenti individuali e come strumento euristico, ci riportiamo a M. MUSHKAT, R. MUSHKAT, *The prisoner's dilemma ad an instrument of public policy. (Il dilemma del prigioniero come strumento di ordine pubblico)*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 3, 1984, 465-474; Id., *The Challenge of Covid-19 and the World Health Organization's Response: The Principle-Agent Model revisited*, in *American University International Law Review*, 36, 2021, 487-565.

³ Sul tema diritto e salute e comunicazione durante la pandemia, cfr. L. BUSATTA, *L'integrità della ricerca nel tessuto costituzionale: prime notazioni a partire dal contesto pandemico*, in *AIC*, 4, 2020, 387-426.

⁴ Sulla strategia digitale della Commissione Europea durante la pandemia, richiamiamo i documenti illustrativi disponibili al link: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/digital-solutions-during-pandemic_it (consultato il 15.9.21).

⁵ È ampio il dibattito sulla gestione della crisi sanitaria e sulle potenzialità delle soluzioni digitali per garantire la protezione sanitaria durante la pandemia: a queste tematiche è anche dedicato l'approfondimento - Special Issue n. 1/2020 - di *BioLaw Journal*, tra cui segnatamente richiamiamo i contributi di: L. BUSATTA, M. TOMASI, *Editoriale. Riemergere dall'emergenza: la resilienza del pensiero giuridico contro le cicatrici del Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, 1-6; R. CASO, *La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il Covid-19?*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, 617-622; M. FASAN, *La tecnologia ci salverà? Intelligenza artificiale, salute individuale e salute collettiva ai tempi del Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, 677-684.

vertirli, anche all'estero, se sono stati vicini ad una persona positiva al virus. Procederemo, dapprima selezionando alcuni dei temi presentati in Italia nella comunicazione ufficiale del governo per convincere i cittadini ad utilizzare l'applicazione di tracciamento dei contatti "App Immuni"; analizzeremo, poi, le strategie comunicative applicando i modelli di studio elaborati dalle più recenti teorie dell'argomentazione per evidenziare *bias* ed errori di ragionamento nel processo decisionale per installare o meno l'app-system sul proprio smartphone. L'analisi argomentativa ci condurrà ad alcune riflessioni sulla prevalente concezione di vita sociale, quasi interamente basate – almeno per quanto riguarda i nostri comportamenti giuridicamente orientati – su un paradigma che possiamo definire diffidente. Lo studio dei luoghi argomentativi ci mostrerà, infatti, la diffusione di fatto di una visione di diritto "sfiduciata"⁶, in ragione della quale i consociati tendono a mettere da parte la fiducia versata negli altri, e anzi, proprio perché non si fidano degli altri, a ricorrere al diritto per la ricerca di una soluzione imposta ed obbligatoria.

2. Il caso della App-Immuni

Gli Stati colpiti dalla pandemia hanno dovuto adottare misure per contenere la diffusione del virus. Sin dalla prima fase successiva all'emergenza dell'aprile 2020, nel piano europeo di gestione della crisi del coronavirus, fu valorizzata la possibilità di utilizzare sistemi digitali per tracciare la diffusione del virus, sulla base della raccolta di dati personali attraverso tecnologie specifiche, come le app di *contact-tracing*⁷.

L'Italia, alla cui esperienza faremo riferimento in questo articolo, optò per l'utilizzo di "Immuni", un'applicazione che utilizza la tecnologia bluetooth.

La proprietà dell'applicazione consiste nella possibilità di identificare i soggetti che potrebbero essere contagiati, con tempestività, non appena si verifica l'evento potenzialmente contagioso, così da evitare un'ulteriore trasmissione del virus da parte di chi non è a conoscenza di esserne entrato in contatto. Se un individuo, che ha installato l'app sul telefono, viene infettato dal virus COVID-19, l'app consente ad altri, che erano stati in stretto contatto con quell'individuo nel recente passato, di essere avvisati di un potenziale rischio di infezione, per poter adottare ogni conseguente comportamento seguendo le raccomandazioni fornite dalle autorità sanitarie.

Il progetto di applicazione "Immuni" nasce dalla collaborazione istituzionale tra la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministro della Salute, il Ministro per l'Innovazione Tecnologica e la Digitalizzazione, le Regioni, il Commissario Straordinario per l'emergenza Covid-19 e le aziende pubbliche So-gei e PagoPa⁸.

⁶ Per un approfondimento di questa ipotesi di ricostruzione delle relazioni giuridiche fondata sull'elemento della fiducia, rinviamo il lettore a T. GRECO, *Diritto e legame sociale*, Torino 2012; sulla crisi del diritto della fiducia durante la pandemia, v. ID., *Il diritto della fiducia*, Bologna, 2020, <https://www.rivistaimulino.it/isni/8311> (consultato il 15.9.21).

⁷ Al dibattito generato dall'uso delle app di tracciamento rispetto alla protezione dei dati personali sono dedicati i contributi pubblicati nel *Symposium Privacy and contact tracing*, in *Media Laws*, www.medialaws.eu (consultato il 15.9.21).

⁸ Le informazioni descrittive sono quelle ufficiali, pubblicate sul sito <https://www.immuni.italia.it/> (consultato il 15.9.21).

L'utilizzo di questo modello di contenimento, basato sulla capacità di un sistema informatico di ricostruire e, in un certo senso, prevedere il percorso di diffusione del virus, ha destato subito molte perplessità. L'efficace utilizzo di questa misura presuppone la sua applicazione su larga scala, che richiede un alto livello di fiducia, sia nelle istituzioni che nei cittadini.

Il governo italiano, nell'aprile 2020, ha lanciato una campagna di comunicazione sulla sensibilizzazione all'uso dell'app: è stato costituito un sito web nazionale dedicato all'app di tracciamento ove sono raccolti gli argomenti per sostenere il download dell'applicazione. Il modo di presentazione delle informazioni è retoricamente orientato a superare le obiezioni diffuse: da un lato, ricorre il timore dei cittadini per la diffusione del virus, per la prospettiva di registrare nuovamente centinaia di morti al giorno, o per una nuova crisi economica; d'altro, i cittadini temono che qualcuno possa entrare in possesso di dati sensibili raccolti dall'app, ancorché il decreto preveda che ogni informazione raccolta dall'app debba essere suddivisa in più parti e che ciascuna parte debba essere memorizzata su server diversi. Pertanto, il dilemma, da risolvere, è tra utilizzare l'app e non utilizzarla.

3. Quando scegliere diventa un dilemma sociale

L'installazione dell'app è volontaria e pone ogni cittadino italiano (ed europeo) in una situazione analoga a quella tipizzata nel famoso dilemma del prigioniero.

La situazione è un tipico dilemma sociale⁹, caratterizzato da un divario tra i costi e benefici spettanti al singolo; ragionando come individuo (*uti singulus*), ogni membro del gruppo ottiene un risultato più vantaggioso se persegue il proprio interesse individuale; ma ragionando nella prospettiva collettiva (*uti cives*), si realizza l'interesse diffuso per cui tutti nel gruppo staranno meglio se ciascuno persegue l'interesse comune¹⁰.

La teoria dei giochi è stata applicata all'analisi di questioni di questo tipo con lo scopo di offrire dei modelli per determinare le scelte che un individuo razionale dovrebbe compiere, nelle situazioni più diverse, dati i suoi scopi e le sue opinioni¹¹. In questa prospettiva di studio, "giochi" sono tutte quelle situazioni in cui sono coinvolti due individui, o, più in generale, due attori, intesi non solo come singole persone, ma anche come organizzazioni collettive (es. imprese, governi) in interazione strategica. La natura generale e astratta della nozione di gioco ha permesso di applicare la teoria dei giochi a campi diversi, dalle scienze sociali e dall'economia, offrendo modelli dinamici di simulazione delle azioni da parte di individui razionali.

⁹ Le ricerche nel campo delle decisioni morali riguardano i meccanismi cognitivi e i giudizi riguardanti le "norme" etiche, o in generale le decisioni e i giudizi su fatti che chiamano in causa norme e/o comportamenti socialmente accettati e condivisi che appartengono al dominio della morale. La bibliografia essenziale di riferimento è: C. BUGNOLI, *Dilemmi morali*, Genova, 2006; A. DAMASIO A., *Descartes' error: Emotions, reason, and the human brain*, New York, 1994, trad. it. *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Milano, 1995; Id., *Neurosciences and ethics: Intersections. The American Journal of Bioethics*, 7, 2007; L. KOHLBERG, *Moralization: The cognitive-developmental approach*, New York, 2007; C.R. SUNSTEIN, *Moral heuristics. Behavioural and Brain Sciences*, 28, 2005, 531-573.

¹⁰ Ci riportiamo principalmente allo studio di C. BICCHIERI, *The Grammar of Society. The Nature and Dynamics of Social Norms*, Cambridge, 2006, spc. p. 140.

¹¹ J. VON NEUMANN & O. MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton, 1944.

L'uso dell'App Immuni è un caso di studio che si presta ad essere analizzato attraverso il modello decisionale del dilemma del prigioniero, che rientra tipicamente nella categoria dei dilemmi del bene pubblico, nei quali la scelta razionale individuale, defettiva, porterebbe ad una conseguenza sociale peggiorativa, per effetto della quale, se tutti rifiutano di cooperare, tutti staranno peggio.

Lo schema del dilemma del prigioniero si basa, notoriamente, su questa storia-tipo: due ladri vengono arrestati a bordo di un'auto rubata; la polizia può condannare entrambi ad un anno per furto, ma sospetta che i due abbiano commesso un più grave delitto e preferirebbe incriminarli per questo reato, che costerebbe loro dieci anni di carcere. Per ottenere una confessione, il commissario propone a ciascuno dei detenuti la seguente alternativa: confessare la rapina e tradire il proprio complice, oppure restargli fedele e tacere. Se un solo detenuto confessa, verrà lasciato libero e il complice sconterà l'intera pena, cioè dieci anni. Se entrambi i detenuti confessano, otterranno entrambi uno sconto di pena per aver collaborato. Se entrambi tacciono, la polizia non avrà prove sufficienti per incriminarli per il più grave delitto, ed entrambi pagheranno la pena minore di reclusione.

Nella sua forma generale, il dilemma del prigioniero può essere definito come un gioco in cui ogni giocatore può cooperare o dissociarsi. Il risultato finale dipenderà dalle scelte dei partecipanti, ognuno dei quali dovrà decidere se cooperare alla produzione del bene (cioè contribuire ai suoi costi di produzione) o dissociarsi (cioè non contribuire). Se i prigionieri collaborassero tra loro, cioè se nessuno dei due confessasse, sconterebbero entrambi solo 1 anno di reclusione. La cooperazione garantirebbe risultati migliori ad entrambi i giocatori, ma ciascuno si trova poi alle prese con il dilemma del vantaggio individuale.

Possiamo applicare il modello del dilemma del prigioniero alla scelta se installare o meno l'app immuni. Poiché ogni cittadino deve decidere se utilizzare o meno l'app, è un "giocatore" chiamato ad affrontare le alternative:

a) Se almeno il 60% degli italiani utilizzasse l'app, allora per il singolo sarebbe meglio non utilizzarla, perché in questo modo avrebbe due vantaggi: (1) la maggior parte dei cittadini verrebbe tracciata e quindi la curva del contagio rimarrebbe sotto controllo e (2) non correrebbe il rischio di dare i propri dati personali a server sconosciuti;

b) se almeno il 60% degli italiani non usasse l'app, allora per il singolo sarebbe meglio non usarla perché (1) anche se fosse uno dei pochi ad usarla, questo non sarebbe comunque sufficiente per controllare l'infezione e (2) non correrebbe il rischio di cedere i propri dati a server sconosciuti.

Conclusione: che gli altri usino o meno l'app, per il singolo è preferibile non usarla.

Applicando lo schema del dilemma del prigioniero, potrebbe sembrare che nessun cittadino abbia alcun incentivo a utilizzare l'app. Non usare l'app è, infatti, la risposta razionale più vantaggiosa a prescindere da quello che fanno gli altri.

Il modello di gioco mostra che esiste un "risultato del gioco", che entrambi i giocatori preferiscono alla corretta soluzione del gioco. Questa circostanza è un aspetto saliente del dilemma del prigioniero ed è anche il segno distintivo dei dilemmi sociali: se tutti si comportano da free rider, nella speranza che altri contribuiscano ai costi di produzione del bene pubblico, allora non si produrrà alcun bene pubblico¹².

¹² R. FESTA, *Teoria dei giochi ed evoluzione delle norme morali*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, IX, 2007, 2, 148-181.

Sulla base del modello del dilemma del prigioniero, si presume che lo strumento digitale dell'app-tracing sarà inefficace: se tutti interpretano allo stesso modo il problema se installare un'applicazione di tracciamento dei propri contatti, non utilizzare l'app sarà la scelta dei più e non si produrrà il bene comune, quello di monitorare la diffusione del coronavirus.

Mentre nel dilemma del prigioniero le vie della cooperazione sono ostruite dalla razionalità dei giocatori, e dalla fiducia nella razionalità dei loro membri, c'è un altro gioco, la c.d. Caccia al Cervo, che spiega i diversi meccanismi per raggiungere un equilibrio cooperativo. Nella "caccia al cervo" i giocatori sono due cacciatori, posti di fronte alla scelta se cacciare la lepre o il cervo: accettando di unirsi alla caccia al cervo, entrambi i cacciatori potranno ambire ad un premio di caccia superiore a quello loro spettante dalla decisione, alternativa, di caccia solitaria alla lepre. Il problema decisionale implica una scelta tra un obiettivo minore, ma realizzabile individualmente, e un obiettivo maggiore, ma possibile solo se gli individui siano disposti a collaborare. In questo secondo caso, la possibilità di raggiungere l'obiettivo superiore dipende non solo dall'individuo, ma dalle decisioni degli altri: la scelta migliore dipende da ciò che gli altri scelgono di fare. La "caccia al cervo" è la mossa che, se attuata da entrambi, porta al risultato preferito da entrambi: è la mossa cooperativa; al contrario, la caccia alla lepre rappresenta la soluzione defettiva, non collaborativa.

La struttura del modello di gioco di caccia al cervo, applicato al caso in esame, restituisce questa rappresentazione:

- a) Se altri usano l'app, dovrei usarla.
- b) Se gli altri non la usano, non la userei.

Conclusione: dovrei fare quello che fanno gli altri.

Il vantaggio di questo modello è quello di ipotizzare due situazioni di equilibrio: una in cui tutti usano l'app e una in cui nessuno la usa. Applicando questo modello al caso dell'app Immuni, l'uso dell'app non è razionalmente escluso, ma è una soluzione possibile, condizionata dalla reciproca fiducia.

Nella caccia al cervo, la scelta non cooperativa è determinata dalla sfiducia dei giocatori per la razionalità dei loro partner: se il cacciatore è diffidente verso l'ipotesi di collaborazione del compagno di caccia e crede che il partner sceglierà di cacciare la lepre, allora farà lo stesso. Allo stesso modo, se si creano le condizioni di fiducia per la collaborazione reciproca tra i nostri concittadini, sino a ritenere che saranno in molti ad utilizzare l'app, la scelta finale sarà quella di usare lo strumento digitale.

Questo modello di gioco ammette, quindi, la possibilità che i giocatori realizzino volontariamente il bene pubblico, finché c'è fiducia.

La fiducia è, quindi, il fattore essenziale di successo dell'interazione tra i giocatori e si traduce in quella variabile che influenza anche il successo della strategia comunicativa.

4. Selezione di alcuni argomenti pro-app

Nell'attività di analisi della comunicazione pubblica volta ad incentivare l'uso dell'app di tracciamento, la prima occorrenza è che in Italia la diffusione del messaggio promozionale è stata affidata a figure istituzionali, come l'allora presidente del Consiglio Giuseppe Conte che, in più occasioni, ne ha

confermato la sicurezza e l'utilità. Una variabile di efficacia del discorso, retoricamente, dipende dai caratteri del suo oratore: poiché i discorsi pubblici devono costruire la fiducia, posto che solo attraverso la collaborazione e la fiducia reciproca sarà possibile uscire dalla crisi, un ruolo essenziale compete ai cd. *trust speakers*. Secondo Mutti, sociologo ed economista italiano, *trust speaker* possono essere istituzioni e individui che già godono di fiducia e che certificano l'affidabilità di altri individui e istituzioni che hanno bisogno di fiducia¹³. I *trust speakers* hanno il compito di produrre gli effetti moltiplicativi della fiducia: quanto più elevata ed estesa è la fiducia di cui godono i diffusori, tanto più efficace ed esteso sarà l'effetto propagatore indotto¹⁴.

Abbiamo selezionato alcuni argomenti pubblicati nel sito ufficiale dedicato all'app e promosso dal presidente del Consiglio Giuseppe Conte: nella sezione destinata alle "domande frequenti" sono riportate possibili domande, le cui risposte costituiscono le buone ragioni per installare l'applicazione:¹⁵:

Perché è importante installare Immuni?

Con Immuni abbiamo un'arma in più per limitare la diffusione del coronavirus. Più persone lo installano, più efficace sarà.

(Esempio 1)

Posso decidere di non utilizzare l'app?

Sì, il download e l'utilizzo di Immuni avviene su base volontaria. Immuni è uno strumento importante nella lotta all'epidemia di Covid-19 e più si diffonde, più è efficace. Ti consigliamo quindi di installarlo e di incoraggiare colleghi, familiari e amici a fare lo stesso.

(Esempio 2)

Ad ottobre 2020, secondo i dati diffusi dai media, l'applicazione era utilizzata solo da circa il 18% della popolazione italiana, tra i 14 e i 75 anni, in possesso di uno smartphone: un dato di molto lontano dall'obiettivo del 60%, soglia percentuale necessaria per l'efficacia della soluzione digitale nel piano di crisi della pandemia. Il governo dava, quindi, maggiore impulso alla diffusione dell'app, promuovendo una campagna, dal 5 all'11 ottobre 2020, alla quale aderirono tutte le testate giornalistiche, pubbliche e private. Il Presidente del Consiglio, Giuseppe Conte, durante la presentazione di questa iniziativa, dichiarava:

¹³ A. MUTTI, *Capitale sociale e sviluppo. La fiducia come risorsa*, Bologna, 1998.

¹⁴ Le qualità dell'oratore nel processo di persuasione sono uno dei cardini dell'intera *techne* retorica: la prova tecnica basata sull'*ethos* del parlante è talmente importante da essere presentata da Aristotele come la *pistis* più forte (*Rhet.* 1356a 13). «Se è vero che l'inclusione della personalità dell'oratore tra i fattori che contribuiscono alla persuasività di un discorso non è in assoluto una novità [...], ciò non toglie che il modo in cui Aristotele affronta la questione sia, per molti versi, innovativo. [...] È in quanto *pistis* tecnica che l'*ethos* si differenzia dalla fama preesistente dell'oratore, sia dal fascino che egli è in grado di esercitare sul pubblico, tanto la fama quanto il fascino possono naturalmente svolgere un ruolo per conquistare il consenso dell'uditorio ma restano, agli occhi di Aristotele, elementi sostanzialmente esterni al discorso vero e proprio. Al contrario l'*ethos* dell'oratore, inteso come *pistis* tecnica, non precede il discorso ma risulta da esso»: così F. PIAZZA, *La retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, Roma, 2008, 93.

¹⁵ Estratti da: <https://www.immuni.italia.it/faq.html> (consultato il 15.9.21).

È uno strumento utile perché facilita il tracciamento dei contatti. Sebbene sia facoltativo, è sicuramente un imperativo morale partecipare a questo programma. I dati diventano anonimi. La geolocalizzazione rimane disabilitata, ma scaricare l'app dà la possibilità al nostro sistema di prevenzione di essere più efficiente.

(Esempio 3)

Nonostante una pervasiva campagna di sensibilizzazione, promossa dal governo e sostenuta dalle principali testate, l'app non è stata scaricata ed è stata, alla fine, un fallimento.

Esamineremo dal punto di vista argomentativo¹⁶, nel prossimo paragrafo, i discorsi pro-app selezionati, su cui si è orientata l'opinione pubblica italiana nella scelta di utilizzare o meno l'app di *contact tracing*.

5. Studio topico-retorico degli argomenti

Il primo livello di analisi argomentativa consiste nell'esame dei discorsi selezionando le sue componenti: problema, punti di vista ed argomenti¹⁷.

Esempio 1

PROBLEMA: Installo l'app?

STANDPOINT: Sì, installerò l'app.

ARGOMENTO: È un'arma in più per limitare la diffusione del coronavirus.

¹⁶ Per una disamina delle principali teorie dell'argomentazione, v.: P. BRETON, G. GAUTHIER, *Histoire des théories de l'argumentation*, Paris, 2000; F.H. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, T. KRUIGER, *Handbook of argumentation theory*, Dordrecht, 1987; C. PLANTIN, *L'argumentación*, Barcelona, 1998; D. WALTON, A. BRINTON (a c. di), *Historical foundations of Informal Logic*, Aldershot, 1997; D. WALTON, *Informal logic: a handbook for critical argumentation*, Cambridge, 1989; F. PUPPO (a c. di), *Informal Logic: A 'Canadian' Approach to Argument*, Windsor, 2019; S. TOMASI, *L'argomentazione giuridica dopo Perelman. Teorie, tecniche e casi pratici*, Roma, 2020. Per una disamina delle diverse tecniche di analisi e valutazione argomentativa, richiamiamo: M. BELTRANI, *Gli strumenti della persuasione. La saggezza retorica e l'educazione alla democrazia*, Perugia, 2009; P. BRETON, *L'argomentazione nella comunicazione*, Milano-Udine, 2008; P. CANTÙ, I. TESTA, *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Milano, 2006; A. CATTANI, P. CANTÙ, I. TESTA, *La svolta argomentativa. 50anni dopo Perelman e Toulmin: 1958-2008*, Napoli, 2009; F. D'AGOSTINI, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi nel dibattito pubblico*, Torino, 2010; EAD., *Le ali al pensiero. Introduzione alla logica*, Roma, 2015; A. Gilardoni, *Logica e argomentazione: un prontuario*, Milano-Udine, 2008.

¹⁷ Applichiamo, in questo contributo, la sistematica analitica sviluppata dal modello AMT come strumento di analisi, produzione e valutazione dell'inferenza; in particolare, notiamo l'uso del termine *problema* per corrispondenza all'inglese *issue*, al greco aristotelico *problema* e al latino *quaestio*. Sulle ragioni sottese a questa scelta lessicale, v. S. GRECO, *La dimensione inferenziale dell'argomentazione*, in P. NANNI, E. RIGOTTI, C. WOLFSGRUBER, *Argomentare per un rapporto ragionevole con la realtà. Strumenti per una scuola di argomentazione*, Milano, 2017, 25-53. Sulla differenza concettuale, dal punto di vista argomentativo, tra problema e punto di vista (*standpoint*) e sulla loro diversa configurazione nel diagramma argomentativo, v. E. RIGOTTI, S. GRECO, *Inference in Argumentation: A Topics-Based Approach to Argument Schemes*, Cham, 2019, 207-245.

Esempio 2

PROBLEMA: Installo l'app?

STANDPOINT: Sì, installerò l'app.

ARGOMENTO: È uno strumento importante nella lotta all'epidemia di Covid-19.

Esempio 3

PROBLEMA: Installo l'app?

STANDPOINT: Sì, installerò l'app.

ARGOMENTO: È un imperativo morale partecipare a questo programma.

La divisione analitica delle parti del discorso è funzionale a mettere in evidenza gli argomenti, per poi indagare il rapporto tra la scelta argomentativa ed il contesto comunicativo. Secondo gli studi argomentativi sviluppati da Eddo Rigotti e Sara Greco, concentrati nella sistematica cd. modello AMT – *Argumentum Model of Topics*, gli argomenti, che possono essere elaborati a favore e contro un qualsiasi punto di vista, sono generati inferenzialmente attraverso un sistema di luoghi argomentativi¹⁸. In questa procedura di valutazione argomentativa sono coinvolte due nozioni fondamentali: quelle di punto di vista e luogo argomentativo. Punto di vista è un enunciato per la cui accettazione da parte del destinatario l'attore presenta degli argomenti. Per luogo, invece, si intende la componente topica dell'argomentazione, costituita da una o più massime, che svolge la funzione di "sub-generare" le inferenze; il processo inferenziale consiste nel combinare una massima con un *endoxon*¹⁹ più stabile, che rientra nell'ambito delle opinioni condivise dall'uditore e dall'oratore. L'inferenza, secondo questo metodo di analisi, è quel processo per cui si trae una conclusione a partire da premesse già note, mostrando che le connessioni inferenziali possono variare a seconda della componente contestuale del discorso argomentativo. Questa teoria porta, cioè, in evidenza che l'inferenza argomentativa si realizza sempre attraverso l'intreccio di due componenti, una procedurale e una materiale: una mosca argomentativa che, in un certo contesto, non è accettabile, può invece risultare legittima e adeguata in un altro contesto. Ciò dipende non dalla razionalità del procedimento, ma nella ragionevole comprensione delle circostanze concrete in cui l'argomentazione ha luogo. La dimensione del calcolo non è cioè sufficiente, fondandosi il discorso argomentativo su elementi che oltrepassano la ragione e che riguardano il contesto.

¹⁸ Per approfondire il metodo di analisi e valutazione argomentativa cd. *Argumentum Model of Topics*, si veda: E. RIGOTTI, & S. GRECO, *Comparing the Argumentum Model of Topics to other contemporary approaches to argument schemes: The procedural and material components*, in *Argumentation*, 24, 4, 2019, 489-512; EID., *Inference in Argumentation. A Topic-Based Approach to Argument Schemes*, cit.; E. RIGOTTI, *Relevance of context-bound loci to topical potential in the argumentation stage*, in *Argumentation*, 20, 4, 2006, 519-540; ID., *Locus a causa finali*. In GOBBER G., CANTARINI S., CIGADA S., GATTI M., GILARDONI S. (a c. di), *Word meaning in argumentative dialogue. Homage to Sorin Stati, Proceedings of the IADA Workshop*, in *Analisi Linguistica e Letteraria*, XVI, 2, 2008, 559-576.

¹⁹ Entra in gioco una nozione importante della retorica aristotelica, quella di *endoxon*, cioè le opinioni accreditate su cui si fondano le argomentazioni retoriche. Esse fanno riferimento all'ambito del per lo più e sono strettamente connesse al concetto di verosimiglianza (*eikós*): v. F. PIAZZA, *La retorica di Aristotele*, cit, 53; F. PIAZZA, S. DI PIAZZA, *Verità verosimili. L'eikos nel pensiero greco*, Milano, 2013.

Prendere consapevolezza della complessità del processo inferenziale tra un argomento e una certa tesi significa comprendere la dinamica per la quale, in un certo contesto, una massima e un *endoxon* si combinano per generare gli argomenti: in questo modo è possibile valutare l'adeguatezza di una mossa argomentativa che può rivelarsi adatta in una certa pratica comunicativa e inaccettabile in un'altra pratica.

Segnatamente, negli argomenti 1 e 2, il luogo argomentativo è costituito dalla ricorrenza di «una lotta, una guerra alla diffusione del coronavirus». In questo senso, l'applicazione da utilizzare sullo smartphone non è solo uno strumento, ma una vera e propria arma (prima conclusione). Evocare, attraverso le immagini, l'analogia con le armi che si usano per combattere una guerra, ha un effetto di sicuro impatto, in linea con usi linguistici ricorrenti nella comunicazione mediatica della pandemia, per cui è solito ricorrere alle metafore che collocano gli individui «in trincea contro il Coronavirus»²⁰.

Ma la metafora della guerra è anche un modo di rappresentare e organizzare il nostro mondo: comprendere una metafora concettuale significa stabilire corrispondenze tra i due domini²¹. In questa mappatura, i cittadini possono essere rappresentati in termini di soldati che combattono insieme per la stessa causa. Il campo di battaglia è quello delle proprie città, l'arma è a disposizione di tutti ed è il proprio telefono. L'uso della metafora della guerra è una componente topica determinante nel processo inferenziale generatori di argomenti: il suo uso non è ragionevole nella strategia di comunicazione che mira a costruire fiducia. Lo stato di guerra evoca, infatti, l'istinto di sopravvivenza e induce il singolo a preferire la scelta individuale, e non quella sociale. In effetti, l'uso della metafora della guerra genera un'altra questione nel processo inferenziale: voglio essere un soldato nella guerra al virus?

Dal punto di vista argomentativo, l'uso del linguaggio della guerra non genera fiducia nell'altro: l'istinto di sopravvivenza conduce piuttosto a preferire scelte solitarie, non cooperative²².

Nell'esempio n. 3, il Presidente del Consiglio, quale *trust speaker*, per il suo ruolo istituzionale e di vertice nella gestione della pandemia, suggerisce l'uso dell'app come imperativo morale: poiché è un atto profondamente giusto (argomento), è ragionevole utilizzare l'app (conclusione). L'utilizzo dell'applicazione è una mera raccomandazione morale, non sanzionata in caso di mancato uso. Questo argomento, per essere efficace, richiede la condivisione di un *endoxon* specifico, cioè una concezione del diritto di tipo fiduciario nella quale l'obbedienza al diritto non dipende dalla minaccia di una sanzione dall'alto, ma poggia su un legame di rispetto delle norme tra i consociati, posti sullo stesso

²⁰ F. PIAZZA, *Metafore di guerra e guerra alle metafore. Sull'uso del lessico militare per parlare della pandemia di Covid-19*, in *DNA DI NULLA ACADEMIA*, 1, 2, 2020, 87-96.

²¹ Questa visione del discorso argomentativo come combattimento è sviluppata nella metafora concettuale della parola inglese *argument*: G. LAKOFF, *The contemporary theory of metaphor*, in A. ORTONY (a c. di) *Metaphor and thought*, Cambridge, 1993, 202-251: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139173865.013> (consultato il 15.9.21)

²² Per la cd. tesi convenzionale o hobbesiana la cooperazione sociale è generalmente impossibile, o comunque molto inefficiente, senza l'intervento di un'autorità capace di imporre coercitivamente determinati comportamenti a tutti i membri della società. Secondo lo schema del contratto sociale di Hobbes, l'unica via d'uscita dalla condizione oppositiva naturale dell'uomo consiste in un contratto con il quale le parti conferiscano a un'autorità esterna il potere che le costringerebbe a cooperare per produrre quei beni pubblici che tutti desiderano. Su questo tema: A. DE JASAY, *Social Contract Free Ride: A Study of the Public Goods Problem*, Oxford, 1989.

piano, che si fidano l'uno dell'altro e che agiscono in modo conseguente. Riteniamo, cioè, che l'insuccesso dell'argomento n. 3 dipenda dalla combinazione del luogo argomentativo con un certo *endoxon*, che si intreccia con l'argomento e che riguarda il concetto di rapporti sociali e giuridici. Il successo della tesi secondo cui l'utilizzo dell'app è una giusta raccomandazione origina dalla condivisione di una visione fiduciaria dei legami sociali: se la maggioranza dei cittadini, invece, associa l'obbligatorietà di una norma esclusivamente alla sua natura coercitiva, eliminando *tout court* o sottovalutando il fattore fiduciario, il processo inferenziale generato da questa concezione del diritto conduce necessariamente la maggioranza dei cittadini a ritenere che il loro dovere di fare qualcosa discenda solo dall'esistenza di una sanzione. Se prevale un modello di diritto di stampo coercitivo, per il quale la norma è vincolante solo nella misura in cui sia dotata di sanzione, significa che, ove la sanzione non sussista, non sussiste neppure l'obbligo di rispettare la norma²³.

Questa spiegazione dell'inefficacia della strategia argomentativa per l'esempio n. 3 può essere rappresentata come segue:

TESI: l'argomento n. 3 (uso dell'app è un imperativo morale) è inefficace.

STANDPOINT:

- (i) gli imperativi morali (come l'utilizzo dell'app) sono norme che non sono supportate da alcuna sanzione;
- (ii) i destinatari dell'argomento (cittadini) non obbediranno a una norma che non sia supportata da alcuna sanzione.

STANDPOINT

- (ii) I destinatari dell'argomento (cittadini) non obbediranno a una norma che non è supportata da alcuna sanzione

Argomenti:

- (a) esiste nel diritto una dimensione "orizzontale-relazionale", che accompagna sempre quella verticale-sanzionatoria;
 - (a1) La visione relazionale del diritto è quella secondo cui il diritto si rivolge soprattutto ai cittadini e alla loro necessità di relazionarsi tra loro; cioè il diritto richiede fiducia reciproca, stabilendo diritti e doveri reciproci.
 - (a2) La visione coercitiva del diritto è quella secondo cui una norma non solo è giuridica in quanto sanzionata, ma anche – e soprattutto – è obbligatoria perché è sostenuta dalla minaccia di una sanzione.
- (b) Sulla base di una concezione coercitiva, i cittadini obbediscono alle norme solo perché hanno paura di affrontare conseguenze negative o dolorose.

²³ T. GRECO, *Perché noi italiani (non) ubbidiamo alle leggi? Un problema per la cultura giuridica*, in *Paradoxa*, 15, 1, 2021, 127-131.

(c) Se un cittadino ritiene che una norma giuridica sia vincolante solo nella misura in cui sia dotata di una sanzione, plausibilmente, non riterrà razionale seguire una norma che non sia supportata da alcuna sanzione.

Il fallimento dell'app nazionale di tracciamento dei contatti è, quindi, collegata alla diffusione, in questo contesto comunicativo, di un modello di diritto di stampo coercitivo. Il *vulnus* dell'argomentazione ed il suo insuccesso retorico dipende da un elemento contestuale²⁴: se fosse stata condivisa, nella popolazione (cioè tra i destinatari del messaggio), una concezione di diritto della fiducia, l'argomentazione sarebbe stata efficace, attivando quel luogo argomentativo proposto dallo *trust speaker* l'aggancio con quella visione per cui il diritto non si applica mai automaticamente e fa sempre affidamento sulla responsabilità di coloro ai quali si rivolge.

6. L'elemento (implicito) della fiducia

Questo studio rivela una delle ragioni del fallimento della campagna comunicativa di incentivo all'uso delle app in un luogo comune sul diritto. L'insuccesso dell'argomento per cui l'uso dell'app è un imperativo morale (esempio 3) è dipeso dal sistema di luoghi argomentativi attivati nel processo inferenziale: l'argomentazione ha avuto una realizzazione diversa da quella attesa perché diverse erano le conoscenze condivise tra il mittente ed i destinatari. L'efficacia retorica dell'argomento postula una visione che include e valorizza la fiducia nelle relazioni giuridiche; nel contesto materiale, in questo specifico momento, risulta invece essere comune tra i cittadini italiani una concezione alternativa del diritto, che valorizza il legame tra forza e diritto.

È propria del pensiero giuridico della modernità l'assunzione della coattività come elemento essenziale del diritto, rimuovendo la fiducia reciproca dal modo di pensare il diritto²⁵. La modernità rovescia il paradigma della giustizia, che non si spiega più sotto il principio dell'amicizia²⁶, ma come legalità attraverso la soggezione al comando e la paura della sua sanzione²⁷. La teoria di Hobbes esplicita il nesso tra legge e coercizione: gli uomini rispettano i patti solo se costretti. La normatività si basa necessariamente su un modello privato della fiducia reciproca, per cui solo quando si è obbligati si è

²⁴ Sull'incidenza dell'elemento contestuale nei flussi comunicativi, v. A. ROCCI, *Pragmatic Inference and argumentation in intercultural communication*, in *Intercultural Pragmatics*, 3, pp. 409-446; ID., *Modality in Argumentation: A Semantic Investigation of the Role of Modalities in the Structure of Arguments with an Application to Italian Modal Expressions*, Cham, 2018.

²⁵ Ci riferiamo agli studi di Tommaso Greco sul rapporto tra diritti e doveri e sulle dimensioni relazionali del diritto nella storia del pensiero giuridico, cui è dedicato T. GRECO, *La legge della fiducia. Le radici del diritto*, Roma-Bari, 2021.

²⁶ Il modello della fiducia si radica nell'antichità ed è rappresentato da Aristotele nell'immagine dell'uomo come "animale sociale" e nella conseguente centralità dell'amicizia come fondamento della vita civile: così T. GRECO, *Relazioni giuridiche. Una difesa dell'orizzontalità nel diritto*, in TCRS, 2014, 9-26.

²⁷ Per un approfondimento sul paradigma concettuale della modernità, v. M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2008; ID. (a c. di) *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008.

soggetti alla legge; in assenza di potere coercitivo non ne sussiste obbligo. Nel capitolo XXV della sua opera più nota, il *Leviatano* (1651), Hobbes distingue tra comandi e consigli²⁸:

Si ha comando quando un uomo dice: *fa questo, o non fare questo*, e non ci si aspetta altra ragione che non sia la volontà di colui che dice ciò. Da questo segue manifestamente che chi comanda pretende con ciò il proprio beneficio, poiché la ragione del suo comando è solo la sua volontà, e l'oggetto proprio della volontà di ogni uomo è un qualche bene che torni a suo vantaggio.

Si ha consiglio quando un uomo dice: *fa, o non fare questo*, e deduce le sue ragioni dal beneficio che deriva a colui al quale egli dice ciò. Da questo è evidente che chi dà un consiglio, pretende solo il bene (comunque lo intenda) di colui al quale si rivolge.

[1] Perciò tra consigli e comando c'è una grande differenza [di fine], che il comando è diretto al beneficio proprio e il consiglio al beneficio di un altro. [2] Da ciò sorge un'altra differenza [rispetto alla persona del destinatario], che un uomo può essere obbligato a fare ciò che gli viene comandato, ma non può essere obbligato a fare ciò che gli viene consigliato [tale condotta è quindi facoltativa].

Secondo l'analisi hobbesiana il comando è riconducibile alla volontà di chi lo impartisce e caratterizza il mondo del diritto, che è imperativo; la legge si risolve, infatti, nell'esercizio di un'autorità che comanda ai suoi sudditi. Diversamente, il consiglio ha la forza della ragionevolezza e la sua efficacia dipende, non dalla spada, ma dalla idoneità delle parole di persuadere i destinatari.

Numerose sono state le formule teoriche per identificare le caratteristiche che distinguono le norme giuridiche da tutte le altre norme: una svolta fondamentale è impressa da Kant, nell'uso dei concetti di autonomia ed eteronomia. Autonomi sono quegli imperativi, in cui colui che stabilisce la norma e colui che la esegue sono la stessa persona. Viceversa, si chiamano eteronomi gli imperativi in cui la persona da cui proviene la norma è diversa dal destinatario che la attua.

L'autonomia del volere è quella proprietà della volontà per cui essa è legge a se stessa [...]. Principio dell'autonomia è dunque: non scegliere, se non in modo che le massime a cui si ispira la scelta siano, nel medesimo tempo, comprese nella volontà come una legge universale [...].

Se la volontà cerca la legge in quale altra parte che nella capacità delle sue massime a costituire una sua propria legislazione universale – e, pertanto, se, oltrepassando se stessa, la cerca nella natura di un qualche suo oggetto, che debba determinarla – ne deriva in ogni caso, un'eteronomia. La volontà non dà allora legge a se stessa, ma l'oggetto dà legge alla volontà, mediante il suo rapporto con essa. Questo rapporto, riposi esso su un'inclinazione immediata o su rappresentazioni della ragione, non rende possibili se non imperativi ipotetici: io devo far qualcosa perché ne voglio qualche altra. Per contro, l'imperativo morale, e perciò categorico, dice: io devo agire così e così, a prescindere da qualsiasi cosa io voglia. Ad esempio, il primo dice: io non devo mentire, se voglio conservare il mio onore. Il secondo, per contro, dice: io non voglio mentire, quand'anche non me ne derivi il minimo disonore²⁹.

²⁸ T. HOBBS, *Leviatano*, trad. it. di G. MICHELI, Firenze, 1976, 249-250.

²⁹ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, a c. di V. MATHIEU, Milano, 2003, 171-175.

Ai fini di questa analisi, è interessante notare che nella morale la volontà è pura, non influenzata da paure o impulsi. Nel diritto, invece, la volontà non è più pura perché legata alla facoltà di costringere chi lede la libertà altrui. L'adesione morale è fine a sé stessa; se tale adesione fosse ottenuta con la forza, cesserebbe di essere spontanea e si perderebbe il carattere autenticamente morale dell'atto. Da elemento distintivo dei soli imperativi giuridici (come lo era per Kant), nella tradizione positivista la coercizione è diventata un elemento essenziale del diritto, configurando uno strumento su cui poggia il funzionamento dello Stato.

Alla luce di questo paradigma, è più facile comprendere che *l'endoxon* cui si aggancia, effettivamente, il luogo argomentativo avanzato dall'allora Presidente Conte individua il fondamento della normatività nella coercizione: il mittente, invece, collegava il luogo argomentativo ad un diverso *topos* giuridico, per il quale i cittadini devono imparare a sentire il dovere di obbedire alle regole, indipendentemente dal pericolo di subire conseguenze negative se non lo faranno. Il successo della strategia retorica nel caso dell'app segnala l'esigenza di un profondo ripensamento del concetto diffuso di diritto.

7. Riflessioni conclusive

L'analisi del caso dell'uso dell'app a tutela della salute pubblica, sia dal punto di vista della teoria dei giochi sia dal punto di vista dell'argomentazione, porta alla medesima conclusione: la fiducia gioca un ruolo centrale per l'efficacia del discorso sull'uso di questo strumento. L'argomento pro-app ha successo se si aggancia ad un'opinione comune e condivisa sul concetto di diritto che include la fiducia e il rispetto della reciprocità nella società.

Il modello argomentativo di carattere topico-retorico, che abbiamo utilizzato in questo contributo, ha il pregio di sviluppare il processo inferenziale su base topica e mettere in luce la concretezza dei discorsi in relazione ad un uditorio specifico, ricostruendo l'operazione argomentativa come una complessa relazione di argomenti e punti di vista che implica anche una comprensione precisa e completa del contesto in cui l'argomentazione ha luogo. Questa comprensione globale consente di distinguere se una certa mossa argomentativa sia ragionevole o meno in una data situazione.

L'argomento per il quale l'uso dell'app a tutela della salute è un atto profondamente giusto si aggancia ad un complesso sistema topico che ha a che fare con la concezione del diritto più diffusa. Costituisce un elemento implicito, presupposto dall'oratore, e non accolto dalla maggioranza dei destinatari del discorso, il ricorso all'elemento della fiducia: il caso dell'app Immuni mette, cioè, in luce la necessità dell'esistenza di uno spazio in cui il diritto fa riferimento alla fiducia dei (e tra) i cittadini.

La fiducia, in questo scenario, non deve, cioè, essere un elemento che dipende dall'esistenza del diritto, ma un elemento originario e costitutivo del funzionamento del diritto stesso: quindi, una proprietà anche del suo concetto.

La diffusione, invero, tra i destinatari del discorso, di un modello normativo che escluda la fiducia e valorizzi la coercizione segnerà inevitabilmente il fallimento della tesi della volontaria installazione del *device*, provocando un processo inferenziale per cui solo quando si è "costretti" si è veramente "obbligati", ma, in assenza di potere coercitivo, non vi sarà alcun obbligo cooperativo.

Essere consapevoli di questo *bias* comunicativo, se non rimedia ai difetti, serve a confessare i limiti retorici, che abbiamo segnato a ragion veduta, facendo emergere nell'uso delle parole alcuni stereotipi che appartengono al diritto.

Perspectives



Futile treatment in the time of pandemics

*Iñigo de Miguel Beriain, Vera Lúcia Raposo**

ABSTRACT: Health care delivery is traditionally based on three basic ideas: i) it is better to provide more care than less; ii) once a patient is granted a medical resource, it cannot be taken from him/her unless it becomes unnecessary; iii) medical resources are distributed in accordance with priority on arrival. Sometimes, these principles lack proper legal/ethical ground, but in practice there are frequently followed criteria in many hospitals. Under normal circumstances, and assuming that there are enough healthcare resources available for everyone, this *modus operandi* works with few issues in light of ethics and public health considerations. However, the COVID-19 pandemic has led to an entirely new scenario, with new methods required for patient triage and new strategies needed to avoid medical futility. This paper will sustain that the main criterion to allocate resources and triage patient of scarce health resources – such as in this pandemic – is the efficiency of the treatment. Furthermore, it underlines that fighting against medical futility becomes essential in these times.

KEYWORDS: COVID-19; ethics; futility; pandemics; public health; triage

SUMMARY: 1. Introduction – 2. A different approach to the allocation of scarce resources – 3. The concept of futility – 4. Futility in clinical practise: The reasons it is difficult to avoid – 5. Avoiding futility during a pandemic – 6. Conclusion.

1. Introduction

The arrival of COVID-19 has caused social commotion in many Western countries, leading to complicated scenarios such as the confinement of the population and the suspension of many nonessential work activities. However, the most devastating effect has been the deaths of thousands of people, caused not only by the incidence of the pathology but also by the extreme saturation of health services in many countries. In Spain and Italy, for example, the lack of intensive care unit (ICU) capacity and shortages of healthcare devices necessary to facilitate patient survival (mainly ventilators) led to the adoption of triage mechanisms to determine who receives access to scarce resources such as ICU beds and ventilators.¹ The characteristics of these scarce resources are of enormous importance. First, they must be administered on a continuous basis, which has important legal connotations, as we show in this article. Second, they satisfy a vital need: if they

* *Iñigo de Miguel Beriain, Investigador Distinguido. University of the Basque Country. UPV/EHU, Ikerbasque Research Professor. Ikerbasque, Basque Foundation for Science, Bizkaia, Spain. Mail: inigo.demiguelb@ehu.eus. Vera Lúcia Raposo, Assistant professor, University of Coimbra, Mail: vera@fd.uc.pt. The article was subject to a double-blind peer review process.*

¹ M. NACOTI, A. CIOCCA, A. GIUPPONI, P. BRAMBILLASCA, F. LUSSANA, M. PISAN M, et al., *At the epicenter of the Covid-19 pandemic and humanitarian crises in Italy: Changing perspectives on preparation and mitigation*, in *NEJM Catalyst*, 1, 2, 2020, Doi: 10.1056/CAT.20.0080.

are not provided, not only will the health of patients' suffer, but in the most extreme cases a patient may die.

In practise, hospital triage is commonly ruled by two basic principles:

- i) It is better to provide more care than less. Doctors are condemned for providing insufficient care, not for providing excessive care. As a consequence, many of those cases involve futile treatments, eventually leading to more harm than benefit;²
- ii) The reallocation of healthcare resources is therefore a problematic practice, because doctors fear being accused of depriving patients of medical assistance or preferring one patient over another.³ So, as long as the medical resource has some utility for the original patient, subsequent patients who may need it more have to wait,
- iii) As a consequence, the first-come, first-served principle rules in practise, that is, priority on arrival establishes who receives a medical resource⁴. Doctors tend to believe that this is the safest practice in terms of medical liability and, eventually, also the fairest one.⁵

Despite the various legal and ethical issues that such principles convey, they are still systematically used in hospitals around the world. However, they do not comply with the best standard of care and they are clearly inadequate for a health crisis such as COVID-19. This article is aimed at exploring the concept of futility and the reasons why this practise remains in health care. Furthermore, we expose the circumstances that make these practises particularly harmful during pandemics and the factors that contribute to hinder any possible change. Finally, we propose some measures to improve the current situation.

2. A different approach to the allocation of scarce resources

If we have learned one lesson from what has happened thus far, it is that it is challenging to quickly develop triage protocols to deal with the lack of such resources. Some existing protocols are in direct violation of obvious principles, as their protocols discriminate on the basis of age or disability.⁶ These

² V.L. RAPOSO, *Defensive medicine and the imposition of a more demanding standard of care*, in *Journal of Legal Medicine*, 39, 4, 2019, 401-416, Doi: 10.1080/01947648.2019.1677273.

³ "Physicians' primary ethical obligation is to promote the well-being of their patients. Policies for allocating scarce health care resources can impede their ability to fulfil that obligation, whether those policies address situations of chronically limited resources, such as ICU (intensive care unit) beds, medications, or solid organs for transplantation, or 'triage' situations in times of scarcity, such as access to ventilators during an influenza pandemic" (American Medical Association, *Code of Medical Ethics Opinion 11.1.3 - Allocating Limited Health Care Resources*, 2020, at <https://www.ama-assn.org/delivering-care/ethics/allocating-limited-health-care-resources> (last visited 4 June 2021).

⁴ L. FLECK, T. MURPHY, *First come, first served in the intensive care unit: Always?*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 27, 1, 2018, 52-61; Doi:10.1017/S0963180117000391; S.A HAN, V.G. KOCH, *Physicians should not be forced to determine resource allocation: Triage committees may reduce physician trauma*, in *Health Affairs Blog*, May 8, 2020, 10.1377/hblog20200507.584159

⁵ E.J. EMANUEL, G. PERSAD, R. UPSHUR, B. THOME, M. PARKER, A. GLICKMAN, et al, *Fair allocation of scarce medical resources in the time of Covid-19*, in *New England Journal of Medicine*, 382, 2020, 2049-2055, Doi: 10.1056/NEJMs2005114.

⁶ Italian Society of Anesthesia, Analgesia, Resuscitation and Intensive Care (Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva [SIAARTI]), in *Clinical Ethics Recommendations for the Allocation of*

principles are present both in many national constitutions and in important international conventions, such as the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which was signed (but not ratified) even by the USA, or Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Furthermore, even those who have developed more sophisticated protocols to maximise the number of lives saved – which is the criterion to be followed according to the WHO⁷ – collide with legal systems that do not allow this objective to be achieved efficiently.⁸ Almost all of our rules are designed on the basis of advocacy for certain patients who already have access to scarce resources, not of advocacy for the entire patient community, the prospective users of those resources. This has led to very damaging results in some cases.

To understand why, we must first recognise that efficient triage must follow two basic rules: one, a scarce resource must not remain unassigned to a patient who needs it,⁹ and second, if we want to optimise its use, it will sometimes be necessary to reassign it – that is, to remove the resource from a patient who is using it and give it to another patient who also needs it and has an objectively higher probability of surviving. The first condition is highly dependent on the second: health care givers will not have idle resources if they know they can adjust their initial allocation if it proves to be non-optimal. Thus, the second condition has enormous importance for the final assignation of the resources. If it is not possible to reallocate them, more people will die because some resources may be used inefficiently: those responsible for them are likely to reserve some resources for patients who would receive preferential care (such as children, affected colleagues or simply patients with a much higher chance of survival). In the words of Wreen¹⁰

a patient whose chances for survival are very slim if treated but none if not, might be justifiably denied treatment in favour of those whose chances are better. Other things being equal, both justice and utility point to such a conclusion.

There is no justice in choosing who lives or dies, but if we are forced to do so – and during the peak of the pandemic that choice was unavoidable – the “chance of survival” criterion is the one that

Intensive Care Treatments in Exceptional, Resource-Limited Circumstances, 2020; Grupo de Trabajo de Bioética de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, Recomendaciones Éticas para la Toma de Decisiones en la Situación Excepcional de Crisis por Pandemia Covid-19 en las Unidades de Cuidados Intensivos, 2020, at https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf (last visited 28 May 2021).

See, for instance, the criteria of the complete lives system, “which prioritises younger people who have not yet lived a complete life, and also incorporates prognosis, save the most lives, lottery, and instrumental value principles” (G. PERSAD, A. WERTHEIMER, E.J. EMANUEL, *Principles for Allocation of Scarce Medical Interventions*, at *The Lancet*, 373, 9661, 2009, 423–431).

⁷ World Health Association, *Addressing Ethical Issues in Pandemic Influenza Planning Discussion Papers*, 2008, at https://www.who.int/csr/resources/publications/cds_flu_ethics_5web.pdf (last visited 5 May 2021).

⁸ Comité de Bioética de España, Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Bioéticos de la Priorización de Recursos Sanitarios en el Contexto de la Crisis del Coronavirus, 2020, at <https://bit.ly/3offy5V> (last visited 15 April 2021).

⁹ M.D. CHRISTIAN, C.L., SPRUNG, M.A. KING, J.R. DICHTER, N. KISSOON, A.V. DEVEREAUX, et al., *Triage: care of the critically ill and injured during pandemics and disasters: CHEST consensus statement*, in *Chest* 146(4 Suppl), 2014, e61S-74S. Doi: 10.1378/chest.14-0736.

¹⁰ M. WREEN, *Medical Futility and Physician Discretion*, in *Journal of Medical Ethics*, 30, 2004, 275.

should be adopted.¹¹ It is the most objective (as it does not depend on personal preferences), non-discriminatory (people are not being treated in a certain way due to an intrinsic feature) and fair (because it makes good use of the few available medical resources).

These are core triage criteria in any situation, but they become particularly relevant during public health crisis, where health resources (ventilators, drugs, doctors, even beds) are not enough for all the patients in need. For instance, these criteria were applied at Memorial Hospital in New Orleans after Hurricane Katrina in 2006, both for the evacuation of the hospital and for the redistribution of respirators to patients with better chances of survival.¹² This is also our current scenario, as it has been widely reported by the media (Dettmer, 2020; Yan, Maxouris and McPhillips, 2020).¹³

Unfortunately, however, the reallocation of resources is difficult to implement because it clashes with some of our shared ethical beliefs and with the law in most advanced countries. Some authors consider it unethical to deprive a person of a vital resource who is already using it, even if this would mean denying another person who also needs that resource to stay alive.¹⁴ It is a fact that the doctor would directly cause the death of a patient in such a case, although it might be also argued that what actually causes death is not the withdrawal of treatment but the underlying pathology.

Likewise, in light of criminal law, the doctor who considers withdrawing a treatment already in place to reassign it to another patient would suffer from conflict of duties. Given two patients, one already in treatment and the other waiting to receive treatment, the doctor experiences a conflict between a duty of omission (although physically an action, treatment withdrawal is considered an omission to provide treatment according to criminal law)¹⁵ and a duty of action (to provide treatment). In this scenario, the duty of omission prevails. As explained by Michalowski¹⁶

¹¹ Age can also be used as an indicator of the chance of survival. Nonetheless, it is a factor to consider among others. Suppose a case with two patients: a 20 year old patient, heavy smoker since a young age, and therefore with serious heart and lung problems that decrease his chance of survival and a 40 year old patient who does not smoke and practices sport. A joined appraisal of all different factors will probably lead to conclude that the latter has higher chance of surviving the infection, but the sole consideration of the age criterion would provide treatment to the first patient. Even though in many cases both criteria - age and chances of survival - lead to the same result, it is more accurate to make a global assessment of all elements able to indicate the chance of recovery of a given patient, instead of focusing only in one of them (age for instance). The same reasoning is valid for disability: a disabled person might have lower chances of survival, but not necessarily so, thus, the sole consideration of the existence of a disability would provide an accurate and fair decision.

¹² P. DE LORA, *¿No es Respirador Para Viejos? Sobre la “Ética del Bote Salvavidas” y la COVID-19*, in *Letras Libres*, 2020, at <https://www.letraslibres.com/espana-mexico/politica/no-es-respirador-viejos-sobre-la-etica-del-bote-salvavidas-y-la-covid-19> (last visited 02/06/2021).

¹³ J. DETTMER, *Europe’s Hospitals near COVID-19 Capacity*, in *Voanews*, November 13, 2020, at <https://www.voanews.com/covid-19-pandemic/europes-hospitals-near-covid-19-capacity> (last visited 20/05/2021); H. YAN, C. MAXOURIS, D. MCPHILLIPS, *200 Hospitals Have Been at Full Capacity, and 1/3 of all US Hospitals Are almost out of ICU Space*, in *CNN*, December 11, 2020, at <https://edition.cnn.com/2020/12/10/health/us-coronavirus-thursday/index.html> (last visited 12/06/2021).

¹⁴ T. BEAUCHAMP, J. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001.

¹⁵ G. JAKOBS, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1998.

¹⁶ S. MICHALOWSKI, *Sanctity of Life—Are Some Lives More Sacred than Others?*, in *Legal Studies*, 22, 3, 2002, 377, 394

[a] violation of the duty to act only affects the interests of the individual in whose interests this duty exists, while a violation of the duty not to act leads to an unlawful active interference with the rights of an innocent third party in order to protect someone else's interests.

However, this conclusion (as recognised by the author) is only valid when the interests at stake are equal in weight. The solution would be different when one of the interests has predominance over the other, such as when the duty of action involves a medical treatment that can save the patient's life and the duty of omission involves a futile treatment for the patient.

Within this legal framework, facing pandemics with scarce resources seems a heroic task: we will have to learn to save as many lives as possible without reallocating resources that can be useful to other patients. "Doctors should be prepared to withdraw treatment from poor prognosis patients in order to enable the treatment of better prognosis patients if they arrive later".¹⁷ However, to prevent the situation from becoming worse, we can at least try to limit the incidence of futile treatments.¹⁸ Indeed, the avoidance of medical futility should be the criteria to triage patients in every situation,¹⁹ and become particularly stringent when medical resources are not enough and we have to rationalize scarce recourses.²⁰

Understanding why this simple approach could save many lives requires an understanding of how we should classify a treatment as futile in the context of a pandemic and what dynamics the existence of futile treatments introduces into both routine clinical practice and the current circumstances. The next section focuses on these issues.

3. The concept of futility

The notion of futile treatment is extremely complex.²¹ It is a poorly defined concept even though it is often present in bioethical discussions, at least since the case of Karen Quinlan in the 1970s. Callahan called it "the problem without a name",²² as everyone knows what it refers to but no one is able to define it. However, it is an extremely important issue in health care, as it is estimated that around 30% of all medical care is futile.²³

It is not possible to identify medical futility in the abstract, disconnected from particular situations.²⁴ Each case depends on the patient's personal conditions (general state of health, age), the types and

¹⁷ J. SAVULESCU, I. PERSSON, D. WILKINSON, *Utilitarianism and the Pandemic*, in *Bioethics*, 34, 2020, 620, 625, <https://doi.org/10.1111/bioe.12771>.

¹⁸ EMANUEL, et al., *Fair Allocation*, cit.

¹⁹ K. SPECTOR-BAGDADY, N. LAVENTHAL, M. APPLEWHITE, J. I. FIRN, N. D. HOGIKYAN, R. JAGSI, et al. *Flattening the Rationing Curve: The Need for Explicit Guidelines for Implicit Rationing During the COVID-19 Pandemic*, in *The American Journal of Bioethics*, 20,7, 2020, 77-80, Doi: 10.1080/15265161.2020.1779409.

²⁰ *Ibid*

²¹ R.A GATTER JR., J. C. MOSKOP, *From Futility to Triage*, in *The Journal of Medicine and Philosophy*, 20, 2, 1995, 191-205, <https://doi.org/10.1093/jmp/20.2.191>.

²² D. CALLAHAN, *Medical Futility, Medical Necessity. The Problem-Without-A-Name*, in *Hastings Center Report*, 21, 4, 1991 30.

²³ R. REDBERG, *More Treatment - Better Care?*, 2011, at <https://psnet.ahrq.gov/webmm/case/258/more-treatmentbetter-care> (last visited 21/04/2021).

²⁴ V.L. RAPOSO, *Defensive Medicine*, cit.

number of available resources, the patient's wishes, and other factors. Thus, a general definition of medical futility is hard to reach. The Council on Ethical and Judicial Affairs of the American Medical Association considered this concept "unattainable".²⁵ In principle, one could assume that medical futility is simply useless treatment.²⁶ However, this does not make things much clearer, because the very idea of usefulness has many nuances.

It is not appropriate to limit the idea of futility exclusively to the arena of clinical care. We must consider both factors that refer strictly to medical parameters and those related to patient participation in decision making and even clearly social factors. Moreover, assessing futility depends on the specific moment at which the case is evaluated. As the WHO²⁷ recognises, given a severe scarcity of resources,

exclusion criteria will be much more restrictive than standards of medical futility and will also exclude patients for whom treatment is still considered necessary and useful.

In a pandemic situation, not only must the well-being of an isolated patient be considered, but the health of all patients (potentially, the entire community) as a whole. An allocation of resources may be necessary to save a patient's life, but such an allocation may not maximise the number of lives saved if that patient consumes a very high number of units of the scarce resource.

Some label this approach as utilitarian,²⁸ eventually in a pejorative sense (which in fact is a misrepresentation of the very roots of utilitarianism).²⁹ We do not agree with this point of view: unless we consider that the whole point of triage (to act in a way that maximizes the number of lives saved) is a utilitarian postulate, an allocation of resources that is aimed at this goal without using a human being as a mere means can hardly be considered utilitarian. However, we concede that a deeper analysis of what futility means must be made.³⁰

The concept of medical futility should be built on three main bases. The first is the patient's benefit. Science, no matter how developed, cannot be used to save everyone. Therapeutic insistence, often called dysthanasia³¹ is a form of medical malpractice because it involves measures that in no way benefit the patient,³² but merely drag his/her life out, sometimes at the cost of intense suffering.³³ As referred by Jecker and Schneiderman, the profession of medicine was never intended to practice nonbeneficial medical care and doctors should not be asked to violate the basic principles of their

²⁵ M. KWIECINSKI, *To Be or not To Be, Should Doctors Decide? Ethical and Legal Aspects of Medical Futility Policies*, in *Marquette Elder's Advisor*, 7, 2, 2006, 313, 325.

²⁶ B. LO, R. L. STEINBROOK, *Deciding Whether to Resuscitate*, in *Arch Intern Med* 143, 1983, 1561-1563.

²⁷ WHO, *Addressing Ethical Issues*, cit.

²⁸ W. BUCKWALTER, A. PETERSON, *Public Attitudes Toward Allocating Scarce Resources in the COVID-19 Pandemic*, in *PLoS ONE* 15, 11, 2020, e0240651, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0240651>

²⁹ J. SAVULESCU, I. PERSSON, D. WILKINSON, *Utilitarianism and the Pandemic*, cit.

³⁰ G. MENDOZA DEL SOLAR, *El Concepto de Futilidad en la Práctica Médica*, in *Rev Soc Peru Med Interna*, 21, 1, 2008, 26-35.

³¹ C. ESPÍRITO SANTO, C. M. LIMA, L. A. DA SILVA, R. F. DA COSTA, et al, *Produção Científica de Enfermagem Acerca da Eutanásia: Revisão Integrativa da Literatura*, in *J Res: Fundam Care Online*, 6, 3, 2013, 1231-1242.

³² V.L. RAPOSO, *Doctor's Criminal Liability and Medically Assisted Death – The Portuguese Case*, in *European Journal of Health Law*, 26, 3, 2019, 240-254, [Doi.org/10.1163/15718093-12264430](https://doi.org/10.1163/15718093-12264430).

³³ V.L. RAPOSO, *Defensive Medicine*, cit.

profession.³⁴ The second issue is medical efficiency (which is directly linked to the idea of social factors as introduced previously).³⁵ This is a key variable during pandemics: doctors should refrain from using scarce medical resources for hopeless cases, as doing so will prevent their use for other patients who could gain greater benefit.³⁶ Burrows and Hodgson³⁷ state that providing medical assistance to those most likely to survive (assuming that it cannot be provided to everyone in need) is a matter of social justice. The third issue is the patient's wishes: patients might refuse a treatment even though it could serve them well to recover from a disease if, for instance, they consider that someone else might profit better from this resource (a kind of heroic act). In such cases, it is essential to comply with the patient's informed consent – or dissent in this case. In the strictest sense, this is a case of unwanted treatment, not futile treatment. However, it can be considered a very specific type of futility: if the patient refuses the treatment and disregarding the fact that it improves his/her medical condition, it is, in a sense, useless, for that patient. Indeed, the American Thoracic Society, for example, recommends the use of the term “futile” when a treatment cannot possibly attain a desired physiological goal.³⁸

Medical efficiency repudiates medical futility for several reasons. First, it often causes harm to patients (this is particularly clear when a concrete treatment delays the introduction of palliative care). Second, it deprives other patients of scarce resources. Third, the provision of a futile treatment for a particular patient might undermine the likelihood of success of that same treatment in other people. This collateral harm is very clear in the case of antibiotics, as their frequent (and futile) use can lead to antibiotic resistance.³⁹ In sum, the reasons to combat medical futility are related not only to a particular patient, but to the whole community (all members of which are prospective patients). It is therefore a matter of both individual health and public health.

4. Futility in clinical practise: The reasons why it is difficult to avoid

No matter how we define futility, it is clear is that it presents doctors with a complex dilemma. They may fall into futility if they overestimate a patient's ability to recover and apply measures that only prolong their suffering. This would be a clear example of medical malpractice,⁴⁰ as such conduct would violate both the principle of non-maleficence (the doctor would cause harm to the patient)

³⁴ N. JECKER, L. SCHNEIDERMAN, *Medical Futility: The Duty not to Treat*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2, 2, 1993, 151-159, Doi:10.1017/S0963180100000852.

³⁵ J. CYLUS, I. PAPANICOLAS, P. C. SMITH, *A Framework for Thinking about Health System Efficiency*, in J. CYLUS, I. PAPANICOLAS, P. C. SMITH (eds.), *Health System Efficiency*, WHO Regional Office for Europe, 2016, 1-20.

³⁶ Burrows and Hodgson (R.C. BURROW, R.E. HODGSON, *De Facto Gatekeeping and Informed Consent in Intensive Care*, in *Med Law* 16, 1, 1997, 17-27) state that providing medical assistance to those most likely to survive (assuming that it cannot be provided to everyone in need) is a matter of social justice.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ G.T. BOSSLET, T.M. POPE, G.D. RUBENFELD, et al, *An Official ATS/AACN/ACCP/ESICM/SCCM Policy Statement: Responding to Requests for Potentially Inappropriate Treatments in Intensive Care Units*, in *Am J Respir Crit Care Med*, 191, 11, 2015, 1318–1330.

³⁹ M.S. NIEDERMAN, J.T. BERGER, *The Delivery of Futile Care Is Harmful to Other Patients*, in *Critical Care Medicine*, 38, 19, 2019, S518-22, Doi: 10.1097/CCM.0b013e3181f1cba5.

⁴⁰ V.L. RAPOSO, *Defensive Medicine*, cit.

and the principle of beneficence (the doctor would prevent the patient from accessing the most appropriate treatment for his/her condition, which would ultimately be palliative care). Moreover, in a pandemic scenario, a doctor would also be violating the principle of justice by allocating scarce resources in a clearly inefficient manner, which would lead to an increase in the number of deaths. Obstinacy in maintaining futile treatment would not only fail to prevent the death of the treated patient but also result in the deaths of patients who could not make use of the resource.

However, it is not so easy to put an end to futile treatment and its prevalence in day-to-day medicine. There are some strong reasons that contribute to perpetuate it. Imagine that a physician is tempted to declare too quickly that a treatment is futile in order to provide the resource to a patient who he/she considers having a much higher probability of surviving the pathology, or to one who has the same likelihood of survival but who will use the resource for less time. Such action may indeed improve the final result – that is, reduce the number of total deaths – but surely this physician would have violated the principle of non-maleficence by causing the death of a patient. Such a doctor might even face criminal charges for depriving the patient of the necessary means for recovery, which – let us not forget – was not impossible.

In short, we are faced with two forms of medical malpractice to avoid: neither too much medicine nor too little medicine. The essential point is that the first is worse than the second because it negatively affects not only the patient that receives the futile treatment (eventually causing him discomfort and even pain, with no gain at all, because his/her situation might be irretrievable), but also other patients who have higher chances of recovery but are deprived of the same treatment.

Nonetheless, there are practical reasons that will surely lead to many more cases of the former practice than of the latter. First, physicians often overtreat because they fear litigation, and so they use defensive medicine to protect against lawsuits.⁴¹ To the best of our knowledge, research on overtreatment that causes unnecessary suffering to the patient is rare, and there are no penalties for such,⁴² whereas causing the death of a patient by withdrawing a treatment that was keeping him/her alive is a clear breach of multiple professional and criminal responsibilities.

There is an additional reason for futile treatment: put simply, futility is quite common in medical practice. The scientific literature has shown on many occasions that in intensive care, overtreatment is more the rule than the exception⁴³ especially because doctors – apparently regardless of specialty⁴⁴ – are often too optimistic about the efficiency of their clinical choices.⁴⁵ Hence, medical profes-

⁴¹ A.B. JENA, L. SCHOEMAKER, J. BHATTACHARYA, S. SEABURY, *Physician Spending and Subsequent Risk of Malpractice Claims: Observational Study*, in *Brit. Med. J.*, 351, 2015, h5516.

⁴² V.L. RAPOSO, *Defensive Medicine*, cit.

⁴³ W. DRUML, C. DRUML, *Übertherapie in der Intensivmedizin*, in *Med Klin Intensivmed Notfmed*, 114, 2019, 194-201, [Doi.org/10.1007/s00063-019-0548-9](https://doi.org/10.1007/s00063-019-0548-9).

⁴⁴ N. WHITE, F. REID, A. HARRIA, et al, *A Systematic Review of Predictions of Survival in Palliative Care: How Accurate Are Clinicians and Who Are the Experts?*, in *PLoS ONE*, 11, 8, 2016, e0161407, [Doi: 10.1371/journal.pone.0161407](https://doi.org/10.1371/journal.pone.0161407).

⁴⁵ D. SELBY, A. CHAKRABORTY, T. LILIEN, et al, *Clinician Accuracy When Estimating Survival Duration: The Role of the Patient's Performance Status and Time-Based Prognostic Categories*, in *J Pain Symptom Manag*, 42, 4, 2011, 578, [Doi: 10.1016/j.jpainsymman.2011.01.012](https://doi.org/10.1016/j.jpainsymman.2011.01.012); P. GLARE, C. SINCLAIR, M. DOWNING, et al, *Predicting Survival in Patients With Advanced Disease*, in *Eur J Cancer*, 44, 8, 2008, 1146-1156.

signals are likely to perpetuate inappropriate behaviours simply because those are the dynamics they are accustomed to following.

This factor plays a key role since medical subjectivity is an important part of decision making with respect to patients. Even though efforts have been made to objectify medical practice in intensive care through the introduction of measures such as the APACHE-III Score⁴⁶ and the Simplified Acute Physiological Score, SAPS II⁴⁷, studies show that there is still an enormous degree of subjectivity in decision-making processes.⁴⁸ Of course, this might have to do with the fact that the accuracy of such models has not been clearly assessed, but physicians' judgement remains a key factor in the decisions made.

5. Avoiding futility during a pandemic

Our proposal to avoid futile treatments, especially during a pandemic, involves two main tools: the elaboration of guidelines that include objective criteria for triage, and the implementation of collective decision-making processes that prevent a single isolated physician from making decisions.⁴⁹

The revision of guidelines with common criteria for triage is an urgent necessity. However, these guidelines must be flexible because the available resources might change quite rapidly. Moreover, triage varies according to each specific scenario, as the consideration of a treatment as futile depends on the patient's situation.

Decisions on such matters cannot be made by a single type of healthcare worker, let alone an isolated physician; rather, all those who understand the impact of the various scarce resources on the patient's situation should be involved. We therefore advocate an organisational structure based on collegiate and multidisciplinary decision-making, i.e., flexible committees that can monitor decisions about the futility of treatment at a particular centre.⁵⁰ Such committees would not only reduce the psychological pressure on health professionals who are already too overburdened with responsibility, but from a purely scientific point of view, they would reduce the likelihood of "overtreatment bias", which is common in clinical practice, and also reduce the incidence of defensive medicine.

6. Conclusion

The emergence of a public health crisis of the magnitude of COVID-19 has highlighted the problems in our legal framework of implementing the necessary methods to optimise the use of scarce health

⁴⁶ W. A. KNAUS, D. P. WAGNER, E. A. DRAPER, et al, *The APACHE III Prognostic System. Risk Prediction of Hospital Mortality for Critically Ill Hospitalized Adults*, in *Chest*, 100, 6, 1991, 1619-1636. Doi: 10.1378/chest.100.6.1619.

⁴⁷ J.-R. LE GALL, S. LEMESHOW, F. SAULNIER, *A New Simplified Acute Physiology Score (SAPS II) Based on a European/North American Multicenter Study*, in *J Am Med Assoc*, 12, 24, 1993, 2957-1963.

⁴⁸ S. OREDSSON, H. JONSSON, J. ROGNES, et al., *A Systematic Review of Triage-Related Interventions to Improve Patient Flow in Emergency Departments*, in *Scand J Trauma Resusc Emerg Med* 19, 2011, 43, Doi:10.1186/1757-7241-19-43.

⁴⁹ About the power to decide when a treatment is futile, and the potential recognition of the provider's autonomy in this domain, J. K. DAVIS, *Futility, Conscientious Refusal, and Who Gets to Decide*, in *The Journal of Medicine and Philosophy*, 33, 4, 2008, 356-373, <https://doi.org/10.1093/jmp/jhn019>.

⁵⁰ R. D. TRUOG, C. MITCHELL, G.Q. DALEY, *The Toughest Triage – Allocating Ventilators in a Pandemic*, in *N Engl J Med*, 2020, Doi: <http://dx.doi.org/10.1056/NEJMp2005689>.

resources. Currently, the system works primarily with priority on arrival for non-urgent care (for urgent care the criterion is the degree of urgency). This criterion is not problematic as long as there are resources for everyone and not just the first to arrive. However, with scarce resources, the criteria must be changed to prioritise those with higher chances of survival. This can only be done if we can reallocate resources or at least avoid futile treatment.⁵¹

However, there are many reasons that make it complex to prevent futile treatment. Firstly, futility is a very fuzzy concept, and it is difficult to identify when it happens. Second, the current medical culture reinforces the application of futile treatments: defensive medicine considerations predispose physicians to overtreat if there is the slightest doubt about the utility of a concrete treatment, and so regular medical practice tends to systematically overtreat patients, creating a difficult dynamic.

In this scenario, efficient measures must be taken to improve the situation. In the short term, it will be necessary to create guidelines that highlight the importance of restricting futile treatment and the need to make decisions through collective bodies to avoid both common overtreatment practices and decisions based on defensive medicine considerations. In the medium and long term, we will have to rethink the entire legal framework to cope with potentially overwhelming health care crisis situations. If we are not willing to consider that necessity applies to cases in which reallocating resources is the only way to maximise the number of lives saved, we will have to work on a wider interpretation of the concept of futility that serves the same purpose.

⁵¹ GATTER JR, MOSKOP, *From Futility to Triage*, cit.

Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale

Paolo Veronesi*

STILL ON THE UNCERTAIN BUSINESS OF BEING BORN AND BECOMING PARENTS: THE CASES REFERRED TO IN SENTENCES 32 AND 33 OF THE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: This article analyses the innovations that have emerged from the recent constitutional judgments nos. 32 and 33/2021 concerning parenthood of homosexuals. The arguments are set out in the broader context of the constitutional rulings on the law on medically assisted procreation (n. 40/2004) and the steps forward and the milestones set out in this respect are highlighted, distinguishing what the Court says about the best interests of children born in the context of heterologous fertilisation for women and surrogacy carried out abroad (because these practices are prohibited in Italy). The final part also examines the procedural technique used by the Court in this case, trying to understand the reasons for it.

KEYWORDS: Constitutional Court; Heterologous fertilisation; Surrogacy; Parenthood of homosexuals; Procedural solutions

SOMMARIO: 1. Due casi assai diversi – 2. Il “merito”: due decisioni calibrate sul “preminente interesse del minore” – 3. La centralità dei “preminenti interessi del minore” – 4. Il problema dei bilanciamenti sottesi alla gestazione per altri (GPA) – 5. La gravidanza di una relazione genitoriale già proficuamente instaurata (a prescindere dal resto) – 6. Gli “argini” al diritto di essere genitori – 7. Le discriminazioni di carattere economico (ora esaltate, ora accantonate) – 8. L'ontologica differenza delle varie ipotesi di infertilità (e della conseguente risposta del legislatore e della Corte) – 8.1 Il problema della GPA – 9. La soluzione processuale.

1. Due casi assai diversi

Le sentenze n. 32 e n. 33/2021 definiscono due questioni (e muovono da due fattispecie) decisamente diverse seppur tra loro connesse.

I dubbi di legittimità affrontati nella sent. n. 32 prendono corpo da una fecondazione eterologa realizzata all'estero da una coppia di donne che si frantuma anni dopo la nascita di due gemelle. La crisi familiare fa sì che la genitrice biologica neghi il proprio consenso all'adozione in casi particolari richiesta dalla madre d'intenzione che ha accudito le bambine per lungo tempo (art. 44, comma 1, lett. d, legge n. 184/1983).

In particolare, il problema sorge perché – come sottolineato dal giudice *a quo* – non esisteva nessun documento ufficiale che attestasse il comune progetto genitoriale della coppia, né le due donne risul-

* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara. Mail: vrp@unife.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

tavano unite civilmente in Italia o sposate altrove. Soprattutto, assumeva rilievo il fatto che l'atto di nascita prodotto all'estero recasse il solo riconoscimento della madre biologica¹. Se il documento avesse riportato anche gli estremi della seconda donna non sarebbero sorte particolari questioni: ormai la giurisprudenza ritiene infatti pacificamente trascrivibile un atto di nascita straniero così strutturato (ex art. 65, legge n. 218/1995)². Atto di nascita che, per la giurisprudenza della Cassazione³ – *contra* quanto sancito in numerose pronunce di merito (precedenti⁴ e successive alla sent. n. 32⁵) – non potrebbe essere invece formato in Italia se qui nascesse il bambino concepito altrove: neppure se la diversa legge nazionale in cui si è svolta la pratica consentisse questa soluzione⁶.

Da simili premesse scaturisce dunque l'impugnazione degli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 e dell'art. 250 c.c. Il Tribunale di Padova chiede alla Consulta di sancire che, non essendo utilizzabile nel caso l'istituto dell'adozione in casi particolari, vada comunque attribuito alle bambine lo *status* di figlie (anche) della madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla procreazione e le abbia amorevolmente accudite per anni.

L'oggetto della sent. n. 33 trae invece stimolo da un'ipotesi assai diversa.

La premessa consiste infatti in una gestazione per altri (GPA) realizzata all'estero da una coppia omosessuale maschile ancora "in salute", la quale dispone di un provvedimento giudiziario straniero che ne riconosce la genitorialità congiunta. L'uomo che non ha fornito il materiale biologico alla pratica in questione potrebbe quindi accedere – in Italia – all'adozione in casi particolari ma non al riconosci-

¹ Punto 1.2 del Ritenuto in fatto. Valorizza questo profilo G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum dei Quaderni costituzionali – Rassegne* (13 maggio 2021), la quale evidenzia pertanto che, nella prospettiva dell'ordinamento italiano, la posizione della donna che rivendica la qualifica di madre intenzionale pare assimilabile a quella di un qualsiasi soggetto "terzo" che conviva stabilmente con la madre biologica e le sue due figlie (e che di queste ultime si prenda cura come un genitore).

² Cfr., ad esempio, Trib. Brescia, decr. 11 novembre 2020; Trib. Genova, decr. 4 novembre 2020; Trib. Trento, decr. 27 maggio 2020; Trib. Cagliari, decr. 28 aprile 2020; Trib. Bergamo, decr. 20 aprile 2020; Trib. Rimini, decr. 25 gennaio 2020, nonché altre pronunce (anche di Corti d'appello) riportate, come quelle citate, sul sito www.articolo29.it.

³ Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029 e 3 aprile 2020, n. 7668.

⁴ Così nella sent. 32, punto 2.3.1 del Considerato in diritto. Ma si v. già le sentt. n. 237/2019 e n. 230/2020.

⁵ Si v. il decreto della Corte d'Appello di Cagliari, sez. I civ., 16-29 aprile 2021, adottato proprio a seguito della sent. n. 32/2021: vi si argomenta che le decisioni d'inammissibilità (come la n. 32) non precludono opportune interpretazioni adeguatrici, e che, anzi, nella sentenza costituzionale non si avalla affatto l'interpretazione del giudice a quo (il quale, pur criticandola, ritiene che l'unica esegesi consentita sia nel senso dell'impossibilità del riconoscimento italiano in tali casi), puntando oltremodo l'accento – la Consulta – proprio sui *best interests* del minore. La pronuncia è reperibile al sito www.articolo29.it.

⁶ Venendo in rilievo gli artt. 16 e 17, legge n. 218/1995, i quali impediscono l'applicazione della legge straniera per la formazione dell'atto interno. Una quaestio sollevata a tal proposito è stata dichiarata inammissibile per ragioni processuali (l'alternatività dell'oggetto) dalla sent. n. 237/2019: sul tema v. L. DELL'ATTI, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile. Considerazioni a margine di Corte cost., 237/2019*, in *Osservatorio cost.*, 2, 2020, 2. Successivamente, con la sent. n. 230/2020, la Corte ha dichiarato ancora inammissibile un'analoga quaestio, affermando l'impossibilità di procedere a una diversa interpretazione adeguatrice delle norme disponibili al riguardo (ma anche che non esistono parametri costituzionali che ostino a una diversa soluzione normativa): v. M. PICCHI, *"Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 1, 2021, la quale mette in luce le discriminazioni (tra diverse categorie di figli) che ciò determina.

mento del figlio. La coppia ritiene tuttavia illegittimo non assicurare una più completa tutela giuridica al nato, posto che gli effetti dell'adozione in casi particolari non sono notoriamente equiparabili a quelli prodotti da un'adozione piena⁷.

Va detto che, con una qualche sorpresa, nella sent. n. 33 si afferma essere «controverso [...] se anche l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, ovvero addirittura fratelli, sorelle»⁸; simili effetti “depotenziati” costituiscono tuttavia – senza ombra di dubbio – il limite tipico di questa tipologia d'adozione, come opportunamente si afferma, tra l'altro, proprio nella sent. n. 32⁹.

Muovendo dalla negata trascrizione nell'atto di nascita straniero recante il nome dei due padri per contrarietà all'ordine pubblico internazionale – in linea con la prevalente giurisprudenza¹⁰ (benché non da tutta)¹¹, e comunque sulla scia degli ultimi approdi delle Sezioni Unite¹² – l'obiettivo può essere raggiunto, a detta del rimettente, attribuendo anche al genitore d'intenzione coinvolto in una GPA lo status di genitore “a tutti gli effetti” del nato. A tale scopo occorre perciò ottenere la dichiarazione d'illegittimità delle norme che rendono lettera morta quanto è attestato a tal proposito da atti di nascita formati nel paese in cui il minore è venuto alla luce. Per il rimettente, solo così potrebbe infatti neutralizzarsi un diritto vivente che nuoce ai *best interests* del minore e, dunque, viola gli stessi principi costituzionali: questi, dunque, già ora potrebbero essere usati per mettere diversamente a fuoco proprio il concetto di ordine pubblico internazionale rilevante nel caso.

⁷ Così già nella sent. n. 32, punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto ma soprattutto nella sent. n. 33, punto 5.8 del Considerato in diritto.

⁸ Punto 5.8 del Considerato in diritto.

⁹ Punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto. In aggiunta, simile tipologia di adozione è revocabile e richiede che sia avanzata una richiesta da parte del genitore d'intenzione. Questa potrebbe mancare per “timore” del giudizio che ne scaturisce o anche al fine di sottrarsi ai propri obblighi (sguarnendo di tutele proprio il nato).

¹⁰ Cfr., da ultimo, Corte d'Appello di Firenze, decr. 28 gennaio 2020.

¹¹ Si v., ad esempio, Corte d'Appello di Bari, decr. 9 ottobre 2020; Trib. Roma, sez. I, decr. 11 maggio 2018 e giurisprudenza ivi citata. Salvo errore, la prima pronuncia in tal senso è stata adottata dalla Corte d'Appello di Trento, ord. 23 febbraio 2017.

¹² Si v., ad esempio, Cass. civ., sez. un., 6 novembre - 8 maggio 2019, n. 12193, in www.biodiritto.org. Il problema ruota attorno alla corretta definizione degli ingredienti del concetto di ordine pubblico internazionale da applicare in tale materia. Inizialmente, la sez. I della Cassazione, con la decisione 30 settembre 2016, n. 19599 (e altre), delimitava lo spazio d'azione dello stesso, identificandone il contenuto nel «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria». Più di recente, Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, ha invece assorbito nel concetto anche contenuti e principi posti dalla giurisprudenza (specie costituzionale) e dalla legislazione ordinaria (nello specifico, il divieto penale relativo alla surrogacy contenuto nella legge n. 40/2004): v. B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 5, 2019, 198 ss. Come che sia, nell'ordinanza di rinvio della sez. I della Cassazione civile, che ha poi dato luogo alla sent. n. 33, veniva sottolineato un problema di non poco conto (e sul quale la Consulta sorvola): «la tutela dell'interesse superiore del minore [...] e il principio di ordine pubblico solo apparentemente possono apparire due entità contrapposte perché, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano». Su questo aspetto si rinvia alle annotazioni di G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”*, cit.

Da qui l'impugnazione dei diversi artt. 12, comma 6, legge n. 40/2004, 18 d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 e 64, comma 1, lett. g), legge n. 218/1995.

Nei due giudizi *a quibus* si ha dunque a che fare con la violazione di specifiche e distinte norme della legge n. 40/2004 (nonché di altre previsioni vigenti). In entrambi i casi sono altresì sotto la lente le palesi inadeguatezze della disciplina dell'adozione in casi particolari.

La prima vicenda – afferma tuttavia la Corte – «non evoca scenari in contrasto con principi e valori costituzionali»¹³, mentre la seconda, in base al diritto vivente ormai formatosi – che la Consulta mostra di condividere – coinvolge e viola principi di ordine pubblico internazionale¹⁴.

In base alle valutazioni proposte dalla Consulta, tra i due casi si sconta, dunque, una significativa asimmetria di rango costituzionale.

In breve: se con riguardo alla p.m.a. eterologa praticata all'estero dalla coppia di donne – comunque vietata dalla legge n. 40 – la Corte mostra una certa “accondiscendenza”, riferendosi alla GPA – proibita dalla stessa legge con tanto di sanzione penale – essa reitera invece il suo “pugno duro”. Ribadisce così i rischi di sfruttamento della donna gestante e di concreta violazione della sua dignità che tale pratica può causare¹⁵. Rischi che evidentemente non sussistono nel caso di fecondazione con seme di donatore della partner di una coppia omosessuale che poi accoglierà il nato.

Da questi diversi punti di partenza viene fatta discendere una serie di pregnanti conseguenze giuridiche che comunque presentano taluni significativi punti di contatto.

2. Il “merito”: due decisioni calibrate sul “preminente interesse del minore”

Entrambe le questioni di legittimità sono state abilmente strutturate e promosse dai giudici *a quibus* pigiando l'acceleratore non già sul presunto diritto alla genitorialità degli adulti coinvolti, bensì sui ben più indiscutibili diritti dei nati: figli del tutto incolpevoli delle scelte compiute da chi ha operato per determinate la loro nascita *contra* la legge n. 40 e che, «a causa della condotta dei genitori», ora «versano in una condizione deteriore»¹⁶. Era peraltro proprio questo il percorso più utile per risolvere il problema del caso: non si trattava infatti di consentire o meno l'accesso alle tecniche di p.m.a. ad adulti desiderosi di farlo bensì di proteggere i diritti di bambini già nati.

Se i rimettenti avessero scelto di percorrere la prima strada d'attacco alla legge n. 40 l'esito sarebbe stato probabilmente un sonoro *niet*.

La Corte avrebbe insomma potuto ribadire i suoi precedenti di segno contrario¹⁷ – o, comunque, avrebbe incontrato ovvie difficoltà a discostarsene – giovandosi altresì dell'avallo della prevalente

¹³ Sent. n. 32, punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto. La Corte afferma infatti che «non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli», e che «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio» in famiglie siffatte «abbia ripercussioni negative» (anche in sent. n. 221/2019).

¹⁴ Sent. n. 33/2021, punto 5.1 del Considerato in diritto.

¹⁵ Si v. già la sent. n. 272/2017 e la sent. n. 33/2021, punto 5.1 del Considerato in diritto: si v. anche infra al § 5.

¹⁶ Cfr. la sent. n. 32, punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto.

¹⁷ Si rinvia soprattutto alla sent. n. 221/2019.

giurisprudenza di legittimità e di merito¹⁸: senza mezzi termini, nella sent. n. 32 la Corte afferma quindi che nella sua decisione n. 230/2020 essa ha già avuto modo di escludere nettamente «l'esistenza di un diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso»¹⁹.

Essa avrebbe inoltre potuto reiterare l'affermazione per cui la p.m.a. praticata dalle coppie omosex (maschili o femminili) non risponde a un'autentica esigenza terapeutica della coppia, alla cui soddisfazione sarebbe invece legittimamente calibrata la legge n. 40. In tali contesti, la procreazione assistita non sarebbe cioè finalizzata alla soluzione di problemi riproduttivi di carattere squisitamente patologico – come avviene per le coppie formate da uomo e donna – ma per porre rimedio a una ben diversa “infertilità sociale” o “relazionale” della realtà familiare in discorso²⁰.

La Corte avrebbe poi verosimilmente ripetuto che i divieti imposti dalla legge sono la logica conseguenza dell'altro pilastro sul quale è stata edificata la legge n. 40: la scelta, cioè, di concentrare l'attenzione sulle sole famiglie caratterizzate dalla presenza di un padre e di una madre²¹.

Tutte opzioni che la stessa Corte – considerandole afferenti a “temi eticamente sensibili”, nonché sulla scia della giurisprudenza di Strasburgo – ha ritenuto senz'altro superabili, ma solo mediante un diretto intervento del legislatore che assorba quanto ormai condiviso nella comunità²²: così almeno essa si è espressa in un caso di fecondazione eterologa praticata da una coppia *same sex femminile*. E comunque – ribadisce la Corte – queste scelte restrittive non determinano una discriminazione fondata sul sesso poiché le situazioni poste a raffronto non sono tra loro paragonabili²³.

3. La centralità dei “preminenti interessi del minore”

Nel fuoco delle argomentazioni adottate dalla Corte nei due casi viene invece collocato nient'altro che il «preminente [...] interesse del minore in tutti gli atti che lo riguardano»²⁴.

Soprattutto nella sent. n. 32 la Corte cita quindi la più significativa giurisprudenza di Strasburgo collocata sulla stessa linea²⁵.

¹⁸ Si v. le citazioni nella sent. n. 32, punto 2.3.1 del Considerato in diritto, ma un richiamo più generico si trova anche nella sent. n. 33.

¹⁹ Punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto.

²⁰ Così nella sent. n. 221/2019.

²¹ V. ancora la sent. n. 221/2019.

²² Il quale potrà sfruttare il “margine di apprezzamento” di cui dispone e tenere adeguato conto dell'evolvere della coscienza sociale: sent. n. 221/2019, punto 8 e 13.1 del Considerato in diritto. Analoghe considerazioni si trovano nella sent. n. 237/2019 e nella giurisprudenza della Corte EDU citata dalla Corte nella sent. n. 32, punto 2.4.1.2 del Considerato in diritto.

²³ Sul ruolo centrale svolto dalla giurisprudenza della Corte EDU – in special modo nella sent. n. 33/2021 – e sulle argomentazioni che portano la Consulta a ritenere vincolante la sostanza di quanto argomentato nel Parere consultivo reso dalla Corte di Strasburgo (su richiesta della Cassazione francese) in base a un Protocollo – il n. 16 – non ancora ratificato dall'Italia (posto che – come si legge nella sent. n. 33, punto 3.1 del Considerato in diritto – esso «è confluito in pronunce successive, adottate in sede contenziosa dalla Corte Edu»), v. F. FERRARI, *L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore. Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021*, § 3, in questa Rivista 2021, 3.

²⁴ Sent. 32, punto 2.4.1.1 del Considerato in diritto. Come si legge anche al punto 2.4.1.2 del Considerato in diritto, è insomma in gioco «il principio posto a tutela del miglior interesse del minore».

²⁵ V. il punto 2.4.1.2 del Considerato in diritto.

Il medesimo principio viene opportunamente (e inevitabilmente) declinato anche nella sent. n. 33: «in tutte le decisioni relative ai minori [...], deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei “migliori interessi” [...] o dell’“interesse superiore” [...] del minore». Ex artt. 30 e 31 Cost., vi è insomma la «necessità» che nelle relative decisioni «venga sempre ricercata “la soluzione ottimale in concreto per l’interesse del minore”, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”»²⁶. Da qui deriva «l’obbligo» di garantire «la stabilità dei legami e delle relazioni del minore in riferimento a tutte le persone con cui quest’ultimo abbia instaurato un rapporto personale stretto, pur in assenza di un legame biologico», assicurandogli «legami affettivi stabili con chi, indipendentemente dal vincolo biologico, abbia in concreto svolto una funzione genitoriale, prendendosi cura del minore per un lasso di tempo sufficientemente ampio»²⁷. Ciò che dunque conta è il «rapporto di filiazione effettivo consolidatosi nella pratica della vita quotidiana»²⁸, ed è «indiscutibile [...] l’interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, a tutti i fini che rilevano» per la sua vita.

Il richiamo all’interesse concreto dei bambini, di contro a prese di posizione teoriche o ideologiche, è dunque più volte ribadito dalla Corte: non si tratta peraltro di una novità.

La Corte lo evidenzia (soprattutto) nella trama della decisione con più profili divisivi, ossia la n. 33: «non è qui in discussione un preteso [astratto, ndr] “diritto alla genitorialità” in capo a coloro che si prendono cura del bambino», ma «unicamente l’interesse [concreto, ndr] del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali [...] che l’ordinamento considera inscindibilmente legati all’esercizio di responsabilità genitoriali»²⁹.

4. Il problema dei bilanciamenti sottesi alla gestazione per altri (GPA)

Per mantenendosi fedele a tale quadro, la Consulta ribadisce che il ricorso di una coppia (*same sex* o etero) alla maternità surrogata giustifica maggiori cautele da parte dell’ordinamento.

Nella sent. n. 33 la Corte afferma dunque essere del tutto legittimo lo scopo «perseguito dall’ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità», anche mediante l’utilizzo della sanzione penale e la negata trascrivibilità del provvedimento straniero che riconosca lo *status* di genitori³⁰.

In altri termini, la Corte reputa che un simile obiettivo possa essere usato per bilanciare i *best interests* dei minori coinvolti.

Nella pronuncia la Corte evidenzia quindi che – in continuità con la sua sent. n. 272/2017 – «l’interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni controinteresse in gioco». La sua «preminenza [...] ne segnala [...] l’importanza, e lo speciale peso in

²⁶ Si v. i punti 5.3 e 5.4 del Considerato in diritto. Si tratta di concetti che la Corte ha illustrato anche altrove, a partire dalla fondamentale sent. n. 11/1981, per giungere poi alle sentt. n. 272/2017, n. 76/2017 e n. 239/2014, tutte citate.

²⁷ Cfr. la sent. n. 32, punto 2.4.1.2 del Considerato in diritto.

²⁸ Sent. n. 32, punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto.

²⁹ Punto 5.4 del Considerato in diritto.

³⁰ Punto 5.5 del Considerato in diritto ma v. anche i punti 5.6 e 5.7.

qualsiasi bilanciamento», ma esso non potrà mai diventare «tiranno»³¹. Sarà dunque un giudice a doversi far carico di questa “delega di bilanciamento in concreto”, distinguendo caso da caso³².

Al contrario, nel caso della fecondazione eterologa perseguita nel quadro di una coppia di sole donne, la Corte lascia invece intendere che il legislatore possa garantire al figlio il legame immediato con la madre d'intenzione, procedendo alla «riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento»³³.

Solo per la GPA vale del resto ciò che la Corte ha già sancito nella sent. n. 272/2017 e ripete anche nella sent. n. 33. Ossia che la surrogazione «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», comportando altresì

«un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse di terzi»³⁴.

In conseguenza di tutto ciò, nella sent. n. 33 – pur dopo averla implicitamente adombrata (citando anche pronunce della Corte Edu) – non si evoca in modo netto la possibilità che il legislatore introduca una forma di riconoscimento automatico del provvedimento straniero sulla genitorialità³⁵ (soluzione che, per la medesima fattispecie, faceva invece più palesemente capolino nella stessa sent. n. 32)³⁶. Né la Corte s'interroga sulle specifiche caratteristiche delle varie forme di *surrogacy* o sul fatto che, in alcune di queste, assume decisivo rilievo, ad esempio, la partecipazione “genetica” dei genitori d'intenzione, il Paese in cui si è svolta la procedura, la “fiducia” nell'autenticità dei documenti, il tipo di coinvolgimento e di protezione della donna che ha messo a disposizione il proprio corpo, le verifiche del caso, l'età dei committenti, il tempo che il bambino ha trascorso con chi l'ha accolto ecc.³⁷. Da qui (anche) una declinazione “oggettiva” dell'idea di dignità adottata nelle pronunce in cui la Corte si è espressa sulla pratica della GPA, concedendo, di conseguenza, ben pochi margini alla possibilità di dare risalto – assieme ad altri fattori – all'autodeterminazione “soggettiva” di una gestante esterna alla coppia³⁸.

³¹ Quest'ultimo concetto è bene espresso nella sent. n. 85/2013 ma compare in molte altre pronunce costituzionali.

³² Si rinvia ancora alle osservazioni di F. FERRARI, *L'interesse del minore*, cit., § 4.

³³ Sent. n. 32, punto 2.4.1.4 del Considerato in diritto.

³⁴ Sent. n. 33, punto 5.1 del Considerato in diritto. Sulla stessa linea è collocata anche la Corte Edu: cfr. le note sentenze 26 giugno 2014, n. 65192/11, *Menesson c. Francia* e 26 giugno 2014, n. 65941/11, *Labassee c. Francia*.

³⁵ Punto 5.6 del Considerato in diritto.

³⁶ Si v. il punto 2.4.1.2 del Considerato in diritto.

³⁷ Per una calibrata casistica si rinvia a F. FERRARI, *L'interesse del minore*, cit., § 4, il quale sottolinea l'opportunità che il legislatore fornisca altresì criteri ad uso degli stessi giudici, in modo da evitare decisioni schizofreniche e troppo legate alla personale sensibilità del decisore.

³⁸ Sul complesso e articolato dibattito che circonda la difficile definizione del concetto di dignità e il suo uso giurisprudenziale, sia consentito rinviare a quanto problematicamente ricostruito in P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2014, 315 ss. Alcuni esempi di conio recente: la Corte utilizza senz'altro un'idea di dignità che finisce per coincidere con la tutela dell'autodeterminazione del singolo nell'ord. n. 207/2018 (sul c.d. “caso Cappato”); di contro, oppone alla volontà del diretto interessato una concezione “oggettiva” della dignità nella sent. n. 141/2019 (in tema di prostituzione).

5. La gravidanza di una relazione genitoriale già proficuamente instaurata (a prescindere dal resto)

Resta tuttavia ferma – in ogni caso – la necessità di riconoscere al bambino un «legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia che *di fatto* se ne prende cura»³⁹ e abbiano esercitato con successo e «*di fatto* la responsabilità genitoriale»⁴⁰.

Emerge in questi passaggi come vada applicato il “criterio di prevalenza” nei bilanciamenti evocati per i casi di GPA: una relazione genitoriale ben riuscita e protratta nel tempo dovrà sempre prevalere sul resto, modalità del concepimento comprese.

Da qui il suggerimento avanzato dalla Corte nella sent. n. 33 – e ricavato anche dalla giurisprudenza Cedu – di coniare, in un’ottica di *best interests* del minore, «un procedimento di adozione effettivo e celere che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, *allorché ne sia accertata in concreto la corrispondenza con gli interessi del bambino*»⁴¹. Un’adozione che sia «*disciplinata in modo più aderente alla peculiarità della situazione in esame*, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare» con l’adozione non legittimante: l’adozione in casi particolari non è affatto in grado di garantire una tale tutela⁴², né è «celere», così come non lo è, allo stato, neppure il procedimento di adozione tracciato dalla legge n. 184/1983. E neppure – come emerge dalla diversa fattispecie che ha stimolato la sent. n. 32 (ma che, *a fortiori*, potrebbe presentarsi anche a seguito di una GPA) – essa è sempre praticabile.

La Corte suggerisce pertanto al legislatore di introdurre nell’ordinamento un procedimento adottivo *ad hoc*, diverso da quelli vigenti e caratterizzato – se ben s’intende – da minori “barocchismi”⁴³.

Nella motivazione della sent. n. 32 la Corte afferma di non poter introdurre essa stessa questa novità perché ciò finirebbe per tutelare maggiormente il figlio di una coppia “ai ferri corti”, e separatasi in malo modo, più della prole di chi vive d’amore e d’accordo: questi ultimi potrebbero infatti accedere soltanto all’adozione in casi particolari⁴⁴. Un simile intervento, finalizzato «a risolvere il problema specificamente sottoposto» alla sua attenzione, potrebbe quindi causare questa e anche altre «disarmonie».

La preoccupazione è certamente di pregio ma non è affatto escluso che la Corte non possa ritornare sui propri passi. Essa potrebbe magari affiancare a quanto strettamente calibrato sull’eventuale giudizio *a quo* una studiata dichiarazione d’illegittimità costituzionale conseguenziale, estendendo quanto andrà elaborando per il caso sotto i riflettori anche alle coppie perfettamente in sella.

Rimane il dubbio di come la Corte possa forgiare un procedimento d’adozione *ad hoc* che sia anche «effettivo», «celere» e compiuto, utilizzando gli strumenti a sua disposizione. Troppi sembrano gli snodi sui quali si dovrebbe intervenire. Ma le soluzioni potrebbero non mancarle, riflettendo soprattutto sulla variegata realtà delle sue additive di principio o all’attivismo messo in campo a partire dal-

³⁹ Sent. 33, punto 5.6 del Considerato in diritto.

⁴⁰ Punto 5.7 del Considerato in diritto.

⁴¹ Ancora il punto 5.7 del Considerato in diritto. Enfasi aggiunta.

⁴² Punto 5.8 del Considerato in diritto.

⁴³ Punto 5.9 del Considerato in diritto.

⁴⁴ Lo sottolinea al punto 2.4.1.4 del Considerato in diritto della sent. n. 32.

la soluzione del “caso Cappato”⁴⁵. Finanche, la Corte potrebbe persino sollevare davanti a se stessa una *quaestio* sull'attuale, farraginoso disciplina dell'adozione, plasmandola di conseguenza.

In tutti i casi – e più intensamente nel caso di surrogazione – la Corte illustra e applica quindi la versione italiana del principio del preminente interesse del minore. Essa comprende sia elementi di rigidità, ossia l'invocazione di istituti predisposti dalla legge mediante norme generali e astratte che tutelino i minori come gruppo (ad esempio, proprio l'adozione o il riconoscimento), sia *un ineliminabile dose di flessibilità*, finalizzata all'individuazione dell'esito ottimale per il caso concreto⁴⁶.

Viene però da chiedersi: che accadrà se – incredibilmente – il legislatore elaborasse davvero una nuova tipologia d'adozione per i casi in esame? Il suo conio potrebbe fornire il parametro per denunciare poi anche l'illegittimità dell'attuale, più macchinosa, disciplina dell'adozione tradizionale?

Rimane poi in sospeso anche un altro dubbio di maggiore pregnanza.

Nella sent. n. 33, la Corte fa convivere due interessi che è assai difficile contemperare⁴⁷: i *best interests* e la contemporanea esigenza di contrastare la GPA. Lo “strumento” di cui la Corte «si avvale per scoraggiare il ricorso ad una “pratica procreativa ritenuta lesiva dei diritti e della stessa dignità della donna” è», però, a conti fatti, «lo *status* del bambino». In tal modo «le conseguenze delle azioni compiute dal mondo adulto finiscono, inesorabilmente, con il ricadere sul figlio». In testuale contrasto con la pur citata sent. n. 494/2002⁴⁸, il ricorso alla GPA da parte dei genitori trasforma insomma chi nasce – pur se totalmente privo di responsabilità – in uno *strumento* mediante il quale colpire indirettamente la *surrogacy* e tutelare la dignità delle donne coinvolte⁴⁹. Ciò avviene però negando al bambino lo *status filiationis* (con tutte le garanzie che ne derivano), causandogli la perdita secca di un genitore e imponendo sempre e comunque in tal caso un'idonea procedura adottiva.

Con questo non si finisce dunque per incidere proprio sui *best interests* del nato⁵⁰? Che ne sarà della tutela del bambino nelle more della procedura? E se l'adozione, per le più varie ragioni, non venisse poi richiesta? E che succederà ai bambini in carne e ossa, nell'attesa che il legislatore si degni di darsi da fare?

⁴⁵ Sent. n. 242/2019: la si evocherà anche infra.

⁴⁶ Si rinvia all'accuratissima ricostruzione di E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 13 ss.

⁴⁷ E che si tratti di un «difficile bilanciamento» lo conferma espressamente la stessa Corte al punto 5.9 del Considerato in diritto.

⁴⁸ In cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 251, comma 1 e 278, comma 1 c.c., stabilendo che i figli incestuosi non dovevano essere stigmatizzati solo in quanto frutto del comportamento penalmente illecito e moralmente discutibile dei loro genitori. Aggiungendo che «l'adozione di misure sanzionatorie al di là di questa cerchia, che coinvolga soggetti totalmente privi di responsabilità – come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare – non sarebbe giustificabile se non in base a una concezione “totalitaria” della famiglia» (punto 6.1 del Considerato in diritto).

⁴⁹ Mentre, nella stessa sent. n. 494/2002, la Corte affermava che «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie *nel suo stesso interesse*, al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*» (corsivo non testuale).

⁵⁰ Si rinvia a G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”*, cit., dal cui pezzo sono tratte le frasi virgolettate. La tesi è stata sostenuta anche da M. GATTUSO, *Dignità della donna*, cit., 32 ss. (e *ivi* bibliografia).

La Corte afferma inoltre che, nel caso di cui alla sent. n. 33, sussistono precisi *best interests* del bambino ma questi non possono essere considerati «automaticamente prevalenti» né diventare «tiranni». Ma se nella vicenda in oggetto davvero si enucleano precisi *best interests* del nato, come possono essi non prevalere sempre? In quanto effettivamente tali, non dovrebbero essere per definizione vincenti in ogni bilanciamento? C'è forse una contraddizione logica nel ragionamento della Corte?

Queste aporie derivano da un *cul de sac* probabilmente inevitabile se s'intende dare un senso – come la Corte pare intenzionata – al divieto di cui all'art. 12, legge n. 40/2002 e si ritiene che potrebbe non essere nell'automatico interesse del minore conservare legami sociali così instaurati⁵¹.

Il costo di tutto ciò potrebbe però essere molto elevato oltre che in contrasto con uno dei “fari” della giurisprudenza costituzionale, ossia con l'idea – più volte ribadita – che il nostro ordinamento «pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fine di prevenzione generale, essere strumentalizzata)»⁵². La Corte si avvede senz'altro del rischio e afferma che se in tali casi non si introducesse un procedimento di adozione effettivo e celere il minore coinvolto verrebbe, appunto, strumentalizzato per disincentivare il ricorso alla maternità surrogata⁵³: tuttavia, nell'attesa di una tale disciplina ancora inesistente, non è appunto ciò che (già ora) accade?

6. Gli “argini” al diritto di essere genitori

Nonostante le ripetute rassicurazioni della Corte, il convitato di pietra dei ragionamenti ospitati in entrambe le sue pronunce è proprio il diritto alla genitorialità delle coppie *same sex*: un diritto che in via solo indiretta viene comunque protetto dalle sentenze nn. 32 e 33. Esso è infatti l'inevitabile conseguenza – il «profilo speculare» si lascia sfuggire la Corte⁵⁴ – della primaria necessità di proteggere il preminente interesse del minore ottimamente cresciuto da tali coppie⁵⁵.

Prima o poi verrà tuttavia il momento in cui la questione dovrà essere affrontata di petto.

Alla base della soluzione adottata dalla Consulta nelle sentt. n. 32 e n. 33, così come nelle decisioni della Corte Edu in materia, troneggia infatti un gigantesco “non detto”: si usano, cioè, argomenti meglio tollerati per conseguire (almeno in parte) risultati che potrebbero essere raggiunti per strade più dirette ma, proprio per questo, più “faticose e meno condivise”⁵⁶.

Mutatis mutandis, è quanto succede, in altro contesto, nella trama della legge sull'interruzione della gravidanza, ove si ragiona di aborto legittimo solo ove sia in gioco la salute della donna, ma in termini tali che – al netto di un'obiezione di coscienza ormai abnorme e non sufficientemente contrastata –

⁵¹ M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 354.

⁵² Sent. n. 364/1988, punto 8 del Considerato in diritto.

⁵³ Sent. n. 33, punto 5.7 del Considerato in diritto.

⁵⁴ Sent. n. 32, punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto.

⁵⁵ Non a caso, molte voci dottrinali ritengono che l'utilizzo giurisprudenziale del criterio fornito dai “preminenti interessi del minore” costituisca spesso un'autentica ipocrisia: v., ad esempio, S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 93 e M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in *www.federalismi.it* (21 ottobre 2020), 117 s. e122.

⁵⁶ Analizzando la giurisprudenza della Corte Edu, E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., 106, afferma pertanto che il richiamo ai *best interests* serve spesso per legittimare un bilanciamento che forse tutela anche il minore ma che certamente (e soprattutto) protegge il diritto di un adulto.

ciò che davvero rileva è la sola volontà della diretta protagonista (come la Corte ha talvolta, ma non sempre, ammesso)⁵⁷.

Proprio sul versante dell'estensione del diritto alla genitorialità, la sent. n. 162/2014 aveva invece lasciato intravedere nuovi approdi.

Se la legge n. 40 consentiva l'accesso alla p.m.a. solo mediante l'utilizzo dei gameti di una coppia eterosessuale, la sent. n. 162 ha invece consentito a quest'ultima di praticare anche la fecondazione eterologa, ossia ricorrendo (se necessario) a gameti esterni al suo perimetro.

Si è così andato "smantellando" il criterio dell'autosufficienza genetica della coppia⁵⁸, ossia l'autentico faro del legislatore del 2004⁵⁹. Ed è pure venuta meno l'idea che la p.m.a. fosse da ritenersi una terapia solo e soltanto nell'ipotesi in cui agevolasse l'incontro altrimenti impossibile tra i gameti comunque appartenenti ai *partners* eterosessuali: ora è possibile che l'apporto genetico sia di uno soltanto di loro.

Alla salute intesa come rattoppo della fisiologia, la Corte ha insomma opposto – sulla scia di quanto riconosciuto ormai da decenni – il concetto di integrità psico-fisica delle persone inserite in una coppia con problemi procreativi. Privilegiando, cioè, il versante psicologico della salute, messo a rischio da un'incapacità di procreare che incida sull'«incoercibile [...] determinazione di avere un figlio», e coinvolga «la sfera più intima e intangibile della persona umana»⁶⁰.

In tal modo, avendo del tutto giustificatamente superato i limiti inizialmente fissati dal legislatore, è sorto spontaneo chiedersi se, applicando gli stessi assunti, si potessero far deflagrare altre pretese incongruenze della legge n. 40⁶¹.

La Corte è però "corsa ai ripari", circoscrivendo il precipitato di cui alla sent. n. 162/2014 nella successiva sent. n. 221/2019.

Essa ha qui sottolineato che – primo – la fecondazione eterologa va ritenuta una terapia solo nell'ambito delle coppie formate da persone eterosessuali sterili o infertili, poiché solo queste, in teoria, potrebbero procreare naturalmente. Che – secondo – il medesimo assunto va opposto anche alle coppie formate da sole donne, pur se affette da patologie riproduttive, posto che anche tale coppia non potrebbe mai pensare di procreare da sé. Che – terzo – non è sindacabile, sul piano della legittimità costituzionale, la scelta legislativa per la quale la famiglia formata da un padre e da una madre sia l'*optimum* per accogliere un figlio "progettato" ai sensi della legge n. 40: solo il legislatore potrà eventualmente superare queste coordinate.

Detto ciò, nella stessa sent. n. 221/2019, così come nelle sentenze ora in commento⁶², viene comunque riconosciuto rilievo giuridico ai legami che il bambino abbia intessuto con la coppia che l'ha ac-

⁵⁷ Così, ad esempio, nell'ord. n. 514/2002.

⁵⁸ G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, § 3 (in corso di pubblicazione).

⁵⁹ L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC* (luglio 2014), 11.

⁶⁰ Sent. n. 162/2014, punto 6 del Considerato in diritto.

⁶¹ G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, cit., § 3. L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa*, cit., 13, affermava pertanto che la sentenza avrebbe dato avvio a un inevitabile *slippery slope*.

⁶² V., ad esempio, la sent. n. 33, punto 5.4 del Considerato in diritto e giurisprudenza della Cassazione qui citata.

colto, anche se questa fosse composta da persone dello stesso sesso, «dal momento che l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale». Non è infatti «configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli», e «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore»⁶³.

In sintesi – e mettendo a sistema queste sue pronunce – la Corte sottolinea che nel caso della fecondazione assistita si ragiona di bambini solo “progettati” – da qui la scelta legittima di adottare criteri più stringenti per accedervi – mentre nel caso dell'adozione (o di altri istituti affini) la coppia interviene in soccorso di chi è già nato: il legislatore potrebbe quindi mitigare la sua rigidità, né i principi costituzionali potrebbero ostacolarlo⁶⁴.

Appare tuttavia chiaro che laddove coloro che avessero dato il via alla procreazione assistita nel quadro di coppie *same sex* (o in altre situazioni escluse dalle pratiche di cui alla legge n. 40) fossero anche quelli che accoglieranno proficuamente il bambino dopo la nascita, tutte le distinzioni accolte dalla Corte paiono perdere buona parte del loro spessore.

L'estensione alle coppie *same sex* del concetto di “salute della coppia” – ossia l'importanza offerta alla “frustrazione” psicologica e al dolore provocati dall'impossibilità di procreare, assieme ai rilievi espliciti per cui, nell'ordine, va riconosciuta dignità giuridica alla genitorialità sociale non coincidente con quella biologica⁶⁵, il *deficit* educativo di una coppia *same sex* non è affatto provato sul piano scientifico o da dati di esperienza⁶⁶, dovendosi invece valorizzare il legame di filiazione con i componenti della coppia che di fatto si prende cura del bambino nato da GPA⁶⁷ – ha suffragato la tesi per la quale configurare un diritto di accedere alle tecniche di fecondazione eterologa già in sede di giudizio costituzionale, almeno nei casi di coppie formate da sole donne o di donna *single*, non sarebbe stato peregrino.

Affermare che la fecondazione eterologa vada intesa quale una cura per la coppia eterosessuale ha insomma “sdoganato”, come già anticipato, il diritto della stessa a procreare un figlio che sia ascrivibile a uno soltanto dei suoi componenti⁶⁸. Ed è questo un assunto praticabile anche per le coppie omosessuali che possano raggiungere il loro obiettivo accedendo alla fecondazione eterologa o facendo persino ricorso ad altre pratiche, le cui peculiari caratteristiche impongono, però, di essere

⁶³ Sent. n. 32/2021 punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto, citando ancora la sent. n. 221/2019. Su questa stessa scia, il 31 marzo scorso, con la sent. n. 9006/2021, le sezioni unite hanno affermato la non contrarietà con l'ordine pubblico internazionale del riconoscimento dell'adozione piena, da parte di una coppia di uomini, mediante trascrizione dell'atto straniero (purché non si sia fatto ricorso alla GPA). Sulle fonti scientifiche (e le giurisprudenze) internazionali che confermano l'infondatezza di ogni tesi mirante a squalificare la capacità genitoriale delle coppie *same sex* e, di contro, la centralità della concreta predisposizione delle singole persone alle esigenze dei bambini (a prescindere dall'orientamento sessuale), v. l'ampia sintesi di M. GATTUSO, *I bambini al centro: il cambio di prospettiva nelle tre decisioni del marzo 2021 in materia di omogenitorialità (della Consulta e delle Sezioni Unite)*, in *giudicedonna*, 1, 2021, 8 ss.

⁶⁴ Sent. n. 221/2019, punto 13.2 del Considerato in diritto.

⁶⁵ Sent. n. 32, punto 2.4.1.1 del Considerato in diritto.

⁶⁶ Sent. n. 32, punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto.

⁶⁷ Sent. n. 33, punto 5.5 del Considerato in diritto.

⁶⁸ G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, cit., § 3.

trattate a parte e con molta cautela (come, appunto, la GPA)⁶⁹. Anche in molti di tali casi (non tutti) viene infatti procreato un figlio che presenta il patrimonio genetico di uno solo dei componenti la coppia, senza dire che talvolta i gameti sono in realtà di entrambi⁷⁰.

Ma, allora, se procreare è un diritto costituzionalmente fondato (sent. n. 332/2000), assolutamente «incoercibile» (sent. n. 162/2014), praticabile anche mediante l'utilizzo di gameti esterni alla coppia, e se la capacità genitoriale delle coppie *same sex* è comunque provata, sebbene la Corte affermi che non esista un loro diritto alla genitorialità (sent. n. 32/2021)⁷¹, negare quest'ultimo in almeno taluni dei casi di cui sopra può davvero essere rimesso a una scelta squisitamente discrezionale? Non ci sarebbe insomma materiale sufficiente per procedere già ora qualche passo oltre?

7. Le discriminazioni di carattere economico (ora esaltate, ora accantonate)

Un altro rilievo contenuto nella sent. n. 162/2014 sembrava preludere a ben altre aperture e ha dunque richiesto interventi “correttivi” da parte della Corte.

In base a esso, il divieto assoluto di fecondazione eterologa avrebbe prodotto «un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie [...], in base alla capacità economiche delle stesse». Ciò – affermava la Corte – «assurge *intollerabilmente* a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie» per poter far ricorso, in altri paesi, alla tecnica vietata in Italia. «Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente a un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole»⁷².

Questa logica non poteva dunque applicarsi anche alle coppie (omosessuali e no) considerando che solo chi ha le opportune risorse economiche può ricorrere alla procreazione assistita all'estero per accedere a tecniche loro precluse in Italia, e sostarvi anche per il parto, ottenendo così l'atto di nascita desiderato?

La Corte ha già replicato a tale dubbio nella sent. n. 221/2019⁷³, respingendo – senza commenti – l'approccio adottato in precedenza e affermando perciò che «il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione».

È tuttavia acclarato che, come detto, almeno per le coppie di donne la giurisprudenza di legittimità ritiene possibile il riconoscimento della genitorialità attestata da un documento straniero in sé perfetto (quella di merito spesso anche il riconoscimento congiunto del minore nato in Italia dopo una fecondazione eterologa realizzata altrove)⁷⁴.

⁶⁹ G. BARCELONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, cit., § 4.

⁷⁰ Come nel caso di fecondazione eterologa del gamete di una donna, ospitato poi nel ventre della compagna, o nel caso di GPA della coppia eterosessuale che produca gameti utili alla procreazione ma in cui la donna non possa sopportare la gravidanza e il parto.

⁷¹ Punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto.

⁷² Punto 13 del Considerato in diritto. Enfasi aggiunta.

⁷³ Punto 14 del Considerato in diritto.

⁷⁴ V. sent. n. 32, punto 2.3.1 del Considerato in diritto; ancor prima si v. la sent. n. 237/2019, che non ritiene illegittime le norme che impediscono il riconoscimento congiunto delle componenti una coppia *same sex* del minore nato in Italia dopo una fecondazione eterologa realizzata all'estero. Al tema si è già fatto cenno anche *supra* al § 1.

Nessun problema legale coinvolge evidentemente la donna sola che partorisca in Italia dopo aver fatto ricorso alla fecondazione eterologa (da noi vietata) in un paese estero che lo consenta.

Significativamente diverso è invece ciò che attende, *de iure condito*, la coppia *same sex* o etero che acceda a una GPA all'estero. In questi casi il genitore intenzionale può però aspirare (almeno e per ora) all'adozione in casi particolari.

Si tratta dunque di ipotesi in cui, smaccatamente, le risorse economiche di chi si accinge a procreare e a ospitare il minore influenzano in modo decisivo l'attuazione del progetto genitoriale e il suo successivo riconoscimento "italiano"⁷⁵. Possibile che ciò che si riteneva testualmente "intollerabile" nella sent. n. 162 non abbia in questi casi proprio nessun rilievo?

8. L'ontologica differenza delle varie ipotesi di infertilità (e della conseguente risposta del legislatore e della Corte)

Nella sent. n. 221/2019 la Corte afferma dunque che

«l'infertilità fisiologica della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata».

Essa aggiunge poi che questi sarebbero «fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti».

Nella medesima pronuncia la Corte afferma però che, ove si dichiarasse l'illegittimità dell'esclusione delle coppie *same sex* femminili dalla fecondazione eterologa, occorrerebbe conseguentemente annullare ogni preclusione alla p.m.a. e persino alla surrogazione di maternità. Ed è quest'ultima, va detto, l'eventualità che pare in cima alle preoccupazioni della Consulta.

Ma può davvero essere legittimo fornire un'unica risposta negativa, e pertanto offrire un solo bilanciamento, in tutti questi casi⁷⁶? Essendo i fenomeni "ontologicamente" distinti – come ammette la Corte – non meriterebbero di essere trattati separatamente e condurre magari (non sempre, ma almeno talvolta) a esiti diversi da un troppo roboante divieto⁷⁷?

Ad esempio – come già suggerito – in base agli argomenti proposti nella sent. n. 162/2014 parrebbe criticabile non riconoscere il diritto alla genitorialità almeno alle donne *single* e alle coppie omosessuali femminili⁷⁸: anche mantenendo ferma l'ostilità della Corte alla GPA, la cui dinamica incorpora ben altri problemi. Appunto, si tratta di ipotesi "ontologicamente" diverse.

⁷⁵ G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, cit., § 4.

⁷⁶ R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 4.

⁷⁷ L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sent. della Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2, 2020, 238. V. anche B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 112; A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, *ivi*, 138 e I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *Genlus*, 2, 2017, 21.

⁷⁸ Coglie forse nel segno chi vede in questa chiusura una diffidenza (propria alla legge n. 40/2004) verso la «donna che non sia accompagnata in modo stabile da un uomo»: L. RONCHETTI, *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2018, 114.

Nella sent. n. 162/2014 era del resto la stessa Corte ad affermare che il concetto di «patologie riproduttive di una disabilità» è una «nozione che, per evidenti ragioni solidaristiche, va accolta in un'ampia accezione»⁷⁹. Da un simile approccio non poteva dunque ricavarsi un'interpretazione estensiva del concetto di “disabilità procreativa”?

Nella precedente sent. n. 332/2000 la Corte aveva altresì affermato il contrasto con gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. delle norme che vietavano di aver prole per chi volesse arruolarsi nella Guardia di Finanza (e in altri corpi armati), precisando che

«un divieto siffatto si pone 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 [...] e la [...] libertà di autodeterminarsi nella vita privata»⁸⁰.

Un diritto fondamentale che, cioè, sembrava riconoscersi sia al singolo in quanto tale⁸¹, sia in quanto componente di una qualsiasi unità familiare, non già alle sole coppie eterosessuali, come prescritto dalla legge n. 40 e accettato dalla Corte nella sent. n. 221/2019. Si tratta del resto di un diritto che sembrerebbe riconosciuto *a tutti* anche dall'art. 1 della legge n. 194/1978⁸².

Simili “gravi interferenze nella vita privata e familiare delle persone”⁸³ continuano perciò a essere davvero indefettibili una volta ribadito il «rilievo giuridico della genitorialità sociale»⁸⁴, riconosciuta a tutto tondo anche la capacità della coppia *same sex* di allevare prole ed estesa la possibilità di accedere alla procreazione eterologa – per ragioni di salute ampiamente intese – al di là degli angusti spazi inizialmente previsti dalla legge n. 40?

8.1 Il problema della GPA

Rimane il problema, di non poco conto, della GPA.

Senza alcuna pretesa di esaurire il discorso – che è davvero “ontologicamente diverso” rispetto alla p.m.a. e alla fecondazione eterologa *same sex* – qualche considerazione è comunque opportuna. Osservazioni da proporre senz'altro con passo felpato, perché ci si muove su un terreno di profonde incertezze e contrasti radicali all'interno dello stesso pensiero femminista⁸⁵.

⁷⁹ Punto 7 del Considerato in diritto.

⁸⁰ Punto 2.2 del Considerato in diritto. Enfasi aggiunta.

⁸¹ V., ad esempio, A. RUGGERI, “Tutela minima” di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita, in *www.forumcostituzionale.it*. Sul tema sia consentito rinviare anche a P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, 152 ss. e alla bibliografia *ivi* citata. Contra, tra gli altri, F. PATERNITI, *Figli e ordinamento costituzionale*, Napoli, 2019, 271 s.

⁸² Riflessioni su questo problema, con la sottolineatura di alcune incongruenze reperibili sul piano legislativo e nella stessa giurisprudenza della Corte, sono espresse da B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Milano, 2017, 706 ss. e spec. 714 s.

⁸³ Espressione che si trae e si adatta dalla sent. n. 332/2000.

⁸⁴ Sent. n. 272/2017, citata da sent. n. 32, punto 2.4.1.1 del Considerato in diritto.

⁸⁵ Per un sunto v. L. POLI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni*, cit., 164.

Per talune/i la GPA darebbe pertanto luogo a un'immane schiavitù consumata sul corpo e sulla vita delle donne che si prestano a tale pratica, violandone inevitabilmente la dignità⁸⁶. All'opposto, per altre/i tale pratica dovrebbe invece essere assolutamente libera e regolata dal solo mercato. Le contrapposizioni (e le sfumature) emergono anche dalle espressioni usate per definire la procedura⁸⁷. L'impressione è che, come sempre, al di là di tali estremi, qualche pertugio non debba essere escluso a priori. Ipotesi certo non semplici – da normare e monitorare con difficoltà ed estrema cautela – ma forse praticabili, come peraltro si riscontra in alcuni paesi collocabili nella stessa *Western Legal Tradition*⁸⁸.

Anche perché non è evidentemente corretto ragionare di un'unica ipotesi di GPA. Chi le ha contate afferma che le varie combinazioni oggi consentite dall'utilizzo congiunto delle tecniche procreative e dalla *surrogacy* diano luogo ad almeno undici variabili⁸⁹. In più, occorre tener conto dei "contesti" in cui vengono a essere praticate. Se così è, pare davvero complicato sostenere che ciascuna di esse meriti immancabilmente la medesima risposta automatica⁹⁰.

Il categorico divieto contenuto nella legge n. 40/2004 – corredato da una severa sanzione penale⁹¹ – sembra quindi assai poco idoneo «a dar voce a tutti gli interessi in campo costituzionalmente protetti, assicurandone la congrua e complessivamente appagante ponderazione» nelle diverse ipotesi⁹². Di più: piega il diritto penale a scopi pedagogici facilmente eludibili da chi, come già detto, può permettersi di espatriare e investire sul progetto genitoriale⁹³.

⁸⁶ Ed è ciò che pare suggerire la stessa Corte costituzionale tra le righe della sent. n. 272/2017, testualmente citata dalla sent. n. 33/2021. Il medesimo assunto compare poi nella stringata mozione del CNB sulla Maternità surrogata a titolo oneroso del 18 marzo 2016.

⁸⁷ V., ex multis, la ricognizione di F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020, 177 ss.

⁸⁸ Si v. S. PENASA, *Tra legge e Corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni*, cit., 82 ss. Sul c.d. modello "forte" californiano v. M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, *ivi*, 3 ss., e le critiche di alcuni suoi snodi sollevate da B. PEZZINI, *Interpretare attraverso il diritto le relazioni che permettono la riproduzione*, *ivi*, 201 ss. Al proposito è assai utile confrontarsi con quanto sancito dalla celebre sentenza costituzionale portoghese 24 aprile 2018, n. 225, reperibile al sito www.articolo29.it. Sul dibattito ora in corso in GB per superare l'attuale procedimento previsto in caso di GPA, affiancando al concetto di maternità tradizionale una nuova tipologia di riconoscimento della genitorialità nei casi di *surrogacy* e assegnando ai genitori intenzionali la titolarità ab origine della filiazione, fatto salvo il diritto della madre biologica di opporsi entro un determinato termine v. M. POLI, *Maternità e surrogazione nel progetto di riforma nel Regno Unito: quando la volontà non basta*, in *Genus*, 2, 2020, *passim*.

⁸⁹ R. BIN, *Maternità surrogata*, cit., 3.

⁹⁰ *Ibidem*, 2 s.

⁹¹ Il dibattito emerso in seno alla dottrina attiene al dubbio se l'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004 punisca solo chi operi sul piano dell'intermediazione commerciale o anche chi si presti a tali pratiche (e finanche la stessa coppia committente e la gestante).

⁹² A. RUGGERI, *La maternità surrogata, ovverossia quando fatti e norme urtano con il dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *Genus*, 2, 2017, 63.

⁹³ Se ne trova un accenno – con tanto di giustificazione – nella stessa sent. n. 33/2021, punto 5.7 del Considerato in diritto, ove si ritiene legittima la «finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata» (ma mai a danno degli interessi del nato, il quale – altrimenti – verrebbe, in tal modo, strumentalizzato).

Vale quindi la pena affrontare la varietà del “reale” proponendo qualche esempio “concreto” e non certo esaustivo.

È di sicuro al di fuori delle coordinate ordinamentali la surrogazione del tutto eterologa richiesta dalla coppia committente: praticata, cioè, usando gameti maschili e femminili di donatori. Almeno un gamete dovrebbe essere di pertinenza di chi si predispone ad accogliere il neonato: dell'uomo o di un uomo, così come della donna che produca gameti ma non sia in grado di portare a termine la gestazione. Ragionare altrimenti sarebbe in stridente contrasto con la disciplina dell'adozione, e risulterebbe addirittura impossibile comprenderne la *ratio*. Se però – pur generato in tal modo – venisse poi alla luce un bambino accolto per un tempo sufficiente all'interno della coppia, il quale avesse instaurato relazioni sociali solide e positive con essa, va da sé che riprenderebbero comunque spazio i suoi *best interests*. Un *surplus* di cautela che si riduce di certo in presenza di un legame genetico⁹⁴. In nome dei *best interests*, lo stesso dovrà altresì concludersi – in tale ipotesi – ove questa pratica venisse inquadrata in una logica squisitamente e smaccatamente commerciale che coinvolgesse la gestante e l'organizzazione che magari le ruotasse attorno⁹⁵.

Occorre quindi isolare altre ipotesi, del tutto al di fuori di una simile alternativa. Casi in cui non sia assolutamente rinvenibile lo scenario di uno scambio meramente negoziale e si abbia la certezza che il consenso della madre biologica sia autentico, genuino, mosso da mere ragioni solidali. Come avverrebbe, ad esempio, nell'assenza verificata di ogni forma di pressione, se la gestante facesse parte della ristretta cerchia delle realtà familiari o amicali della coppia che chiede aiuto e ottiene ascolto⁹⁶. A certe condizioni, non sembra neppure incompatibile ammettere la copertura delle spese affrontate dalla gestante, nonché, addirittura, «una [sua] ragionevole remunerazione» per lo sforzo, il coinvolgimento fisico e mentale nonché il tempo da essa dedicati al progetto⁹⁷.

Si ragiona dunque di casi in cui l'autodeterminazione della donna sia assolutamente garantita, verificata, libera e consapevole, opportunamente formalizzata in un negozio *ad hoc* – magari sotto controllo pubblico – oltre che inserita in un *iter* monitorato e apertamente altruistico⁹⁸. Ipotesi in cui il suo coinvolgimento nella vicenda e il suo “nome” non vengano accantonati un istante dopo la nasci-

⁹⁴ L. POLI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea*, cit., 171 s.

⁹⁵ Sulle obiettive difficoltà a contrastare tutti i fenomeni di mercificazione che potrebbero circondare la pratica v. B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, cit., 118 e 120.

⁹⁶ A. RUGGERI, *La maternità surrogata*, cit., 64. V. anche A. RUGGERI, C. SALAZAR, “Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio”: riflessione sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta Online*, 1, 2017, 142 ss.

⁹⁷ B. PEZZINI, *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, 114 s. Sulla necessità di distinguere il tema del “compenso” o del rimborso delle spese sostenute dalla gestante dal diverso tema della mediazione commerciale v. A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni*, cit., 193.

⁹⁸ V., ad esempio, 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., 78. Sulla difficoltà a distinguere i casi di GPA animati da spirito solidale da quelli basati su ragioni economiche v. M.P. IADICICCO, *Procreazione umana*, cit., 355.

ta, salvo che questa non sia la sua specifica volontà, oggi forse vietata dalla legge n. 40⁹⁹: una volontà che potrebbe essere superabile dal figlio seguendo il percorso ora tracciato dalla sent. n. 278/2013 (e sempre che la madre biologica, a distanza di tempo, riveda la sua volontà di non essere nominata).

Andrebbe insomma pienamente recepita e assecondata dal diritto la natura «progressiva» di un simile rapporto a più lati, riconoscendo (sempre) la possibilità di un ripensamento della madre biologica sia durante, sia (per un certo tempo) dopo la gravidanza, ma negandola ai committenti: imponendo insomma di riconoscere “come si deve” il ruolo decisivo svolto dalla gestante¹⁰⁰, oltre che disciplinare le più varie eventualità che pur si possono presentare nel corso della gravidanza. Tenendo cioè conto che si nasce immancabilmente da un corpo di donna, della particolare relazione biologica, mentale, simbolica ed emozionale instaurata tra gestante e feto durante la gravidanza¹⁰¹, delle relazioni “altre” comunque coinvolte (prima, durante e dopo la gestazione) tra madre e coppia.

Un percorso – quello appena accennato – che ovviamente richiederebbe quanto meno una ricalibratura (normativa o interpretativa) di quanto oggi sancito all’art. 269, comma 3, c.c.: una norma concepita allorché le tecniche di p.m.a. erano praticamente sconosciute e alla quale va perciò affiancato il “circuitto” ora disciplinato dalla legge n. 40¹⁰².

Si tratterebbe quindi di distinguere caso da caso, evitando i riflessi condizionati e inserendo l’applicazione del concetto di dignità non in astratto e per chiudere spicciamente il discorso, bensì collocandolo nell’accidentato sentiero dei «rapporti della vita, considerati nella loro concreta conformazione»¹⁰³.

Le chiusure senza appello su un tema così delicato non sembrano insomma sempre convincenti.

Così, stigmatizzare la logica solidale che potrebbe esprimersi nella GPA, ragionando di una “retorica del dono”, riduce a una sola dimensione realtà che possono essere molto diverse¹⁰⁴. Si cancella in tal modo un fenomeno comunque noto e fondato sull’inalienabile diritto di ogni singola donna ad approcciare la maternità vivendo diversamente il proprio coinvolgimento nella vicenda¹⁰⁵. Potendo persino lei stessa – si usa qui un’esemplificazione letteraria – non credere «nella gravidanza gloriosa,

⁹⁹ Si v. l’art. 2, l. 15 maggio 1997, n. 127 e l’art. 30, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396. A ciò, in tutte le pratiche di procreazione medicalmente assistita, sembra però ostare il divieto di cui all’art. 9, comma 2, legge n. 40/2004, salvo che non si ritenga che questa disposizione si riferisca non già alla surrogazione di maternità, solo vietata dalla legge n. 40, bensì alle pratiche effettivamente regolate da quest’ultima: v. l’interpretazione proposta da M. GATTUSO, *Dignità della donna*, cit., 26.

¹⁰⁰ B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile*, cit., 93 s. Sulla stessa linea, tra gli altri, A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità*, cit., 188 ss.

¹⁰¹ G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata*, cit., 84

¹⁰² L’art. 269 c.c. è quindi già oggi sottoposto a interpretazione evolutiva e sistematica (specialmente con l’art. 8, legge n. 40) da interessanti voci della dottrina: si v., ad esempio, M. GATTUSO, *Dignità della donna*, cit., 21 ss.

¹⁰³ Sent. n. 163/1993, punto 3 del Considerato in diritto, opportunamente citata da G. BRUNELLI, *Un giudice a quo consapevole della propria funzione (a proposito dell’ord. n. 273/2016 della Corte d’appello di Milano)*, in *Genus*, 2017, 46.

¹⁰⁴ F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita*, cit., 2020, 172, 175, 250 ss. Di contro, A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità*, cit., 192, più che di un dono unidirezionale, ragiona della necessità di puntare l’accento sulle relazioni instaurate nel percorso di GPA.

¹⁰⁵ Per un saggio di tali atteggiamenti si rinvia al classico di S. DE BEAUVOIR, *Il secondo sesso*, Milano, 2002, spec. 588 ss.

pienezza dell'anima e del corpo»¹⁰⁶. In un'involontaria ma problematica eterogenesi dei fini, si finisce altrimenti per suffragare «una costruzione inferiorizzante della capacità femminile», qualificando la donna come un soggetto debole per antonomasia, «in ragione dell'appartenenza al sesso»¹⁰⁷.

Calcare l'accento sul "materno" e assumerlo in una sola accezione "universale" può condurre inoltre molto in là¹⁰⁸. Sostenere che ogni donna viva e debba vivere allo stesso modo la procreazione/gravidanza, e che non siano ammesse defezioni da una retta via¹⁰⁹, comporta la messa in discussione, al termine logico di un simile percorso, della stessa volontà d'interrompere la gravidanza o, addirittura, del già menzionato diritto della madre all'anonimato¹¹⁰. Entrambe queste esperienze potrebbero essere appunto assunte come inqualificabili negazioni del "materno".

Di contro, la donna ha ormai da tempo anche il «diritto di sottrarsi alla maternità», perché «non è costretta a sentirsi madre di qualcuno neppure quando porta a termine la gravidanza e mette al mondo una nuova persona», posto che «al fatto naturale del parto si oppone il fatto sociale del rifiuto (o rinuncia) di quella maternità». E i motivi di simili scelte sono «infiniti quanto i vissuti di tutte noi»: espressioni da declinarsi assolutamente al femminile¹¹¹.

Svalutare la solidarietà tra donne che questa pratica può ospitare, chiedendosi a cosa essa possa servire alle donne come "gruppo"¹¹², introduce poi nel discorso pericolosi (e illiberali) elementi organicisti. Escluderla vedendo in essa sempre e soltanto il ripetersi di una logica patriarcale, in quanto funzionale a trasmettere i geni maschili attraverso l'"uso" di una donna diversa dalla moglie, ignora tipologie di surrogazione che consentono di tramandare anche il patrimonio genetico della committente¹¹³. E assolutizzare il discorso significa inoltre bypassare i possibili desideri di cura e di esperienza materna di una donna (e di una coppia) fisiologicamente incapace di accendere o di sopportare una gravidanza, ma che non si voglia privare dell'esperienza di crescere un figlio condividendone la genesi. E rende, in definitiva, immancabilmente sospette anche (tutte) le pratiche di fecondazione eterologa.

¹⁰⁶ Traggio la citazione dallo stupendo romanzo di A. ERNAUX, *La donna gelata*, Roma, 2021, 144, ma è tutta la parte del volume dedicata all'esperienza soggettiva della maternità che dovrebbe essere ripercorsa.

¹⁰⁷ B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile*, cit., 95. Sulla stessa linea v. A. PIOGGIA, *La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa: un altro passo avanti per una legge che resta indietro*, in *Genus*, 2, 2014, 95.

¹⁰⁸ Per questa prospettiva si rinvia, ex multis, alle riflessioni illustrate da S. NICCOLAI (ad esempio in *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 224 ss.; *Alcune note attorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *Genus*, 2, 2017, spec. 54 ss.; *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2015) e da F. ANGELINI *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita*, cit., passim ma spec., per una sintesi, 258 ss.

¹⁰⁹ Si chiede, pertanto, se il valore simbolico del "materno" sia davvero unico M.P. IADICICCO, *Procreazione umana*, cit., 359.

¹¹⁰ G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata*, cit., 83.

¹¹¹ L. RONCHETTI, *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione*, cit., 112-113.

¹¹² S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre)*, cit., 98 s.

¹¹³ B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile*, cit., 97.

V'è anzi da chiedersi se non abbia un retrogusto patriarcale e paternalistico proprio il divieto assoluto di GPA, ennesima espressione di un ordinamento che gestisce e tratta i corpi femminili in base a volontà immancabilmente altrui (fossero anche di altre donne)¹¹⁴.

Le obiezioni e le contro-obiezioni potrebbero essere tante: nessuna – va detto – appare risolutiva a fronte delle complessità di un tale fenomeno. Ma è proprio su questi terreni che è bene si misuri il diritto, distinguendo, controllando e vietando il necessario.

Una tale (accorta) disciplina avrebbe poi la conseguenza di determinare, pressoché inevitabilmente, anche la trasformazione della fisionomia dell'ordine pubblico internazionale come sinora prevalentemente ricostruito e applicato in questa specifica materia¹¹⁵.

9. La soluzione processuale

Come in un film hitchcockiano, a metà strada delle sentenze n. 32 e 33 la Corte anticipa che le sue decisioni finali saranno di inammissibilità. La *suspense* non nasce da questa particolare “scelta narrativa”, bensì scorrendo quanto immediatamente precede il “P.Q.M.”. Il testo sembrerebbe infatti assai più consono a quanto espresso mediante la recente tecnica decisoria dell'incostituzionalità “differita”¹¹⁶ o “prospettata”¹¹⁷, già messa in atto (nell'ordine) nel c.d. “caso Cappato”¹¹⁸, in risposta alla *quaestio* sulla punizione penale della diffamazione a mezzo stampa¹¹⁹ e, nei mesi scorsi, nella pronuncia interlocutoria in materia di ergastolo ostativo¹²⁰.

In questo caso, invece, la Corte rimane sino in fondo fedele alle promesse: le sue sono infatti inequivocabili pronunce d'inammissibilità.

Anche le decisioni d'inammissibilità, tuttavia, hanno talvolta conosciuto deroghe al modello base. Si pensi a quanto sancito, ad esempio, nella sent. n. 347/1998, in materia – guarda caso – di fecondazione eterologa con conseguente azione di disconoscimento di paternità del *partner* maschile che aveva acconsentito alla pratica. In quella circostanza si trattò palesemente di un'inammissibilità che celava, sotto la sua superficie, una corposa decisione di rigetto interpretativo.

Mutatis mutandis è quanto accade anche nelle sentt. n. 32 e n. 33/2021. In questi casi, l'inammissibilità pare infatti doversi leggere come una vera e propria incostituzionalità che, sia pur

¹¹⁴ A. LORENZETTI, *Riflessioni attorno alla maternità surrogata: cuique suum?*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni*, cit., 154. Analogamente P. PALMERI, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, *ivi*, 64 s.

¹¹⁵ Ci si riferisce principalmente a quanto chiosato da Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, la quale, innovando a prese di posizione delle sezioni semplici (incentrate sul solo livello costituzionale), include in tale concetto anche principi e istituti ricavabili dalla legge. Con riguardo allo specifico tema di cui alle sentt. n. 32 e 33, tali approdi sono stati ribaditi da Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193.

¹¹⁶ M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.* (19 novembre 2018), § 1.

¹¹⁷ Questa è stata la definizione coniata dal Presidente della Corte, Giorgio Lattanzi, nel corso della sua Conferenza stampa sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018. Va peraltro detto che sono davvero numerose le definizioni escogitate dalla dottrina per illustrare questa pregnante novità processuale.

¹¹⁸ V. l'abbinata tra l'ord. n. 207/2018 e la successiva sent. n. 242/2019.

¹¹⁹ Cfr. l'ord. n. 132/2020.

¹²⁰ Ord. n. 97/2021, che preannuncia una dichiarazione d'illegittimità per il prossimo 10 maggio 2022 (in assenza di una congrua azione legislativa).

“promessa”, a differenza dei precedenti appena sopra indicati non conosce una precisa data di scadenza e richiederà ulteriori sforzi propositivi da parte dei giudici *a quibus* (oltre al preoccupante protrarsi delle assenze di tutela).

In entrambe le pronunce la Corte lascia così nitidamente intendere che la disciplina impugnata, nelle sue lacune invincibili (sent. n. 32), o nella sua tutela solo a metà delle ragioni dei figli (sent. n. 33), appare incostituzionale. Per questo, nella sent. n. 32, essa avverte che il legislatore dovrà «*al più presto* colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte» – peraltro – «di incomprimibili diritti dei minori»¹²¹. Espressioni che non compaiono nella sent. n. 33, benché l'intervento del legislatore sia qui analogamente qualificato «*ormai indifferibile*»¹²².

Essa fissa altresì, nella sent. n. 32, un elenco di alternative che si aprono alla discrezionalità del legislatore (tra riconoscimento e adozione), indicando le specifiche esigenze da soddisfare¹²³. Nella sent. n. 33 – come s'è detto – le alternative scompaiono: rimane un accenno “forte” alla necessità di disciplinare una più idonea procedura di adozione in caso di maternità surrogata¹²⁴.

In ogni caso, stante il «ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione»¹²⁵, «sinergiche» tra loro e con quelle già ora previste dalla legge¹²⁶, la Corte si arresta, cedendo il passo al «margine di manovra» spettante al legislatore¹²⁷, per il «rispetto dovuto alla [sua] prioritaria valutazione» e per evitare «disarmonie»¹²⁸.

Fin qui nulla di sorprendente o alieno dallo schema tipico delle decisioni di inammissibilità.

Il punto è che, però, nella sent. n. 32 la Corte aggiunge che ai problemi evidenziati essa «ritiene di non poter *ora* porre rimedio» ma che «non può esimersi dall'affermare che *non sarebbe più tollerabile* il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela»¹²⁹; nella n. 33, specifica poi che, «*in prima battuta*», occorre lasciar spazio al legislatore, e che dunque, «*allo stato*», essa deve «arrestarsi»¹³⁰.

Sia pur senza un data-ghigliottina già tracciata sul calendario, si tratta di espressioni dalle quali traspare la più che ferma volontà di attendere la prossima occasione utile per adottare decisioni di accoglimento¹³¹.

Ciò che sembra emergere da questo ma anche dagli altri episodi poco sopra evocati è dunque che il terreno un tempo riservato alla sola discrezionalità del legislatore sia ormai possibile preda

¹²¹ Punto 2.4.1.4 del Considerato in diritto. Corsivo aggiunto.

¹²² Punto 5.9 del Considerato in diritto. Enfasi aggiunta.

¹²³ Punto 2.4.1.4 del Considerato in diritto.

¹²⁴ Punto 5.8 del Considerato in diritto.

¹²⁵ Sent. n. 33, punto 5.9 del Considerato in diritto.

¹²⁶ Sent. n. 32, punto 2.4.1.4 del Considerato in diritto.

¹²⁷ Sent. n. 33, punto 5.9 del Considerato in diritto.

¹²⁸ Sent. n. 32, punto 2.4.1.4 del Considerato in diritto.

¹²⁹ Punto 2.4.1.4 del Considerato in diritto. Corsivo aggiunto.

¹³⁰ Punto 5.9 del Considerato in diritto. Corsivo non testuale.

¹³¹ C'è da scommettere che non mancheranno, così come probabilmente non mancherà il già preannunciato ricorso alla Corte Edu della donna coinvolta nella vicenda di cui alla sent. n. 32: v. B. LIBERALI, *L'importanza delle parole e della tecnica decisoria in due recenti pronunce della Corte costituzionale in materia di omogenitorialità*, in *Studium Iuris*, 2021, § 3 (in corso di pubblicazione).

dell'azione della Corte¹³². È quanto accade allorché attendere inutilmente una futura legge lascerebbe privi di tutela diritti fondamentali troppo a lungo disattesi; ciò peraltro non esclude successive (e diverse) discipline introdotte da chi comunque detiene il potere normativo¹³³. Ma, così facendo, si ammette che quelle eventualmente scelte dalla Corte non siano insomma “rime obbligate”.

Al contempo, le decisioni d'inammissibilità adottate nelle sentt. n. 32 e 33 evidenziano la loro almeno *parziale* fungibilità – scadenza a parte (e non è poco) – rispetto alle pronunce di rinvio dell'udienza a data fissa con annesso *ultimatum* per il legislatore. Forse ciò che ha indotto la Corte a essere oggi meno “audace” deriva dal fatto che – diversamente dal caso dell'aiuto al suicidio e dallo stesso ergastolo ostativo – non si ha qui una disciplina legislativa utilizzabile come modello e immediatamente adattabile per colmare i vuoti incostituzionali¹³⁴. Poteva però essere presa a prestito, a tale scopo, proprio la legge sulle adozioni, magari “correggendola” per adattarla al caso, come del resto ampiamente accaduto nel caso Cappato in riferimento alla legge n. 219/2017: questa è tuttora, pur se tra notevoli limiti, la rima obbligata messa a disposizione dall'ordinamento.

O non poteva utilizzare, la Corte, una sentenza additiva di principio, sulla falsariga della sent. n. 170/2014 (sul c.d. divorzio imposto)¹³⁵? In tal caso ha giocato forse un ruolo il timore delle eventuali applicazioni *random*, da parte dei giudici, dei principi che essa avrebbe enunciato in una materia così delicata (come accaduto proprio nel caso del divorzio).

Come che sia, si può concludere che è in atto (da tempo) un rimescolamento di ruoli tra Corte e Parlamento – visto con evidente sfavore da una parte dei commentatori¹³⁶ – che si sta giocando sul sottile crinale di ciò che spetta all'uno e all'altro potere in gioco. Con un evidente avanzamento strategico della Consulta proprio sul fronte della tutela dei diritti fondamentali, di contro alle plateali inerzie legislative. Una partita nella quale è per taluno comprensibilmente difficile stabilire per chi tifare ma che (purtroppo) assegna buone ragioni alla schiera di chi ritiene che alzare le mani – e “decidere di non decidere” – significhi, talvolta, solo decidere altrimenti: lasciare cioè le cose come stanno e abbandonare taluni diritti fondamentali al loro protratto destino d'incompiutezza. Provocando, per di più, la sofferenza immotivata e ormai ritenuta intollerabile di persone in carne e ossa: proprio come nei casi della vita di cui alle sentenze in commento.

¹³² Da qui le critiche formulate da A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*, in *Consulta Online*, 1, 2021, 221 s.

¹³³ Così nella sent. n. 242/2019, punto 4 del Considerato in diritto (e giurisprudenza costituzionale ivi citata a supporto).

¹³⁴ Come suggerito da MICHELA MANETTI nella sua relazione al webinar *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore: lo stato dell'arte*, organizzato dall'Università di Verona il 20 maggio 2021.

¹³⁵ Per questa ipotesi v. B. LIBERALI, *L'importanza delle parole e della tecnica decisoria*, cit., § 3.

¹³⁶ Tra i primissimi a contestare questa nuova tecnica decisoria è stato A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *www.giurcost.org*, 3, 2018, (20 novembre 2018). La schiera dei critici è peraltro molto estesa: si v., per tutti, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario: Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 251 ss.

Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?

*Benedetta Liberali**

THE NEW DIMENSIONS OF INFORMED CONSENT: WHICH MATERIAL AND TIME LIMITS?

ABSTRACT: The essay examines the most problematic profiles of the ruling of the Court of Santa Maria Capua Vetere. The Court ordered the implantation of embryos in utero even without the consent of the woman's husband. In this regard there are many interesting profiles not only on the merit, but also in a procedural perspective.

KEYWORDS: Informed consent; health; medically assisted procreation; Constitutional Court; embryo

SOMMARIO: 1. Alcune notazioni di contesto – 2. L'apodittico riconoscimento di un preminente diritto alla vita dell'embrione e l'impropria dichiarazione di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale eccepita – 3. L'ambito applicativo dell'art. 6, terzo comma, della legge n. 40 in relazione alle diverse fasi della procedura fecondativa – 4. Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?

1. Alcune notazioni di contesto

La materia della fecondazione medicalmente assistita continua a fornire interessanti spunti di riflessione, a quasi venti anni dall'entrata in vigore della prima normativa organica costituita dalla legge n. 40 del 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*)¹ e a seguito dei numerosi interventi della Corte costituzionale che hanno contribuito a ridisegnarne per molti aspetti sostanziali l'impianto originario.

Si pensi, a questo proposito, ai profili maggiormente problematici della legge n. 40, come l'obbligo di creazione di un massimo di tre embrioni per ogni ciclo di stimolazione ovarica da impiantare contestualmente e al divieto di differimento dell'impianto per motivi connessi allo stato di salute prevedibili al momento della fecondazione, dichiarati incostituzionali con la sentenza n. 151 del 2009; al divieto di donazione di gameti esterni alla coppia, la cui illegittimità costituzionale è stata dichiarata dalla sentenza n. 162 del 2014; al divieto di accesso alle tecniche per le coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili, oggetto della sentenza n. 96 del 2015.

* *Ricercatrice a tempo determinato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano – Mail: benedetta.liberali@unimi.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

¹ Come ricorda la sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, «la legge n. 40 del 2004 costituisce la “prima legislazione organica relativa ad un delicato settore [...] che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa” e, quindi, sotto questo profilo, è “costituzionalmente necessaria” (sentenza n. 45 del 2005)».

Altre decisioni, invece, non hanno accolto le relative questioni di illegittimità costituzionale, riconoscendo talvolta l'irrelevanza delle stesse (si pensi alla previsione della irrevocabilità del consenso a partire dal momento di creazione dell'embrione), in altri casi e con sfumature diverse, l'opportunità o la necessità di un intervento del legislatore (al riguardo, vengono innanzitutto in rilievo la sentenza n. 84 del 2016 sui divieti posti dalla legge n. 40 alla ricerca scientifica; la sentenza n. 229 del 2015 relativa al divieto di soppressione degli embrioni; le sentenze nn. 221 e 237 del 2019, 230 del 2020, 32 e 33 del 2021 aventi a oggetto differenti profili connessi alla omogenitorialità e alla tutela dei nati).

Le riflessioni su tali nodi problematici, che hanno formato oggetto delle citate decisioni della Corte costituzionale, si sono ulteriormente arricchite non solo in una accezione sostanziale, considerando il merito delle stesse, ma anche – e forse soprattutto – processuale, in ragione dei paralleli interventi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con decisioni a volte rese direttamente nei confronti dell'Italia², e a fronte del ricorso, da parte della medesima Corte costituzionale, a tecniche decisorie che, proprio laddove richiamano l'intervento del legislatore, hanno posto e pongono tuttora notevoli profili di criticità.

A questo ultimo riguardo, infatti, occorre soffermarsi su due ordini di considerazioni.

Da un lato i moniti che pure sono stati rivolti al legislatore, peraltro a fronte di decisioni di illegittimità costituzionale, non hanno determinato un tempestivo e organico intervento sui profili oggetto delle medesime pronunce.

Si pensi, innanzitutto, alle chiare indicazioni contenute nella sentenza n. 162 del 2014 circa le modalità con cui disciplinare in concreto le modalità di applicazione della tecnica eterologa, il cui divieto, con la medesima decisione, è stato dichiarato incostituzionale. In particolare, a fronte della dichiarazione di illegittimità costituzionale e pur rilevando che, in materia, non vi è alcun vuoto normativo che determini una possibile carenza di tutela per il nato da tale tecnica, la Corte costituzionale si è soffermata su uno specifico profilo, attinente al numero di donazione per ogni soggetto, sottolineando come sia «possibile un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito), ma tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto». Su tale punto – ossia l'individuazione del numero di donazioni di gameti – come è noto non sono intervenute le Linee guida ministeriali nel successivo aggiornamento del primo luglio 2015, che, di conseguenza, non hanno preso in considerazione la “direzione” indicata dalla Corte per la sua determinazione (ossia quella del “limite ragionevolmente ridotto”)³.

² Si vedano, per esempio, Corte EDU, *Labassee c. Francia e Mennesson c. Francia*, 2014; *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 2017; *S. H. e altri c. Austria*, 2011; *Parrillo c. Italia*, 2015; *Costa e Pavan c. Italia*, 2012.

³ Con il successivo decreto del Presidente della Repubblica n. 131 del 2019 (*Regolamento di attuazione della direttiva 2012/39/UE della commissione, del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani*), invece, sono state apportate alcune modifiche al decreto legislativo n. 16 del 2010 (*Attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE, che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazioni, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani*), prescrivendo all'art. 1 (*Modifiche agli allegati II e III del decreto legislativo 25 gennaio 2010, n. 16*) che le cellule riproduttive donate da una stessa persona (che non sia componente della coppia) «non possono

In secondo luogo, viene in rilievo la sentenza n. 96 del 2015, con cui pur dichiarandosi l'incostituzionalità della legge n. 40 laddove non consentiva l'accesso alle tecniche e in particolare alla diagnosi genetica preimpianto alle coppie portatrici di gravi malattie genetiche si sono specificamente indicati due settori di intervento per il legislatore: da una parte l'individuazione delle stesse malattie e dall'altro lato la disciplina connessa alle strutture sanitarie pubbliche presso cui tali esami diagnostici devono essere eseguiti. Anche rispetto a questi specifici profili di regolamentazione della disciplina non sono intervenuti alcuna modifica normativa e nessun aggiornamento delle Linee guida, benché la Corte, in modo chiaro e diretto, abbia indicato che sia

«poi compito del legislatore introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa)».

Riconoscendo in entrambi i casi una sfera di discrezionalità in capo al legislatore, la Corte, che pure dichiara incostituzionali alcune disposizioni della legge n. 40, consente in ogni caso di rendere autoapplicative le sue pronunce: nel primo caso grazie alla puntuale indicazione dei riferimenti normativi che già garantiscono tutela al nato dalla procedura di fecondazione eterologa; nel secondo caso grazie alla considerazione che devono essere le strutture pubbliche a eseguire tali esami diagnostici e al riferimento alle condizioni di gravità di cui all'art. 6, lett. b), della legge n. 194 del 1978 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*), che come è noto consentono – pur in assenza di una elencazione tassativa dei relativi processi patologici – di interrompere la gravidanza oltre i primi tre mesi di gestazione.

Dall'altro lato, alcune decisioni di inammissibilità, come innanzitutto le ultime sentenze nn. 32 e 33 del 2021, pongono notevoli problematiche non solo per gli eventuali giudizi futuri relativi a casi ana-

determinare più di dieci nascite». Si prevede una specifica deroga nel caso in cui una stessa coppia intenda sottoporsi nuovamente alla fecondazione assistita utilizzando le cellule riproduttive del medesimo donatore. Inoltre, la «donatrice di ovociti non può essere sottoposta ad un numero di cicli di stimolazioni ovariche superiore a sei». La medesima disposizione prevede, inoltre, che i «limiti relativi all'età dei donatori, al numero delle donazioni degli ovociti e dei gameti maschili e al numero delle stimolazioni ormonali cui può essere sottoposta la donatrice, nonché al numero delle nascite scaturenti dal medesimo donatore, sono oggetto di verifica almeno triennale sulla base dei risultati dell'esperienza, della ricerca e delle migliori pratiche della scienza medica seguite anche in sede internazionale, avvalendosi, per la verifica dei limiti al numero delle nascite scaturenti dal medesimo donatore, anche delle competenze dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ai fini dei successivi aggiornamenti del presente regolamento». Si rinvia a B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 114 ss., per i riferimenti ai provvedimenti adottati in materia dalle Regioni e dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome.

loghi, ma anche – e, anzi, forse soprattutto – rispetto ai due specifici procedimenti nell’ambito dei quali sono state sollevate le questioni di legittimità costituzionale⁴.

Se per i primi, infatti, potrebbe prospettarsi in ogni caso la possibilità di risollevare analoghe questioni alla Corte costituzionale – che potrebbe, a fronte di un cospicuo numero di ordinanze⁵, anche decidere di decidere nel merito, non demandando più al legislatore la definizione di una disciplina della cui tenuta costituzionale si può ormai dubitare, proprio alla luce delle chiare indicazioni contenute nelle sentenze nn. 32 e 33 – per questi due ultimi giudizi si pone un rilevante profilo problematico che attiene, in definitiva, all’alternativa che si pone ai giudici *a quibus* di dare seguito alla trascrizione degli atti di nascita in un contesto familiare omosessuale, percorrendo la strada di una interpretazione conforme già peraltro individuata anche prima delle decisioni della Corte costituzionale da alcuni giudici e fatta propria, successivamente, dalla Corte d’Appello di Cagliari, ma non, come si è visto, dalla stessa Corte costituzionale, oppure di dare applicazione a una disciplina rispetto alla quale sono state in ogni caso evidenziate chiaramente, proprio nelle sentenze nn. 32 e 33, indubbi profili di criticità quanto a compatibilità con alcune disposizioni costituzionali.

Al riguardo, considerando anche i precedenti cui si è fatto cenno, pare non potersi escludere che di tali questioni vengano investiti la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo o il (meno conosciuto) Comitato Europeo dei Diritti Sociali, attraverso la procedura dei reclami collettivi⁶.

In attesa che i due giudizi principali si riaprano e in attesa delle rispettive decisioni, oltre che di eventuali ulteriori questioni di legittimità costituzionale che altri giudici intendano sollevare, non ritenendo possibile interpretare in modo costituzionalmente conforme, in particolare, l’art. 8 della legge n. 40, in combinato disposto con l’art. 5, la disciplina della fecondazione assistita è stata oggetto di una ulteriore interessante decisione, resa dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, con riguardo alle diverse questioni sottese al consenso informato prestato alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita da entrambi i componenti della coppia al fine di poter accedere alla loro applicazione.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, con l’ordinanza n. 9240 del 27 gennaio 2021, ha rigettato il reclamo con cui il coniuge separato aveva impugnato la decisione del giudice di prime cure che aveva

⁴ A questo specifico riguardo, per più approfondite considerazioni, sia consentito il rinvio a B. LIBERALI, *L’importanza delle parole e della tecnica decisoria in due recenti pronunce della Corte costituzionale in materia di genitorialità*, in *Studium Iuris*, 2021, in corso di pubblicazione.

⁵ Sul rilievo del numero di ordinanze circa la ricostruzione della cd. coscienza sociale, che può influenzare la risoluzione delle questioni di legittimità costituzionale, poiché costituiscono «“antenne” della Corte costituzionale nella identificazione dei mutamenti rilevanti, per l’interpretazione costituzionale, della coscienza sociale», ciò rientrando «perfettamente nella logica del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, giudizio accentrato ma ad iniziativa diffusa», pur non essendo esse «gli unici indicatori» in tal senso, si vedano le riflessioni di 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*, IV, 2017, 15. Da ultimo, sul rilievo dell’evoluzione della coscienza sociale nella giurisprudenza costituzionale si veda V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. «Coscienza sociale» e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, II, 2021, 377 ss.

⁶ Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali e sulla specifica procedura di controllo costituita dai reclami collettivi si vedano M. D’AMICO, G. GUIGLIA, B. LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, 2013, O. DE SCHUTTER (a cura di), *The European Social Charter: A social constitution for Europe. La Charte sociale européenne: Une constitution sociale pour l’Europe*, Bruxelles, 2010, e C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *La Carta Sociale Europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Napoli, 2016.

ordinato al centro di fecondazione assistita di procedere con l'impianto degli embrioni, nonostante l'intervenuta separazione fra i coniugi e la revoca da parte dello stesso reclamante del consenso alla prosecuzione della procedura.

Al riguardo, vengono in rilievo le problematiche sottese alla previsione di cui all'art. 6, terzo comma, della legge n. 40, che impedisce di revocare il consenso a partire dalla formazione dell'embrione: una volta formatosi l'embrione – alla luce soprattutto della nota sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale – si potrà certamente differire l'impianto o addirittura non effettuarlo solo per cause riconducibili alla salute della donna, non potendosi configurare alcuna ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio. In assenza di tali condizioni, invece, il consenso non è più revocabile, assegnandosi un peso determinante alla formazione dell'embrione, in una prospettiva che sembra avvicinare la gravidanza naturale a quella che prende avvio a seguito delle tecniche assistite.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, nel confermare tale decisione, svolge considerazioni che mirano a sostenere le sue conclusioni che paiono del tutto particolari e sulle quali merita soffermarsi per un duplice ordine di motivi.

2. L'apodittico riconoscimento di un preminente diritto alla vita dell'embrione e l'impropria dichiarazione di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale eccepita

Innanzitutto, viene in rilievo il profilo più strettamente di merito sottostante alla decisione, ossia quello relativo alla possibile configurazione di un diritto a nascere e, dunque, di un diritto alla vita dell'embrione creato *in vitro*: un diritto a nascere e alla vita per di più espressamente ricondotto esclusivamente entro un contesto familiare di tipo tradizionale, che viene nettamente separato (in modo del tutto inconferente rispetto al caso oggetto del giudizio) da quello delle famiglie omogenitoriali o monogenitoriali, anche laddove la coppia eterosessuale si separi.

In secondo luogo, emerge un profilo di carattere processuale, strettamente connesso al primo e che non manca di dispiegare notevoli effetti sul merito delle problematiche sottese alla materia.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, infatti, in modo del tutto eccentrico e improprio pare sostituirsi alla valutazione demandata nel nostro sistema di giustizia costituzionale alla Corte costituzionale in punto di fondatezza o infondatezza (ma, anche, di rilevanza) della questione eccepita dalla difesa del reclamante.

Quest'ultima, infatti, con una eccezione già respinta dal giudice di prime cure, aveva sostenuto profili di non manifesta infondatezza dell'art. 6, terzo comma, della legge n. 40, in relazione agli artt. 2, 13, 30, 31 e 32, Cost., nella parte in cui tale disposizione cristallizza il consenso rendendolo non più revocabile oltre il momento della formazione dell'embrione. In particolare, l'irrevocabilità del consenso si sarebbe posta in contrasto con la libertà e la volontarietà dell'atto che permette di diventare genitori e di formare una famiglia, «dovendosi dare rilievo a tutti gli eventi successivi alla fecondazione» e «ricordando le problematiche di tipo psico/fisico a danno» del reclamante «atteso che il bene salute

sarebbe gravemente compromesso per il rifiuto psicologico dell'idea di proseguire nel progetto di filiazione»⁷.

Il giudice del reclamo, con una motivazione alquanto particolare rispetto al merito delle argomentazioni svolte e soprattutto particolarmente approfondita e distesa, ritiene del tutto infondati i relativi dubbi di compatibilità alla Costituzione, sottraendo, pertanto, alla Corte costituzionale una questione di tutto rilievo, che, come si è accennato, era già stata portata al suo giudizio nel 2009 ed era stata definita nel senso della manifesta inammissibilità per carenza di rilevanza⁸.

Quanto al merito, il Tribunale incentra la sua decisione non tanto sulla posizione della moglie separata che richiede l'impianto degli embrioni, quanto su quella di questi ultimi cui andrebbe riconosciuto un vero e proprio diritto a nascere, poiché la legge n. 40 fin dal suo primo articolo valorizza e pone sullo stesso piano tutti i soggetti coinvolti nella procedura di fecondazione assistita, sulla base di una discutibile lettura dell'impianto della disciplina, come ormai emerge a seguito dei diversi interventi della Corte costituzionale che lo hanno progressivamente e sostanzialmente modificato.

Inoltre, sempre seguendo questa impostazione, il giudice del reclamo richiama anche presunti interessi «pubblicistici di ordine etico», che confermerebbero la «ratio dichiarata della legge di tutela della vita»: e, infatti, tale disciplina non tutela solo «gli interessi dei privati che accedono alla p.m.a.», «ma anche gli interessi pubblicistici sottesi alla delicata materia che involge la genesi della vita, di ordine etico e sanitario».

Questa lettura della legge n. 40 se da un lato, come si è già sottolineato, non tiene in alcun conto le decisioni della Corte costituzionale che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale di diverse disposizioni della disciplina, dall'altro omette di considerare che è proprio la stessa legge n. 40 a rendere esplicite le sue finalità, ossia quelle relative al superamento delle patologie connesse alla sterilità e all'infertilità delle coppie⁹.

Nessuna disposizione della legge n. 40, invece, fa riferimento al diritto alla vita o a nascere dell'embrione, benché certamente la sua posizione, quantomeno nell'impianto originario della disciplina, fosse stata posta sullo stesso piano di quella degli altri soggetti coinvolti (innanzitutto, eviden-

⁷ Trib. Santa Maria Capua Vetere, ordinanza n. 9240 del 2020.

⁸ Al riguardo, si vedano le osservazioni di M. D'AMICO, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto...)?*, in *Forum costituzionale*, 13 maggio 2004, 2, che, in relazione a una decisione di manifesta infondatezza di una questione relativa alla materia della fecondazione assistita, sottolinea che in quel caso la «valutazione del giudice [...] non si limita all'esame della non manifesta infondatezza della questione: compito del giudice dovrebbe essere infatti quello di una sommaria delibazione della questione. Quando solleva una questione di legittimità costituzionale, soprattutto se questo avviene "su istanza di parte", il giudice non deve essere soggettivamente convinto che la Corte accoglierà la questione, né deve condividerne soggettivamente il contenuto. Se soltanto il giudice ritiene che la Corte possa entrare nel merito della questione, egli è tenuto a sollevarla». E, infatti, «nel nostro ordinamento il giudizio sulla non manifesta infondatezza della questione non assegna affatto al giudice il compito di selezionare soggettivamente le questioni da trasmettere alla Corte costituzionale, bensì quello di filtrare soltanto le questioni che, sulla base di indici oggettivamente verificabili, siano ritenute del tutto prive di fondamento».

⁹ Si noti che a seguito della sentenza n. 96 del 2015 la legge n. 40 si veda assegnata una ulteriore finalità, ossia quella di consentire alle coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche, di non trasmettere sicuramente tali malattie alla prole, grazie al preventivo accesso alla diagnosi genetica preimpianto, che impedisce di dover ricorrere, a gravidanza avviata, alla sua interruzione a seguito dell'esecuzione di esami diagnostici prenatali.

temente, i componenti della coppia) e tale profilo emerga ancora direttamente dalla lettura dell'art. 1, che prevede che la legge «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

Il diritto alla vita, al contrario, è espressamente citato nella legge n. 194 del 1978, che, pur regolando alla luce delle chiare indicazioni della sentenza n. 27 del 1975 della Corte costituzionale le condizioni e i limiti di accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, al suo primo articolo afferma che lo «Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio», ponendo tutta una serie di ben note problematiche circa la stessa identificazione del momento di inizio della vita umana¹⁰.

Le esigenze di tutela del nato in relazione al diritto ad avere una famiglia, composta da due genitori di sesso diverso, invece, sono riconosciute nella legge n. 184 del 1983 (*Diritto del minore ad una famiglia*), che fin dal suo titolo riconosce il diritto del minore ad avere una famiglia.

Ecco che da questo pur rapido raffronto emerge chiaramente come la legge n. 40 del 2004 abbia quale scopo dichiarato quello di offrire uno strumentario tecnico e medico in grado di superare o attenuare anche per un tempo determinato le conseguenze che derivano dalla condizione di sterilità o infertilità di cui possono essere affetti uno o entrambi i componenti della coppia (tanto che nel flusso informativo di cui al medesimo art. 6 che precede necessariamente l'avvio del percorso di fecondazione assistita devono essere fornite indicazioni anche rispetto all'alternativa e ben diversa possibilità di intraprendere una procedura di adozione secondo quanto previsto dalla legge n. 184). E se certamente il legislatore del 2004 ha inteso aderire a un modello di famiglia tradizionale, ossia eterosessuale, benché non fondata sul matrimonio (poiché, al contrario che per l'adozione, sono ammessi all'accesso alle procedure anche le coppie conviventi), ecco che da ciò sembra arduo dedurre, come invece fa il giudice del reclamo, una prevalenza assoluta del «diritto alla vita dell'embrione» sul «diritto alla famiglia costituita da coniugi non separati».

La «preminente tutela della vita», ad avviso del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, invece, sarebbe «consacrata» proprio dall'art. 6, terzo comma, che cristallizza il momento di formazione del consenso, oltre che dall'art. 8, che valorizza la volontà di diventare genitori al fine di garantire la formazione di uno *status* certo di figlio, escludendo che possano avere rilievo comportamenti o eventi successivi alla formazione dell'embrione.

Sulla base di tali riflessioni il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ritiene che i dubbi di illegittimità costituzionale non abbiano alcun fondamento, perché altrimenti si dovrebbe ritenere «prevalente il diritto alla famiglia costituita da coniugi non separati rispetto al diritto alla vita dell'embrione»: nessun rilievo, dunque, può essere riconosciuto a vicende successive alla fecondazione, quale la separazione dei coniugi, che solo in apparenza eliderebbe i requisiti soggettivi richiesti dall'art. 5 della legge n. 40 e comprometterebbe il «diritto alla famiglia, garantito dall'art. 30 Cost.».

In modo esplicito e, però, del tutto inconferente, a questo ultimo riguardo si giunge ad affermare che lo «stato di separazione dei coniugi non può porsi [...] sullo stesso piano» rispetto a quello del genito-

¹⁰ Sulla problematica individuazione dell'inizio della vita umana si vedano P. ZATTI, *Questioni della vita nascente*, 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*, Milano, 2011, 1307 ss., I. NICOTRA GUERRERA, «Vita» e sistema dei valori nella Costituzione, Milano 1997, e, da ultimo, M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 311 ss.

re singolo o della coppia omosessuale, che «danno vita a modelli di famiglia che si allontanano da quello tradizionale».

Certamente la famiglia monogenitoriale e omogenitoriale non rispetta i requisiti di accesso imposti dall'art. 5, ma tale rilievo non modifica in alcun modo l'approccio interpretativo relativo alla ben diversa questione della sopravvenuta mancanza del requisito del coniugio (o della convivenza) fra componenti (pure eterosessuali) della coppia.

Il raffronto con la condizione di famiglie monogenitoriali o omosessuali, peraltro, non pare incidere affatto sul riconoscimento, certamente dovuto al minore, del «diritto a godere di entrambe le figure genitoriali», laddove intervenga la loro separazione.

Non vi è dubbio, infatti, che in simili casi il minore conservi tale diritto, che può e deve essere fatto valere nei confronti di entrambi i genitori, che sono chiamati ad adempiere i loro doveri di cura nei confronti dei figli, come impone l'art. 30 Cost. e numerose disposizioni codicistiche che valorizzano innanzitutto la dimensione del dovere rispetto a quella del diritto di cura, da ultimo anche attraverso la significativa introduzione dell'istituto della "responsabilità genitoriale" (anziché "patria potestà" e "potestà genitoriale"), grazie alla modifica operata dalla legge n. 219 del 2012 (*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*).

3. L'ambito applicativo dell'art. 6, terzo comma, della legge n. 40 in relazione alle diverse fasi della procedura fecondativa

Un secondo profilo che attiene al merito della questione posta al giudizio del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere risulta parimente significativo e attiene all'interpretazione che si intende dare alla previsione che richiede che il consenso informato assista tutte le fasi della procedura e che siano presenti e verificati i requisiti di cui all'art. 5 della legge n. 40 per l'accesso a essa. Una delle argomentazioni del reclamante, infatti, atteneva alla intervenuta separazione dei coniugi che avrebbe fatto venire meno la condizione posta dall'art. 5, che richiede che possano accedere alle tecniche coppie eterosessuali maggiorenni e viventi, sposate o conviventi.

Al riguardo risulta dirimente la previsione di cui all'art. 12, secondo comma, della legge n. 40. Con essa, infatti, si prevede la sanzione amministrativa per chiunque applichi in violazione dell'art. 5 tecniche di fecondazione assistita a coppie i cui componenti non abbiano tali caratteristiche, fra cui proprio quella di essere sposati o conviventi.

Ecco che il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, nella pur approfondita (e, però, non priva di profili critici, come si è visto) ricostruzione della *ratio* della legge n. 40 svolta al fine di dimostrare la correttezza della decisione di autorizzare l'impianto in utero degli embrioni, avrebbe dovuto quanto meno considerare questa previsione e interrogarsi sulla scansione temporale delle diverse fasi di accesso alla fecondazione, per verificare se il requisito soggettivo del coniugio dovesse ritenersi superato dall'avvenuta fecondazione.

A fronte di disposizioni non molto chiare nel loro complesso – in ragione del fatto che occorre verificare quali siano le fasi di applicazione delle tecniche, in ordine a quali di esse debba essere rilevato il consenso della coppia, in ordine a quali di esse debbano continuare a sussistere i requisiti soggettivi – e considerando la delicatezza delle problematiche sottese, nella consapevolezza che, in ogni caso,

analoghe questioni erano già state prospettate alla Corte costituzionale e non erano state decise nel merito solo per profili legati alla mancanza di rilevanza, più correttamente il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere avrebbe dovuto sospendere il giudizio e sollevare le relative questioni alla Corte.

Pur a fronte della convinzione che lo ha poi condotto alla decisione di rigetto del reclamo, infatti, il giudice comune ha il dovere di effettuare un filtro solo rispetto a questioni che siano manifestamente prive di fondamento e di non sostituire affatto la sua valutazione in punto di non manifesta infondatezza a quella che invece compete solo alla Corte costituzionale.

La sollevazione delle questioni, inoltre, pare imporsi proprio se si considerano i plurimi interventi del Giudice delle Leggi e le stesse difficoltà interpretative delle disposizioni della legge n. 40.

Da un lato l'art. 6, primo comma, richiede il consenso informato per ogni stadio della procedura, imponendo l'adempimento del dovere di informazione del medico per garantire la formazione della volontà della coppia sia prima dell'accesso sia in ogni fase di applicazione delle tecniche di fecondazione¹¹; dall'altro lato l'art. 12, che pure richiama gli artt. 5 e 6, sanziona chi applica le tecniche alle coppie che non possiedono i requisiti soggettivi richiesti o senza aver raccolto correttamente il consenso. Rispetto al primo riferimento, ci si può interrogare circa il momento in cui possano venire a mancare tali requisiti soggettivi e, dunque, circa il momento oltre il quale la loro assenza non può influenzare l'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita.

Simili problematiche interpretative, che nel caso deciso dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere riguardano l'ipotesi della separazione, peraltro, si possono certamente configurare anche nel caso di decesso del coniuge o del convivente¹².

È pur vero (e in questo certamente risiede un indubbio profilo di ulteriore problematicità complessiva nella lettura organica della disciplina) che le Linee guida del Ministero della Salute sia nella versio-

¹¹ Insiste sulla necessità che il consenso informato debba sussistere per tutta la durata dell'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita, al pari di ogni altro trattamento sanitario, anche F. MEOLA, *Quando si dice non più. Ragionando sugli artt. 5, comma, 1 e 6, commi 1 e 3 della Legge n. 40/2004*, in *BioLaw Journal*, I, 2021, 90 ss.

¹² Sia consentito il rinvio a B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 311 ss., laddove ci si sofferma sul destino degli embrioni in caso di disaccordo dei componenti della coppia o di decesso di uno o di entrambi e anche sulle decisioni di alcuni giudici comuni intervenute in materia prima dell'entrata in vigore della legge n. 40, e 31 ss., per i riferimenti ad alcune decisioni rese prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004. Si veda, inoltre, Trib. Bologna, ordinanza 16 gennaio 2015, con cui richiamandosi le Linee guida ministeriali si consente di procedere all'impianto degli embrioni crioconservati come richiesto dalla donna, pur a fronte della morte del marito, così come pure Trib. Lecce, ordinanza 24 giugno 2019. È stato ritenuto applicabile da Corte cass., sez. I civ., sentenza n. 13000 del 2019, ai fini dell'attribuzione del cognome paterno in relazione al relativo rifiuto dell'ufficiale di Stato civile, l'art. 8 della legge n. 40 del 2004 anche ai casi di fecondazione omologa con ricorso ai gameti crioconservati del componente maschile della coppia che aveva prestato il suo consenso all'accesso alle tecniche, ma che era deceduto prima della formazione dell'embrione. Sulle problematiche sottese alla cd. fecondazione *post mortem* si rinvia ad A. MARCHESE, *La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*, in *Rivista di Diritti Comparati*, II, 2018, 210 ss., D. GIUNGHEDI, *L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*, in *Giustiziavivile.com*, 10 dicembre 2019. Si veda anche Trib. Vigevano, decreto 3 giugno 2009, con cui non si accoglie la richiesta del tutore del componente maschile della coppia che si trovava in stato di totale incapacità di esprimere il consenso per l'accesso alla fecondazione assistita, in ragione del fatto che il paziente non aveva mai manifestato tale intenzione.

ne originaria del 2004, sia in quelle risultanti dagli aggiornamenti intervenuti nel 2008 e nel 2015, cui peraltro il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere non fa alcun riferimento, riconoscono sempre il diritto della donna di ottenere il trasferimento in utero degli embrioni crioconservati.

È altresì evidente che, in generale, sia in materia di fecondazione assistita sia in quella di interruzione di gravidanza la posizione e il corpo della donna assumono un rilievo peculiare e preponderante: si pensi, infatti, alla possibilità di differire, grazie alla sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale, il trasferimento in utero degli embrioni per ogni tipologia di rischio per la sua salute; si pensi anche alla garanzia per la donna di non coinvolgere il padre del concepito nell'ambito della procedura che può condurre all'interruzione di gravidanza. Al riguardo, la Corte costituzionale ha espressamente riconosciuto l'«incidenza, se non esclusiva sicuramente prevalente, dello stato gravidico sulla salute sia fisica che psichica della donna», che rende ragionevole il mancato coinvolgimento del padre, laddove la donna non lo desidera¹³.

Ferma restando, dunque, questa differenza di coinvolgimento che caratterizza i due componenti della coppia in relazione al progetto genitoriale, non si può mancare di rilevare che in caso di fecondazione assistita e prima che si sia proceduto all'impianto in utero dell'embrione entrambi i componenti della coppia si trovano in una condizione di indubbia parità.

A tale riguardo il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere rileva, in effetti, che alle «asserite problematiche psicologiche che il reclamante subirebbe per il rifiuto di portare avanti il progetto di filiazione con una donna con la quale non sussiste più un progetto di vita comune» corrispondono analoghe problematiche per l'altro componente della coppia, «per non vedere realizzato il progetto di filiazione nonostante l'affidamento determinato dal consenso e l'avvenuta fecondazione».

L'individuazione del difficile punto di equilibrio fra queste due posizioni è stato specifico oggetto della decisione resa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Evans c. Regno Unito* nel 2007, con cui la Grande Camera non ha riconosciuto la violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea, non potendosi assegnare al diritto di diventare genitore attraverso l'impianto degli embrioni pur a fronte della separazione della coppia un rilievo maggiore rispetto al contrapposto diritto al rispetto della decisione di non diventarlo, nel medesimo contesto.

Proprio nella differente modalità di fecondazione, in effetti, risiede il profilo di maggiore criticità: la circostanza che sia possibile creare embrioni *in vitro* e mantenerli in stato di crioconservazione pone in evidenza il rilievo che può assumere il periodo di tempo fra la fecondazione e l'effettivo impianto in utero. Secondo la Corte Europea, in materia, deve essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento nella scelta del momento a partire dal quale il consenso dei componenti della coppia diviene irrevocabile: il Regno Unito, al riguardo, richiede un consenso scritto di entrambi rispetto al destino degli embrioni e consente la sua revoca rispetto all'impianto fino a quel momento.

¹³ Corte cost., ordinanza n. 389 del 1988. Si rinvia ancora a B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 561 ss., per il riferimento alla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo resa nel caso *Boso c. Italia*, 2002 e all'orientamento espresso dalla Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *R. H. c. Norvegia*, 1992, decisione sull'ammissibilità del ricorso.

4. Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, come si è detto, pone a fondamento della propria decisione una discutibile lettura dell'impianto della legge n. 40, non solo senza operare una interpretazione complessiva della disciplina, ma anche senza tenere conto delle citate diverse decisioni della Corte costituzionale in materia.

Rispetto al consenso informato, che risulta rigidamente cristallizzato al momento della formazione dell'embrione e che per questo non è più revocabile, emerge un ulteriore profilo di interesse della decisione.

Il consenso informato, come è noto, risulta del tutto funzionale a rendere effettivo il diritto alla salute e all'autodeterminazione nelle scelte terapeutiche.

Come ha chiaramente stabilito la Corte costituzionale, infatti, il consenso informato deve essere «inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico»: esso si configura «quale vero e proprio diritto della persona». Il consenso informato così caratterizzato «pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali», ossia

«quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto 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»¹⁴.

Ecco che, rispetto alle questioni portate al giudizio del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, il consenso informato sembra assumere una configurazione del tutto particolare, rispetto ai tradizionali casi in cui esso viene in rilievo, sia in ordine al diritto di essere curato sia rispetto al diritto di rifiutare le cure¹⁵.

Nel caso di specie, infatti, si richiede di poter revocare il consenso rispetto a un trattamento sanitario – relativo alle tecniche di fecondazione assistita – che è stato almeno in una prima fase anche applicato direttamente alla parte reclamante (il componente maschile della coppia). La procedura si sviluppa successivamente incidendo in misura inevitabilmente maggiore sulla posizione della donna, che, in ogni caso, resta l'unica destinataria della specifica fase dell'impianto in utero¹⁶.

Si pone, quindi, rispetto al componente maschile il centrale interrogativo in ordine al momento in cui, nei suoi confronti, può dirsi terminata l'applicazione del trattamento sanitario e, dunque, irrilevante il relativo consenso informato oppure in ordine alla possibilità di ritenere che, in ogni caso, anche nei suoi confronti la procedura si stia continuando ad applicare, restando di conseguenza e ne-

¹⁴ Corte cost., sentenza n. 438 del 2008.

¹⁵ Sul consenso informato in generale e in particolare sulla sua declinazione relativa ai casi del cd. fine vita si vedano F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, C. CASONATO, *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, IV, 2017, 597 ss., P. BORSELLINO, *Consenso informato. Una riflessione filosofico giuridica sul tema*, in *Salute e Società*, III, 2012, 17 ss., e A. APOSTOLI, *Principi costituzionali e scelte di fine vita*, in *BioLaw Journal*, I, 2021, 239 ss.

¹⁶ Si veda al riguardo quanto osserva P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 97, laddove sottolinea che il «corpo femminile si colloca al centro del fenomeno procreativo e ne costituisce l'indiscusso protagonista».

cessariamente rilevante il suo consenso, non vertendosi in un caso di trattamento sanitario obbligatorio.

Se certamente, come si è detto, si può ritenere che almeno materialmente sul corpo del marito o convivente (o, ormai, coniuge separato o divorziato o non più convivente) dopo un certo limite temporale non vengano più operate prestazioni sanitarie tali da configurare un vero e proprio trattamento sanitario, certamente restano non pochi profili di problematicità rispetto alla prosecuzione di una procedura (quella di fecondazione assistita appunto) che indubbiamente continua a dispiegare consistenti effetti (anche) nei suoi confronti.

Ciò, soprattutto, se si tiene conto delle conseguenze che si determinano in capo ai genitori a fronte della nascita di un figlio, in termini di assunzione della responsabilità genitoriale, che si declina nei doveri (innanzitutto) e (poi) diritti di cura nei suoi confronti.

La complessità di simile contesto, che porta a emersione, in definitiva, una nuova dimensione del principio del consenso informato (sia in relazione al diritto alla salute fisica e psichica e al diritto di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, sia in relazione al diritto di scegliere di formare una famiglia anche con figli¹⁷), sembra ulteriormente rafforzare le conclusioni cui si è pervenuti intorno alla necessità di sollevare la sottesa questione di legittimità costituzionale.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere rispetto a tale profilo, che, in fondo, risulta centrale per la definizione del caso concreto, evoca, in modo eccentrico, l'art. 13 Cost., per sostenere che, nel caso di specie, non sarebbe «ravvisabile un trattamento sanitario obbligatorio» che, con tale disposizione costituzionale, si porrebbe in contrasto. A suo avviso, infatti, «il divieto di revoca del consenso non impone alcun trattamento sanitario non voluto, limitandosi a produrre effetti vincolanti sull'assunzione di genitorialità». Di conseguenza, non vi sarebbe alcun profilo di frizione rispetto ai principi che sostanziano il consenso informato.

Il giudice prosegue nelle sue argomentazioni, non sempre del tutto lineari e comprensibili, sostenendo che, in «ambito sanitario, il consenso non costituisce accordo, ma assenso, ossia una manifestazione di volontà che non si coniuga con un'altra volontà, con la conseguenza che esso non crea un vincolo, ma soltanto un'autorizzazione per il medico, sempre revocabile».

E, però, – e qui si può rilevare un ulteriore elemento di contraddizione nel percorso motivazionale della decisione – «ben può il legislatore per situazioni diverse dettare una disciplina peculiare che nel caso in esame si giustifica per la tutela dei rilevanti interessi pubblicistici in gioco».

Nel bilanciamento fra i diversi interessi e diritti costituzionali, dunque, nella prospettiva del giudice del reclamo, potrebbe o dovrebbe essere assegnato – in una materia così delicata come quella relativa alla salute non solo fisica, ma anche psichica (che ben può essere parimente compromessa dalla prosecuzione di un trattamento sanitario) – rilievo prevalente alla tutela di “interessi pubblicistici”:

¹⁷ La Corte costituzionale ha specificamente individuato non solo le esigenze di procreazione, che devono bilanciare la tutela dell'embrione, nella sentenza n. 151 del 2009, ma anche il diritto incoercibile di decidere se diventare genitori e di formare una famiglia anche con figli (e non necessariamente genetici) nella sentenza n. 162 del 2014. Sulla possibile configurazione di un vero e proprio diritto a procreare e intorno alle relative problematiche sottese si rinvia a F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, 465 ss., e 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*, cit., 1341 ss.

nemmeno, quindi, alla tutela dell'embrione, cui pure lo stesso giudice riconosce la titolarità del diritto alla vita. Si tratta, peraltro, di un embrione non ancora impiantato, cui viene riconosciuto – come si è visto ripercorrendo le argomentazioni che conducono il giudice a riconoscere il diritto alla vita e, quindi, all'impianto in utero – un grado di tutela ben superiore a quello dell'embrione già impiantato, nei cui confronti può trovare applicazione la legge n. 194 del 1978. Rispetto al rapporto fra le due discipline, la Corte costituzionale ha già avuto occasione di esplicitare in modo molto chiaro i profili di irragionevolezza che caratterizzavano il nostro ordinamento, che imponeva l'impianto dell'embrione pur malato, garantendo in ogni caso, proprio alla luce dell'accertamento di quella patologia, l'accesso al trattamento interruttivo di gravidanza¹⁸.

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, quindi, pur dopo aver riconosciuto il diritto alla vita e all'impianto dell'embrione laddove la donna vi consenta e nonostante la contraria volontà del marito o convivente, con ciò individuando un discutibile bilanciamento alla luce di quanto si è ricordato, procede nella definizione di un ulteriore bilanciamento, che questa volta – e in modo ulteriormente contraddittorio e irragionevole – lo conduce a giustificare la sua decisione sulla base della asserita prevalenza di interessi esterni a quelli dei soggetti coinvolti e anche dello stesso embrione. Quest'ultimo diviene, quindi, uno strumento funzionale e servente rispetto alla soddisfazione di quegli stessi interessi pubblicistici.

Proprio in questo, in fondo, si può individuare il profilo di maggiore criticità della decisione, ossia nel persistente richiamo ad asseriti «interessi [...] pubblicistici di ordine etico e sanitario», peraltro non meglio specificati e che però sembrano trascendere la sfera di tutela dell'embrione.

Ciò, come è noto, rispetto alla stessa problematica definizione di dignità umana – che non ammette che una persona possa divenire mero strumento per la soddisfazione di obiettivi collettivi, neppure laddove si tratti di garantire la salute quale interesse della collettività – pone tutta una serie di profili critici.

Si deve ricordare, infatti, che la stessa Corte costituzionale ha inteso declinare la dignità umana e antropologica rapportandola specificamente all'embrione, sia nella sentenza n. 229 del 2015 sia nella successiva sentenza n. 84 del 2016. L'individuazione di questa nozione certamente non è priva di risvolti altamente problematici, ancora una volta se si considerano le ordinarie difficoltà di inquadramento rispetto a chi è già persona e, quindi, a maggior ragione rispetto a chi persona deve ancora diventare (non essendo neppure in uno stadio di sviluppo successivo quantomeno al suo impianto in utero)¹⁹.

¹⁸ Si veda al proposito Corte cost., sentenza n. 96 del 2015.

¹⁹ In generale, sulla nozione di dignità umana si veda A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità*, Roma, 2007, A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale, Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1755 ss., F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987, e L. VIOLINI, *La dignità umana, inesauribile fonte di suggestioni per il costituzionalismo*, in *BioLaw Journal*, II – Special Issue, 2019, 83 ss.; con specifico riferimento alla dignità antropologica dell'embrione sia consentito il rinvio alle più ampie e critiche considerazioni contenute in 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, 247 ss.; ancora, la Corte si è recentemente soffermata sulla dignità umana in senso oggettivo e soggettivo, rispettivamente in materia di prostituzione libera e consapevole nelle sentenze nn. 141 e 278 del 2019 (sulle cui problematiche si rinvia a M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.*, II, 2002, 398 ss., M.



Anche di questi profili, però, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere non tiene conto, anche solo per discostarsene consapevolmente. E, ancora una volta, emerge (sembra davvero in modo limpido) lo scostamento fra i compiti di valutazione in ordine alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza delle questioni sottese, compresa la valutazione intorno alla possibile interpretazione costituzionalmente conforme, che sono rimessi ai giudici comuni, e il sindacato accentrato di costituzionalità, che compete esclusivamente alla Corte costituzionale.

La rimessione di tali complesse e problematiche questioni, in definitiva, avrebbe potuto contribuire a chiarire definitivamente la portata del consenso informato, che potremmo definire di “coppia”, perché esso accede a un trattamento sanitario che viene applicato a entrambi i suoi componenti (pur con gradi di invasività differenti) e che produce, conducendo potenzialmente alla nascita di un figlio, una serie di conseguenze in punto di assunzione della responsabilità genitoriale.

L'intervento della Corte avrebbe evitato l'assunzione di una decisione da parte del giudice comune che, come si è cercato di mostrare, risulta problematica non soltanto per il singolo caso concreto, ma anche perché pone in luce come alle medesime conclusioni altri giudici comuni possano non pervenire, determinandosi così una applicazione della legge n. 40 irragionevolmente differenziata, con effetti diretti sulla tutela dei sottesi diritti fondamentali.

A questo medesimo (positivo) risultato, peraltro, si sarebbe potuti pervenire anche laddove la Corte costituzionale avesse “deciso di non decidere” e, quindi, di limitare il perimetro del suo sindacato per rigettare le questioni oppure per rinviare al legislatore la definizione di una disciplina maggiormente aderente ai principi costituzionali.

In particolare, la Corte avrebbe potuto (e ancora evidentemente potrebbe, laddove altri giudici comuni ritenessero di non poter aderire alle conclusioni raggiunte dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere) utilizzare l'innovativa tecnica decisoria inaugurata con il caso Cappato-Antoniani oppure rivolgere un monito, a cui recentemente si è fatto ricorso in modo particolarmente rafforzato: una sorta di “monito armato”, con cui, pur non giungendosi a individuare una data precisa per il rinvio della trattazione delle questioni dando tempo al legislatore per intervenire, si indicano in modo più o meno preciso i profili di (indubbia) criticità dal punto di vista della compatibilità a Costituzione delle disposizioni censurate²⁰.

PICCHI, *Una nuova pronuncia sulle condotte criminali parallele alla prostituzione*, in *Forumcostituzionale.it*, I, 2020, 365 ss. B. LIBERALI, *Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, III, 2019, 1670 ss.) e in materia di aiuto al suicidio (in particolare, Corte cost., ordinanza n. 207 del 2018).

²⁰ La Corte costituzionale con le sentenze nn. 32 e 33 del 2021 rese in materia di omogenitorialità ha dichiarato le relative questioni inammissibili, pur dopo aver sottolineato, con una serie particolarmente evocativa di espressioni, l'importanza dell'intervento del legislatore, a fronte di indubbi profili di criticità della disciplina censurata. Al riguardo si veda innanzitutto A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Giurcost.org*, I, 2021, 221 s., oltre che F. MANNELLA, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di “nati non riconoscibili”. Nota alla sentenza n. 32 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, I, 2021, 1 ss., G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Quad. cost.*, II, 2021, 112 ss., e, volendo, B. LIBERALI, *L'importanza delle parole e della tecnica decisoria in due recenti pronunce della Corte costituzionale in materia di genitorialità*, cit.

Resta ovviamente fermo che, in attesa che eventuali altre analoghe questioni vengano sollevate alla Corte costituzionale e, dunque, che essa abbia l'occasione per decidere di entrare nel merito delle stesse, il legislatore ben potrebbe intervenire, «quale interprete della volontà della collettività», essendo «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»²¹.

Le stesse innovative tecniche decisorie con cui la Corte costituzionale tenta di rendere maggiormente cogente l'assunzione di tale responsabilità da parte del legislatore, in fondo, dimostrano che, come è stato efficacemente sottolineato, «le "antenne" per intercettare i mutamenti della "coscienza sociale"» «tra Corte e legislatore» «le ha il secondo»²².

E, come mostrano ancora una volta le medesime decisioni richiamate e, in particolare, la tecnica del rinvio della trattazione a nuova udienza con fissazione di un preciso limite temporale, tale assunzione di responsabilità e le conseguenti determinazioni normative dovrebbero intervenire tempestivamente, anche considerando le specifiche (e delicate) materie che vengono in rilievo e i diritti fondamentali sottesi.

In generale, sull'intreccio di tali possibili tecniche decisorie si veda A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Giurcost.org*, II, 2021, 348 ss., oltre che M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, I, 2020, 286 ss., P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in *BioLaw Journal*, I, 2020, 5 ss., A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Giurcost.org*, III, 2018, 571 ss., e R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale decide con sentenza il "caso Cappato" e supera l'ostacolo "insormontabile" approvando essa stessa la disciplina dell'aiuto a morire*, in *Foro italiano*, III, 2020, 839 ss. Si vedano le critiche notazioni di N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, III, 2021, 86 ss., che si sofferma specificamente sulla «questione del (presunto? Definitivo?) abbandono delle pronunce "a rime obbligate", in particolare nella materia penale»; sulla «giurisprudenza inaugurata con il c.d. "caso Cappato", cioè le pronunce definibili come di "incostituzionalità prospettata"», e sulle «sentenze di inammissibilità nelle quali la Corte si ritrae, perché sul diritto messo in gioco dalle questioni di legittimità costituzionale sollevate la Costituzione in realtà tace, e spetta al legislatore decidere, se ritiene di farlo, in uno spazio (tendenzialmente) "vuoto" di diritto costituzionale».

²¹ Corte cost., sentenza n. 84 del 2016.

²² N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 94, che ritiene che dovrebbe essere «semmai il legislatore rappresentativo a doversi porre quale interprete della coscienza sociale, ad avere le "antenne" per intercettarla e tradurla – o non tradurla, se una tale sensibilità non sia né diffusa né "riconoscibile" o sia di segno contrario a quello che alcuni auspicano – in atti normativi» (ivi, 95).